

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito

QUANDO O DIREITO DEVE SER ÍNTEGRO:
A prática judiciária do Supremo Tribunal Federal à luz de Dworkin

Breno Vaz de Mello Ribeiro

Belo Horizonte
2011

BRENO VAZ DE MELLO RIBEIRO

QUANDO O DIREITO DEVE SER ÍNTEGRO:

A prática judiciária do Supremo Tribunal Federal à luz de Dworkin

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito na Área de Concentração em Filosofia do Direito, sob a orientação da Professora Doutora Iara Menezes Lima.

Belo Horizonte

2011

Dissertação defendida e aprovada, em _____, pela banca
examinadora constituída pelos professores:

Professora Doutora Iara Menezes Lima – Orientadora

Professor Doutor Thomas da Rosa Bustamante

Professor Doutor Gustavo Alexandre Magalhães

Dedico o presente trabalho aos meus pais, bastiões inamovíveis de amor, carinho, dedicação e afeto.

Dedico ainda ao povo brasileiro que financiou toda a minha educação superior, na sincera esperança de estar contribuindo para o seu engrandecimento.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho não seria possível sem o apoio, a paciência e a amizade de muitas pessoas. Gostaria de agradecer especialmente a alguma delas que foram indispensáveis para que ele pudesse tomar corpo.

À Professora Doutora Iara Menezes Lima devo dizer que serei eternamente grato pela oportunidade que me foi dada de integrar o corpo docente da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e também pela paciência e cortesia que sempre me dispensou.

Agradeço ainda, em especial, à Natalia Telles, exemplo de tenacidade em face da adversidade, cujo amor e companheirismo serviram de conforto sempre que necessário; sem ela, eu nunca teria encontrado a paz de espírito que os estudos acadêmicos demandam.

Agradeço também ao Sr. Sérgio Adolfo Eliazar de Carvalho pelo apoio irrestrito e compreensão, sem os quais a elaboração do presente trabalho seria não apenas mais custosa, mas de todo impossível. Estendo esse agradecimento aos Srs. Marco Túlio Fonseca Furtado e Marcelo Pinheiro Chagas pela estima que deles sempre recebi. Sem os sócios do Carvalho & Furtado Advogados eu não teria sequer um lugar tranquilo para escrever. A eles minha gratidão é irrestrita. Registro ainda que sem apoio dos meus colegas de escritório, advogados e estagiários, que em momento algum se furtaram a me ajudar, eu nunca teria tido o tempo necessário para redigir o presente trabalho.

Não posso esquecer ainda de dois amigos que sempre foram complacentes com minhas despropositadas elucubrações teóricas. Um filho único não poderia pedir por irmãos melhores. Meus amigos Daniel Tostes e Pedro Henrique Magalhães Lima são aquelas raras pessoas em quem alguém pode depositar sua confiança. Ao Pedro agradeço ainda os diversos comentários e correções feitos ao presente trabalho, sem os quais eu provavelmente diria que o “mesmo” seria muito inferior.

Devo mencionar também os amigos da Turma do Alessandro, dentre os quais é impossível não citar meus amigos Eduardo Caixeta, Bárbara Monduzzi e Alessandro Fonseca companheiros de toda a hora e em cuja convivência o assunto é sempre dos mais interessantes. Lembro ainda de Vladmilson Jeycic, Bruno Espírito Santo, Anna do Prado e Ravi Felix em companhia dos quais compartilhei momentos inesquecíveis.

Há mais um amigo a quem não posso deixar de agradecer, o Dr. Gustavo Magalhães, companheiro inveterado das perambulações mais intelectuais desde que Justiniano determinou o fechamento do Liceu Ateniense.

Tenho que agradecer ainda às Professoras Doutoras Mônica Sette Lopes, Miracy Gustin e aos Professores Doutores Renato Cardoso, Ricardo Salgado, Arthur Diniz, Florivaldo Araújo e Andytias Matos pelas aulas e também pela produtiva convivência acadêmica, pessoas em nome das quais eu deixo minha gratidão a todo o corpo docente da Faculdade de Direito. No mesmo sentido, estendo o presente agradecimento aos diversos colegas do Curso de Pós-Graduação, alguns de fato geniais, que aturaram, sem nunca reclamar, minhas intervenções frequentes.

Agradeço ainda à minha estagiária Priscila Galvão que se dispôs gentilmente a me ajudar com o longo trabalho de revisão e correção, contribuindo – muitas vezes de forma decisiva – para a correção e para a busca da clareza solar ao que o presente trabalho se propôs. Estou certo que um dia ela alçará seus próprios voos acadêmicos e diplomáticos e talento para tal lhe sobra.

RESUMO

O reconhecimento da força normativa dos princípios pelo Supremo Tribunal Federal engendra a necessidade de reavaliação dos cânones teóricos de análise das decisões judiciais. Os princípios têm uma influência enorme sobre a forma como o Direito deve ser visto, inclusive na aplicação das regras postas pelos órgãos políticos da comunidade. Essa influência se dá por meio de um processo interpretativo que, refletindo sobre as práticas jurídicas adotadas pela comunidade, estabelece como se deve agir. A determinação de condutas com base em considerações principiológicas gera questionamentos sobre a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal em alguns casos. No entanto, esses questionamentos estão sendo feitos presentemente sobre noções equivocadas. A teoria da integridade, defendida por Ronald Dworkin, é um modelo melhor para análise das decisões. Essa teoria liga a legitimidade de uma decisão estatal ao compromisso de a comunidade agir de forma íntegra, segundo uma teoria moral coerente, cuja validade depende da sua habilidade em ser uma interpretação correta da história institucional dessa comunidade. As decisões judiciais têm que, portanto, ser fiéis a esses princípios que são as bases do poder político da comunidade. Elas podem fazer isso através de um modelo que tome o Direito como expressão coerente de um único autor e que se proponha a continuar essa história institucional da melhor forma possível. Para isso, a decisão deve satisfazer as demandas de duas dimensões interpretativas, mostrando-se como adequada à história institucional e servindo como justificativa das práticas da comunidade, segundo alguma teoria moral abrangente. Esse modelo estrutural é melhor do que outros propostos, inclusive aqueles baseados na proporcionalidade, não apenas porque a integridade é mais adequada à prática judiciária do Supremo Tribunal Federal, mas também porque o abandono da pretensão à resposta correta dos outros modelos leva a uma superioridade moral da integridade, dado que a tese da resposta correta introduz na teoria importantes noções de responsabilidade.

ABSTRACT

The recognition of the normative force of the principles by the *Supremo Tribunal Federal* entails the necessity of a re-evaluation of the theoretical canons of analysis of the judicial decisions. The principles have huge influence over the way that Law should be seen, including in the enforcement of the rules set by the political bodies of the community. This influence takes effect through an interpretative process that reflecting upon the juridical practices adopted by the community establishes how one ought to act. The determination of conducts on the basis of consideration of principle brings about questions about the legitimacy of the rulings of the *Supremo Tribunal Federal* in some cases. However, these questions are presently being made on wrong notions. The theory of integrity, defended by Ronald Dworkin, is as a better model to analyze the decisions. This theory links the legitimacy of a state's decision to a commitment of the community to act with integrity, according to some coherent moral theory, whose value depends on its ability to be a correct interpretation of the institutional history of the community. The decisions made by the Courts have, therefore, to keep faith with these principles that are the grounds of the political power of the community. They can do that through a model that takes the law of the community as the coherent expression of just one author and that proposes to continue this institutional history in the best possible way. In order to do that the decision must satisfy the demands of two interpretative dimensions, fitting the institutional history and serving as a justification of the community's practices, according to some pervasive moral theory. This structural model is better than the other ones that have been proposed, including those based in the proportionality, not only because it is more adequate to the judiciary practices of the *Supremo Tribunal Federal*, but also because, besides that, the abandonment of the pretension to the right answer by other models leads to a moral superiority of integrity, given that the right answer thesis introduces important notions of responsibility.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC: *Appeal Cases*

ACO: Ação Cível Originária

ADC: Ação Direta de Constitucionalidade

ADCT: Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

All ER: *All England Reports*

AgRg: Agravo Regimental

AI: Agravo de Instrumento

AIDS: *Acquired Immune Deficiency Syndrom*

Art.: Artigo

Arts.: Artigos

CC: Conflito de Competência

CF: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CF/88: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CLT: Consolidação da Legislação do Trabalho

CNJ: Conselho Nacional de Justiça

Cofins: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social

CPC: Código de Processo Civil

CPI: Comissão Parlamentar de Inquérito

CRFB/88: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

c/c: Combinado com

DJ: Diário da Justiça

DMD: *Duchenne muscular dystrophy*

EC: Emenda Constitucional

ECT: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

ed.: Edição

EIA/RIMA: Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental

Etc.: *Et cetera*

EWCA Civ: *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*

HC: *Habeas Corpus*

HIV: *Human immunodeficiency virus*
ICMS: Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
IPVA: Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotivos
Km/h: Quilômetro por hora
LCP: *Law of Competing Principles*
LICC: Lei de Introdução ao Código Civil
MC: Medida Cautelar
MP: Medida Provisória
MI: Mandado de Injunção
Min.: Ministro
MS: Mandado de Segurança
NCM: Nomenclatura Comum do Mercosul
NY: Nova York
n.: Número
ns.: Números
OIT: Organização Internacional do Trabalho
Pet.: Petição
PSDB: Partido da Social Democracia Brasileira
PT: Partido dos Trabalhadores
p. ex.: Por exemplo
p.: Página
pp.: Páginas
p&b: Preto e branco
QB: *Queen's Bench*
QO: Questão de Ordem
Rcl.: Reclamação
RE: Recurso Extraordinário
Ref-MC: Referendo em Medida Cautelar
Rep.: Representação
REsp: Recurso Especial
RG: Repercussão Geral
R\$: Reais
SECEX: Secretaria de Comércio Exterior

Simplex: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte

son.: Sonorizado

SS: Suspensão de Segurança

STA: Suspensão de Tutela Antecipada

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SUS: Sistema Único de Saúde

s/p.: Sem página

TJRS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TSE: Tribunal Superior Eleitoral

UKHL: *United Kingdom House of Lords*

U.S.: *United States Supreme Court*

Vol.: Volume

VHS: *Video Home System*

v.: *versus*

WLS: *Weekly Law Report*

“Absolute confidence or clarity is the privilege of fools and fanatics.”
Ronald Dworkin (*Justice for hedgehogs*, p. 95)

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO METODOLÓGICA | 19 |
| 1 QUANDO O DIREITO NÃO SERVE | 24 |
| 1.1 O problema da aplicação do Direito | 24 |
| 1.2 As lacunas e a função integradora da legalidade | 26 |
| 1.3 As lacunas voluntárias e involuntárias | 29 |
| 1.4 As lacunas próprias | 31 |
| 1.5 As lacunas impróprias ou técnicas..... | 34 |
| 1.6 As lacunas técnicas constitucionais..... | 36 |
| 1.7 Quando as regras não servem..... | 39 |
| 1.7.1 Tipificação penal e insignificância | 40 |
| 1.8 As “lacunas por exuberância” | 42 |
| 1.8.1 O Mandado de Segurança n. 24.875/DF..... | 43 |
| 1.9 Um novo modelo estrutural | 46 |
| 2 QUANDO O DIREITO DEVE SER INTERPRETADO | 50 |
| 2.1 A definição semântica de norma | 50 |
| 2.2 As proposições normativas como veículo básico de expressão de normas | 53 |
| 2.3 As normas, as proposições normativas e as disposições normativas | 55 |
| 2.4 Os tipos de discussão processuais e as normas aplicáveis | 58 |
| 2.5 O problema da antinomia e os princípios..... | 60 |
| 2.6 Das normas constitucionais derivadas..... | 62 |
| 2.6.1 O cabimento da existência de normas constitucionais derivadas no contexto pátrio..... | 64 |
| 2.6.2 A derivação em virtude da abertura semântica..... | 68 |
| 2.6.3 A derivação em virtude da abertura estrutural..... | 70 |
| 2.6.4 Reflexões sobre as normas constitucionais derivadas..... | 71 |
| 2.7 As regras e os princípios | 74 |
| 2.8 A identificação da finalidade da norma com seu princípio material subjacente e os princípios formais que também lhe sustentam a aplicação..... | 77 |
| 2.9 As regras como produto institucional..... | 79 |

| | | |
|----------------|---|-----|
| 2.10 | O processo interpretativo | 80 |
| 2.11 | O surgimento dos princípios a partir das regras individuais e da sua promulgação legislativa | 85 |
| 2.12 | O caráter interpretativo das regras e a importância dos princípios formais que lhe são subjacentes | 87 |
| 2.12.1 | O Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 215.107/PR e o conflito entre uma regra constitucional original e um princípio constitucional | 90 |
| 2.12.2 | A imunidade constitucional sobre operações interestaduais com energia elétrica, petróleo, combustíveis e derivados | 93 |
| 2.12.3 | Sobre a interpretação da regra contida no art. 150, VI, a, da Constituição da República de 1988 no que tange à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos | 97 |
| 3 | QUANDO O DIREITO É CONTROVERSO | 105 |
| 3.1 | A judicialização da política e o ativismo judicial e as concepções de Estado de Direito | 105 |
| 3.2 | A judicialização da política e o Mandado de Segurança n. 27.483/DF | 111 |
| 3.3 | Do ativismo por aplicação direta da Constituição a situações que não estão expressamente contempladas em seu texto | 113 |
| 3.3.1 | O Nepotismo | 113 |
| 3.3.1.1 | A Ação Direta de Constitucionalidade n. 12/DF e da sua Medida Cautelar | 113 |
| 3.3.1.2 | Do Recurso Extraordinário n. 579.951/RN: | 116 |
| 3.3.2 | A Fidelidade Partidária | 118 |
| 3.3.2.1 | Histórico da questão e o Mandado de Segurança n. 20.927/DF | 119 |
| 3.3.2.2 | A mudança de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no Mandado Segurança n. 26.603/DF | 123 |
| 3.4 | Do ativismo por declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do Congresso, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação | 130 |
| 3.4.1 | A verticalização das coligações partidárias | 130 |
| 3.4.1.1 | O retrospecto da questão | 130 |
| 3.4.1.2 | A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.685/DF | 132 |
| 3.4.1.3 | Questões Preliminares | 133 |

| | | |
|------------|--|------------|
| 3.4.1.4 | Argumento material..... | 135 |
| 3.4.1.5 | Argumento formal..... | 139 |
| 3.5 | Do ativismo por imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público ... | 140 |
| 3.5.1 | Distribuição de medicamentos..... | 140 |
| 3.5.2 | Garantia de ensino básico pré-escolar – a questão das creches | 146 |
| 3.6 | Iniciando o desvendamento do ativismo judicial: a comparação estrutural entre o Recurso Extraordinário n. 579.951/RN e o Mandado de Segurança n. 27.483/DF..... | 150 |
| 3.6.1 | A estrutura argumentativa do Mandado de Segurança n. 27.483/DF | 151 |
| 3.6.2 | A estrutura argumentativa do Recurso Extraordinário n. 579.951/RN..... | 156 |
| 3.6.3 | As semelhanças e distinções estruturais:..... | 159 |
| 3.7 | A lógica do sistema e a perda do mandato do parlamentar infiel | 161 |
| 3.7.1 | O convencionalismo..... | 162 |
| 3.7.2 | Revisitando a função integradora da legalidade | 168 |
| 3.7.3 | Os princípios e o tempo..... | 170 |
| 3.7.4 | O ativismo judicial e os princípios formais | 173 |
| 3.8 | Os princípios e as políticas públicas | 174 |
| 3.8.1 | Uma análise da jurisprudência sobre o fornecimento de medicamentos | 174 |
| 3.8.2 | Os argumentos de princípio e de estratégia política..... | 175 |
| 3.8.3 | Os princípios e as políticas públicas no contexto das normas que protegem bens coletivos e constitucionalizam políticas públicas..... | 180 |
| 3.8.4 | A utilização de argumentos de estratégia política pelo Supremo Tribunal Federal | 184 |
| 3.8.5 | O contexto da distinção: Utilitarismo..... | 185 |
| 3.8.6 | O pragmatismo e os direitos de “faz-de-conta” | 187 |
| 3.9 | O real fundamento das acusações de ativismo judicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.685/DF | 192 |
| 3.9.1 | Premissa inicial | 193 |
| 3.9.2 | O fundamento da inconstitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional n. 52/06..... | 194 |
| 3.9.3 | Sobre as formas como as normas podem ser modificadas | 196 |
| 3.9.4 | Da modulação temporal de efeitos da decisão de inconstitucionalidade | 198 |
| 3.9.5 | Da justificativa para a extensão da modulação temporal de efeitos para mudanças de interpretação..... | 200 |

| | | |
|----------|--|------------|
| 3.9.6 | O voto do Ministro Sepúlveda Pertence na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.626/DF..... | 203 |
| 4 | QUANDO A POLÍTICA É ÍNTEGRA | 207 |
| 4.1 | Breve recapitulação | 207 |
| 4.2 | Os três ideais políticos | 208 |
| 4.3 | As faces da integridade | 213 |
| 4.4 | Os conceitos e suas concepções | 214 |
| 4.5 | A personificação da comunidade | 218 |
| 4.5.1 | O método de dois estágios de personificação da comunidade e suas consequências..... | 221 |
| 4.6 | As duas dimensões de sucesso de uma proposição interpretativa | 223 |
| 4.7 | A integridade no controle de validade de atos das autoridades políticas | 225 |
| 4.7.1 | As <i>checkboard solutions</i> | 225 |
| 4.7.2 | O controle judicial da discricionariedade..... | 227 |
| 4.7.3 | O Esboço de uma teoria sobre o controle judicial dos atos das autoridades políticas..... | 231 |
| 4.8 | As discriminações indevidas no Supremo Tribunal Federal | 236 |
| 4.9 | O fundamento para a rejeição de soluções “conciliatórias” | 241 |
| 4.10 | A integridade e a constituição de uma comunidade política..... | 246 |
| 4.11 | As obrigações associativas e o dever geral de obediência à lei..... | 248 |
| 4.12 | As quatro características das obrigações associativas genuínas | 251 |
| 4.13 | As obrigações associativas na doutrina | 254 |
| 4.13.1 | A origem em Platão..... | 254 |
| 4.13.2 | Os questionamentos de A. J. Simmons | 256 |
| 4.13.3 | A defesa de John Horton das obrigações associativas | 261 |
| 4.13.4 | Os desenvolvimentos de Stephen Perry a respeito da integridade como fundamento das obrigações associativas políticas | 264 |
| 4.13.5 | A teoria de Nina Brewer-Davis e os três modelos de comunidade..... | 270 |
| 4.14 | A integridade como ideal deontológico..... | 274 |
| 5 | QUANDO O DIREITO É ÍNTEGRO | 286 |
| 5.1 | Breves notas introdutórias | 286 |
| 5.2 | As bases interpretativas do Direito..... | 286 |

| | | |
|--------|---|-----|
| 5.3 | A hipótese estética | 292 |
| 5.4 | A intenção do autor | 294 |
| 5.5 | O romance em cadeia | 295 |
| 5.6 | Casos difíceis como novos capítulos de um romance em cadeia | 298 |
| 5.7 | O desafio de Hans Kelsen | 299 |
| 5.8 | Dois alertas adicionais | 301 |
| 5.9 | A dimensão judiciária do caráter deontológico da integridade | 302 |
| 5.10 | O ceticismo interpretativo | 307 |
| 5.10.1 | O ceticismo externo | 307 |
| 5.10.2 | O ceticismo interno | 309 |
| 5.10.3 | O ceticismo interno no Direito | 311 |
| 5.11 | Hércules desce do Olimpo, veste a toga e ganha um novo pronome de tratamento | 312 |
| 5.12 | As seis hipóteses de Hércules | 314 |
| 5.13 | A integridade como princípio regulativo da razão prática | 317 |
| 5.14 | A profundidade da primeira dimensão e as viradas de jurisprudência | 319 |
| 5.15 | O problema das distinções imotivadas | 323 |
| 5.16 | A rejeição dos argumentos de estratégia política como base para a decisão | 324 |
| 5.17 | As últimas três hipóteses e a segunda dimensão da interpretação | 325 |
| 5.18 | Mais algumas considerações sobre a decisão judicial e as dimensões da interpretação | 329 |
| 5.19 | O derradeiro desafiante da integridade: o balanceamento | 331 |
| 5.20 | O princípio da proporcionalidade e seus subprincípios | 334 |
| 5.21 | Considerações gerais sobre o balanceamento na prática judiciária do Supremo Tribunal Federal | 337 |
| 5.22 | A proporcionalidade no Mandado de Segurança n. 27.483/DF | 338 |
| 5.23 | O balanceamento no conflito entre o princípio da proteção ao meio ambiente e o princípio da livre iniciativa | 340 |
| 5.23.1 | A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.378/DF e o dever de compensação ambiental | 341 |
| 5.23.2 | A Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.540/DF e a supressão de cobertura vegetal em áreas de proteção ambiental | 344 |
| 5.23.3 | A Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.937/SP e a proibição de utilização de amianto no Estado de São Paulo | 347 |

| | | |
|----------|--|-----|
| 5.23.4 | Os Agravos Regimentais nas Suspensões de Tutela Antecipada n. 118/RJ e 171/PR e a importação de pneus usados | 350 |
| 5.24 | O Habeas Corpus n. 82.424/RS – O caso Ellwanger | 351 |
| 5.24.1 | O voto do Relator original e o lugar dos debates legislativos na integridade | 352 |
| 5.24.2 | O voto do Min. Marco Aurélio e os erros institucionais | 354 |
| 5.24.3 | A posição da maioria e o racismo como conceito interpretativo | 360 |
| 5.24.4 | A estrutura argumentativa da posição da maioria | 367 |
| 5.24.5 | Os julgamentos de proporcionalidade dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio | 369 |
| 5.24.5.1 | O primeiro subprincípio: a adequação- <i>suitability</i> | 370 |
| 5.24.5.2 | O segundo subprincípio: a adoção do meio menos lesivo | 372 |
| 5.24.5.3 | O terceiro subprincípio: a proporcionalidade em sentido estrito ou a Lei do Balanceamento | 374 |
| 5.25 | A integridade como melhor modelo de análise das decisões do Supremo Tribunal Federal | 376 |
| 5.26 | Da inevitabilidade lógica da resposta correta e da responsabilidade dos agentes morais | 381 |
| | CONCLUSÃO | 387 |
| | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 396 |
| 1 | Jurisprudência | 396 |
| 2 | Legislação | 409 |
| 3 | Livros, trabalhos acadêmicos, publicações em periódicos e outros meios | 416 |

INTRODUÇÃO METODOLÓGICA

A presente dissertação é uma interpretação da prática judiciária brasileira, com foco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ela propõe uma interpretação dessa prática que supõe ser a melhor. A hipótese é a de que a teoria da integridade serve como um modelo adequado dessa prática judiciária, justificando-a segundo uma teoria política e jurídica que a própria integridade implica. A afirmação de que a integridade se mostra como a melhor interpretação dessa prática é feita em consonância com o marco teórico assumido.

Dworkin desenvolveu ao longo de quase quarenta anos de reflexão uma teoria filosófica complexa e abrangente. A presente dissertação trata de apenas uma parte dessa teoria, ela acompanha, para desenvolver seus intentos, a argumentação desenvolvida pelo autor no seu *Império do Direito*.¹ É essa obra que é definitivamente a linha condutora do presente trabalho, desde seus pressupostos mais teóricos até suas aplicações mais práticas. Os outros escritos se mostraram importantes na medida em que se relacionavam com *O Império do Direito*. Assim, as obras *Levando os direitos a sério*² e *Uma questão de princípio*,³ anteriores àquela tomada como eixo central do presente trabalho, foram absolutamente relevantes na apreciação de alguns pontos mais específicos do desenvolvimento das teses dworkinianas. Aquelas obras posteriores também se mostraram significantes nesse sentido. Por fim, alguns meses antes da conclusão da presente dissertação, o autor publicou *Justice for Hedgehogs*⁴ no qual as conclusões do *Império do Direito* são colocadas dentro de uma teoria filosófica integrada. As conclusões do autor nesse último livro têm um impacto determinante no entendimento de alguns pontos extremamente sensíveis anteriormente defendidos por ele e a tese da independência do valor ali defendida tem implicações que extrapolam as fronteiras da filosofia jurídica. No que se fez necessário e na medida do possível se incorporou também algumas das conclusões de Dworkin nesse último trabalho.

O parâmetro metodológico básico da presente dissertação foi extraído do livro *(Re) pensado a pesquisa jurídica*, das Professoras Miracy Gustin e Maria Teresa Dias.⁵ Sempre que possível foram utilizadas as versões originais dos textos e todas as traduções, quando não indicado de forma distinta, foram feitas pelo autor do presente trabalho. Sempre que isso

¹ DWORKIN. 2001.

² DWORKIN. 2002.

³ DWORKIN. 2001a.

⁴ DWORKIN. 2011.

⁵ GUSTIN e DIAS. 2005.

aconteceu, a passagem original foi apresentada na nota de rodapé, após a referência bibliográfica, em itálico e entre aspas. A tradução para o português do *Império do Direito*,⁶ da editora Martins Fontes, foi consultada diversas vezes para a elaboração das traduções e se mostrou como um contributo indispensável para esse fim, mas a responsabilidade pelas escolhas feitas é unicamente do presente autor. A única exceção a essa regra foram as citações de dispositivos da Constituição americana de 1787 e posteriores emendas, para as quais se utilizou a tradução oficial do documento disponibilizada pela Embaixada daquele país no Brasil.

As referências bibliográficas no corpo do texto, por sua vez, foram apresentadas também em notas de rodapé com a menção apenas ao sobrenome do autor, em caixa alta, seguido do ano de publicação da obra. Quando se tratou de citação direta, a referência foi acrescida ainda da indicação da página de onde foi retirada a citação. Quando a citação se estendia por mais de duas páginas no original, foi utilizada a notação “pp.” para indicar o plural. A referência completa não é apresentada em momento algum do texto, devendo o leitor se remeter às referências finais, onde elas constam em sua inteireza. Na hipótese de a citação, direta ou indireta, aparecer em uma nota de rodapé a referência vem em seguida entre parênteses. Sempre que a citação direta constar apenas no rodapé, a referência à página virá depois do texto citado. Quando um texto em língua estrangeira aparecer apenas em uma nota de rodapé, a ele se seguirá, entre parênteses, a tradução para o vernáculo.

As referências jurisprudenciais no corpo do texto também constaram de notas de rodapé. Essas menções foram feitas de forma completa, com a indicação do acrônimo do Tribunal que proferiu a decisão, seguido também do acrônimo do tipo de procedimento em que ela foi proferida, do número e da indicação do Estado de onde proveio o recurso ou ação, do nome do relator para o acórdão, do órgão julgador, da indicação, pelo acrônimo, do órgão de publicação, da data de publicação e por fim o número da página de onde foi retirada a citação, conforme a numeração oficial do acórdão.

As citações foram feitas no corpo do texto, entre aspas, quando consideradas curtas, isto é, quando tiverem até três linhas de extensão, considerada não sua posição efetiva no texto, mas independentemente, como se se iniciassem na margem da folha, sem parágrafo. Essa regra foi adotada porque se mostrou de todo impossível, dadas as constantes edições do texto controlar que, na sua colocação no texto efetivo, as citações curtas não excedessem a terceira linha. As citações que se estendem, segundo o critério acima enunciado, por mais de

⁶ DWORKIN. 2010.

três linhas, foram colocadas em destaque, sem aspas e sem parágrafo, separadas acima e abaixo por uma linha, em uma letra menor que aquela do corpo do texto. Sobre as citações ainda deve ser dito que elas foram feitas sempre da forma como encontradas na fonte. Assim todos os grifos, sublinhamentos e itálicos foram postos no original.

O itálico foi utilizado para termos em língua estrangeira, para grafar nome de obras apresentados no corpo do texto e para eventuais destaques no texto. O negrito apenas na grafia do nome dos capítulos e subcapítulos. O sublinhado não foi utilizado, exceto se aparecia nos originais citados.

O Tribunal estabelecido pelo art. 101 e seguintes da CRFB/88 foi referido, indistintamente, segundo seu nome oficial – Supremo Tribunal Federal – pelo acrônimo – STF – e também por outras expressões como “Supremo”, “Suprema Corte”, “Corte Suprema”, “Corte”, “Supremo Tribunal”, “Tribunal Supremo” ou “Tribunal”. Evitou-se, todavia, as expressões Tribunal Constitucional ou Corte Constitucional tendo em vista o sentido próprio que esses termos têm na doutrina constitucional.

A presente dissertação aborda temas jurídicos das mais diversas áreas, conforme apareciam nos acórdãos analisados, a sua análise, por sua vez, se dá no plano da Teoria Geral do Direito e das Filosofias Jurídicas e morais. Há também incursões no campo da Filosofia e teoria Política e, em menor extensão, em outros campos da Filosofia, dentre os quais, na Lógica, Ontologia, Epistemologia e Axiologia.

Trata-se de uma pesquisa teórica do tipo genérico comparativo e prospectivo. Isso porque se intentou comparar a teoria da integridade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e propor que ela sirva como critério para a verificação da legitimidade das decisões da Corte nos casos difíceis. A vertente mais adequada a esse fim é a jurídico-dogmática, uma vez que pretende explorar a relação entre certas categorias jurídicas, a sua formatação teórica e aplicação prática. Os raciocínios que são mais adequados à pesquisa são o indutivo-dedutivo e o dialético. Eles se mostram dessa forma porque possibilitam fazer a análise dos casos gerais em face das teorias utilizadas como base da pesquisa propiciando o diálogo entre essas fontes.

A fonte básica do presente trabalho são os acórdãos do Supremo Tribunal Federal disponíveis no *site* da Corte na rede mundial de computadores. Dessa forma, os dados utilizados serão principalmente de natureza primária. Ademais, se utilizará também de dados secundários. São dessa natureza aqueles extraídos dos teóricos utilizados na pesquisa. Outrossim, coletar-se-á dados secundários de comentários doutrinários aos acórdãos e autores abordados.

A escolha dos acórdãos foi feita tendo como parâmetro com os temas teóricos pesquisados. Em diversas oportunidade utilizou-se os acórdãos do STF apontados por outros autores como exemplos de teses contrárias aos pressupostos da integridade. Ademais, o tratamento teórico da questão levou à escolha de decisões que refletiam as características argumentativas que a teoria pressupunha que deveriam existir. É verdade que o Supremo Tribunal Federal tem uma jurisprudência incomensurável; desde o início de sua história são centenas de milhares de decisões. Estabeleceu-se, no entanto, um corte teórico na data da promulgação da atual Constituição e mesmo dentro desse período privilegiou-se as decisões mais atuais e aquelas de maior repercussão política e jurídica. O presente trabalho não tem objetivos históricos, limitando-se a analisar a prática judiciária atual do Tribunal. Ademais, novamente em compasso com o marco teórico, deve ser lembrado que a análise aqui é interpretativa. Do ponto de vista metodológico, isso é extremamente relevante. A prática do Supremo Tribunal não tem um sentido em si, assim como não tem um sentido em si um acórdão individual ou qualquer outro fenômeno interpretativo.

O sucesso da hipótese levantada pelo presente trabalho, assim, não depende do número de decisões que podem ser contadas como adequadas a ela. Nunca foi a sua intenção realizar qualquer tipo de levantamento quantitativo – conquanto algumas pesquisas nesse sentido sejam eventualmente citadas. Trata-se aqui, sim, da construção de uma interpretação. O que se entende por isso e quais os critérios avaliativos que podem e devem ser utilizados para verificar o sucesso desse tipo de procedimento são, em si, pontos importantes do presente trabalho. Desse modo, a validade metodológica do presente trabalho está diretamente ligada ao sucesso das suas teses gerais.

No primeiro capítulo, demonstrou-se porque os modelos jurídicos tradicionais, principalmente o positivismo jurídico, se mostram agora insuficientes para abarcar uma série de posicionamentos do Supremo Tribunal. Utilizou-se para esse fim um problema típico desse movimento jurídico, as lacunas no ordenamento. Ficou claro que os critérios de reconhecimento e colmatação das lacunas pressupunham questões cujas respostas não podiam ser encontradas dentro desse modelo tradicional.

No segundo capítulo, as atenções se voltaram para a fonte desses problemas, a força normativa dos princípios. Refletiu-se como o reconhecimento desse novo fenômeno implicava a alteração de algumas concepções sobre o direito e introduziu-se alguns conceitos relevantes. Investigou-se a relação entre as duas espécies normativas e o processo interpretativo que essa relação implicava. Por fim, tratou-se da importância dos princípios formais e da sua relação com a aplicação das regras.

O terceiro capítulo encontrou a perplexidade em face do reconhecimento da força normativa dos princípios e suas reações contra o que essa doutrina chamou de um ativismo judicial da Corte. Demonstrou-se como é frágil a distinção entre a chamada judicialização da política e o ativismo judicial e como não foi possível encontrar parâmetros para determinar a legitimidade das decisões com base nessas categorias. Foram analisados alguns acórdãos que refletiam posturas supostamente ativas da Corte e determinou-se porque eles eram tratados assim. Foi possível verificar como essas decisões se relacionavam com os dois modelos rivais à integridade levantados por Dworkin e refletiu-se sobre como a distinção entre *principles* e *policies* poderia ser pensada no contexto pátrio. Nesse interim, introduziu-se ainda a Tese dos direitos. Encerrou-se demonstrando como a inconsistência em princípio é problemática e que as críticas na verdade podem ser reconduzidas a essa ponto.

O quarto capítulo volta as suas atenções à dimensão política da integridade. Discute-se a condenação das discriminações arbitrárias e a relação da integridade com a igualdade. Salienta-se como a integridade é fundamento de uma comunidade genuína e como nesse tipo de comunidade a legitimidade das decisões estatais se assenta sobre os princípios que lhes são pertinentes, gerando, assim, obrigações associativas. Conclui-se por fim que a integridade tem um caráter deontológico.

No último capítulo pontuou-se o modelo de decisão judicial engendrado pela integridade. Analisou-se em que medida ele se parece com um romance em cadeia, nos quais vários autores escrevem capítulos diferentes de uma mesma história e defendeu-se a integridade em face do ceticismo. Refletiu-se ainda sobre como o Juiz Hércules, figura mitológica que serve como metáfora da integridade, decide um caso concreto. Perguntou-se se o modelo da proporcionalidade e a sua Lei de Balanceamento não seria um modelo de decisão melhor e por fim rejeitou-se essa tese. Apontou-se então que a integridade é o melhor modelo para análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, confirmando a hipótese inicial. O trabalho conclui-se com ponderações a respeito da tese da resposta correta, da sua relação com certa concepção de verdade e da responsabilidade que essa tese aloca ao Judiciário.

1 QUANDO O DIREITO NÃO SERVE

“Esse método chamado tradicional não consegue esgotar o alcance da Constituição, não sendo ele já agora suficiente para orientar a leitura da Constituição feita pela Suprema Corte.” – Min. Carlos Alberto Menezes Direito.⁷

1.1 O problema da aplicação do Direito

O Direito é um sistema formado por um conjunto de regras que determinam condutas a serem seguidas pelas pessoas. Caso as pessoas não adotem as condutas comandadas nas tais regras legais, o Estado pode ser chamado a aplicar sanções a elas, sanções essas que igualmente estão previstas em regras legais.

É possível apontar quais são as regras que podem ser chamadas de legais dependendo de como essas regras surgiram. Algumas regras legais determinam a forma como outras podem ser criadas e, uma vez que tais procedimentos forem seguidos, surgem novas regras legais.

Quando essas são seguidas espontaneamente por aqueles a elas sujeitos, não há maior dificuldade. Porém, quando isso não acontece, aquele que foi prejudicado pelo não cumprimento da regra legal pode provocar o Poder Judiciário para que esse garanta a aplicação dela e imponha àquele que a violou as tais sanções. A pergunta que dá início ao presente trabalho é, assim, a seguinte: Como o Judiciário deve aplicar a lei?

A resposta a essa pergunta, segundo o que Ministro Menezes Direito chamou de método tradicional, é óbvia: Para fazer isso o juiz deve, nos termos do art. 126 do Código de Processo Civil, procurar qual é a regra legal que se encaixa no contexto fático a ele apresentado pelas partes e aplicá-la. Carlos Maximiliano⁸, em seu clássico trabalho sobre o assunto, define de modo preciso: “A aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso

⁷ STF, MS n. 26.602/DF, Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 17/10/2008. p. 237.

⁸ MAXIMILIANO. 1984.

concreto em a norma jurídica adequada.”⁹ Para fazer isso, é mister “descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva.”¹⁰

Ao tentar encontrar a regra pertinente, o aplicador pode se ver em face de um grande problema. Ele pode não conseguir encontrar uma regra legal específica que possa ser aplicável a um dado contexto fático. Nessa hipótese, na qual o aplicador fica diante de um problema, soluções sistemáticas se fazem presentes. Existem mesmo determinações normativas a esse respeito. Ele deve, então, decidir o caso utilizando-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, tal como determina o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.

Essa circunstância denota as primeiras ondas no plácido mar do Direito, onde tudo parecia calmo e tranquilo. Situações que mostram que ao navegar nessas águas é preciso um pouco mais de cuidado do que se suponha a princípio. Que a rota não é assim tão tranquila, nem tampouco segura. Que por toda tentativa de utilizar o Direito para padronizar o comportamento humano, oferecendo de antemão a conduta que, ao menos, deve se esperar de cada um, a determinação do que se deve fazer é algo mais complexo que meramente uma consulta a um grande livro de regras. Uma indicação clara ao aplicador do direito, *a fortiori* ao julgador, de que seu trabalho é mais árduo do que isso. De que sobre ele pende uma grande responsabilidade. Pendor que não está só sobre ele, mas também por sobre aquele que pretende estudar as decisões por ele prolatadas, numa tentativa quase desesperada de descobrir padrões e estruturas que possam indicar a correção daquelas decisões. Mesmo quando não está claro o que o livro de regras determina. Mesmo quando não está claro até se o livro de regras serve ao final como parâmetro de decisão.

Se como se argumentará aqui, a incerteza e indeterminação são inerentes ao Direito, o ceticismo, de que nenhum padrão ou estrutura pode ser encontrado, também não é solução. Dizer que não há solução ou que qualquer solução minimamente adequada é aceitável é tratar as pessoas como marionetes. Pode-se fazer melhor do que isso. Ademais, essas posições são tão carentes de fundamentação quanto a contrária, tal como será discutido no curso do presente trabalho.¹¹ Mais do que isso, se o quê aqui está escrito é alguma verdade, essa posição sequer reflete o que os julgadores pensam ao enfrentar seus problemas cotidianos. Julgadores sérios, como lembra Dworkin, podem até dizer em seus momentos acadêmicos que acreditam em uma das posições céticas mencionadas. Mas quando estão em face de

⁹ MAXIMILIANO. 1984. p. 6.

¹⁰ MAXIMILIANO. 1984. p. 1.

¹¹ DWROKIN. 1996.

juízos concretos se esforçam para dar aquela decisão que seja a mais consentânea com o ordenamento jurídico que têm diante de si. Procuram nele a norma que é aplicável ao caso e buscam responder, da melhor forma possível, o que é que ela determina que eles façam. Diante dessa situação, é evidente a importância de se pensar as circunstâncias nas quais não é possível encontrar uma regra que determine o que o julgador deve fazer.

1.2 As lacunas e a função integradora da legalidade

Bobbio afirma que: “De fato, se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna.”¹² Quando o julgador não consegue encontrar regra que decida o caso, ele pode se voltar para o art. 5º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que determina: “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.” Salvo se esse alguém for o Estado, nesse caso, ao teor do art. 37, *caput*, do mesmo diploma constitucional, ele só poderá atuar quando assim autorizado legalmente.

Assim, não havendo lei que determine uma dada conduta, nenhuma poderá ser exigida dos a ela sujeitos, ou seja, poder-se-á adotar aquela conduta ou não, conforme se entender mais oportuno e conveniente. Salvo se esse alguém for o Estado, caso no qual ele estará definitivamente proibido de adotar tal conduta, sobre a qual a lei foi omissa.

Assim, o mencionado art. 5º, II, indicaria, a princípio, a impossibilidade de lacunas. Dessa maneira, “se ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei” (Art. 5º, II, CRFB/88), quando essa não existir determinando ou proibindo algo, é porque aquele comportamento está permitido. Em outras palavras, na ausência de qualquer outra regra jurídica, deve-se concluir, com base no referido dispositivo, que esse comportamento está permitido pelo ordenamento.¹³

É então que surge um problema. No caso de omissão da lei, as regras legais – que deveriam dizer ao juiz o que fazer – determinam que se façam coisas distintas. O art. 4º da LICC manda que ele decida conforme a analogia, os costumes e os princípios gerais do

¹² BOBBIO. 1996. p. 115.

¹³ ALEXY. 2004. p. 146: “*Characterizing an act as permitted can take place on two grounds. It can take place on the basis of an explicitly enacted permissive norm, but it can also be based on the absence within the legal system of any commanding or prohibiting norms covering the act, or its omission, in question.*”

direito. Em sentido diverso, os art. 5º, II, e 37, *caput*, da CRFB/88 comandam que, nesse mesmo caso, se tratar-se de qualquer pessoa, que não o Estado, que o juiz determine que dele não era exigível qualquer conduta, a par da não existência de lei a regular aquele caso e se, de fato, se tratar do Estado, que o juiz determine que ele estava proibido de atuar daquela maneira. Essa é a função integradora da norma da legalidade.¹⁴

Para entender melhor a função integradora da legalidade é preciso manter em mente o sistema de posições legais básicas conforme explicado por Alexy.¹⁵ Posições legais básicas são abstrações lógicas de direitos subjetivos, trata-se de uma forma de ver o direito subjetivo através de seus componentes fundamentais. Elas lidam com o liame existente entre os sujeitos e o objeto jurídico e os operadores deônticos primários: permissão, comando e proibição. Ver os direitos dessa forma tem por objetivo divisar melhor sua estrutura e conduzir diversos direitos subjetivos distintos a algumas categorias derivadas das suas propriedades lógicas.

Com base nas propriedades lógicas das diversas posições jurídicas possíveis, podem ser deduzidas três posições legais básicas, ou seja, três relações fundamentais entre dois sujeitos e um dado objeto jurídico. A primeira é aquela na qual o sujeito tem direito a alguma coisa; ou seja: x tem direito em face de y à D .¹⁶ A segunda, denominada liberdades por Alexy, é aquela na qual o ordenamento permite que o sujeito aja ou deixe de agir de certa forma, conforme lhe parecer melhor; ou seja: x é livre em face de y para fazer ou não fazer D .¹⁷ A terceira, denominada de poderes, é aquela posição criada por uma dada regra jurídica que atribui certos efeitos a alguns atos e fatos que na ausência dessas mesmas normas constitutivas não existiriam ou de forma mais sintética: “um poder é uma posição legal criada

¹⁴ A função integradora da legalidade é um conceito muito próximo da norma geral exclusiva teorizada por Zitelmann e por Donnatí. Todavia, aquela primeira por estar ligada a regras específicas (art. 5º, II e 37, *caput* da CRFB/88) de um dado ordenamento – o brasileiro – está indene à discussão levantada pela Prof. Maria Helena Diniz (1989) a respeito do caráter positivo-normativo da norma geral exclusiva, sobre a qual a autora afirma que: “Entendemos, *data venia*, que este princípio não constitui uma norma jurídica, que tenha sido ditada pelo poder competente, posto que não confere direitos, nem sequer impõe deveres, mas um enunciado lógico.” No sentido ora advogado, o Min. Carlos Britto afirma que: “regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a nossa Constituição houve por bem positivizar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da altissonante fórmula verbal de que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’, e que me parece consagradora do que se poderia chamar de **direito de não ter dever.**” (STF, ADI n. 4.277/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, voto do Relator disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>, acessado em 5 de maio de 2011, às 9:30) Também, o Min. Marco Aurélio: “Vivemos sob a égide do princípio da legalidade, segundo o qual, ‘ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. E não me consta que exista, no cenário nacional, diploma – lei em sentido formal e material – emanado do Congresso Nacional, proibindo essa comercialização.” (STF, AgRg na STA n. 118/RJ, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 29/02/2008). Até com base nisso, parece ao autor da presente dissertação que a função integradora da legalidade pode conferir direito subjetivo *prima facie* de alguém se negar a fazer algo ou a deixar de fazer algo caso não exista uma lei que determine certa conduta naquele sentido.

¹⁵ ALEXY. 2004.

¹⁶ ALEXY. 2004. p. 120.

¹⁷ ALEXY. 2004. p. 141.

por uma norma de competência.”¹⁸, ou seja: x tem um poder em face de y de criar uma posição D para y .¹⁹

Um exemplo de direito subjetivo clássico é aquele concedido pelo art. 927 do Código Civil de 2002, segundo o qual: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Assim, se o sujeito x sofre um dano causado por um ato ilícito realizado por y ele passa a ter um direito subjetivo de ser indenizado. Nessa circunstância x está em posição de exigir de y uma indenização. Ou seja, uma posição jurídica é uma designação que confronta dois sujeitos (x, y) em face de um direito (D).

A função integradora da legalidade confere uma liberdade ao sujeito de direito, ela estabelece que na ausência de alguma norma determinando que ele deva fazer algo ou deixar de fazer algo, que fica a sua escolha e conveniência agir da forma como achar melhor, pois, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei” (art. 5º, II, CRFB/88). No que se refere às outras duas posições básicas, a função integradora da legalidade também tem um papel subsidiário. Não é possível se dizer que se tem direito a alguma coisa ou algum poder sem que exista uma norma que conceda tal direito ou crie tais e quantos efeitos jurídicos para certos atos. Assim, a função integradora da legalidade leva à conclusão, quanto a essas duas outras posições básicas, de que na ausência de normas constitutivas, o sujeito de direito não pode alegar que tem direito a algo ou que detém algum poder. Em consequência disso, a função integradora soluciona qualquer problema jurídico no qual não exista outra regra mais específica. Isso extingiria a possibilidade de existência de lacunas no ordenamento, retirando a possibilidade de aplicação da norma que estabelece o que o julgador deve fazer quando estiver diante desse fenômeno.

O conflito entre o primado de que ninguém está obrigado a fazer algo quando não existe regra jurídica em contrário e a disposição que estabelece parâmetros para a colmatação de lacunas foi também vislumbrado por Bobbio.²⁰ Discutindo a norma geral exclusiva de Zitelman e Donati, ele lembra a existência também de uma norma geral inclusiva. Aquela, conforme formulada pelos referidos autores, é semelhante ao que se denomina aqui função integradora da legalidade, conquanto distinta no fato de que para os autores citados ela é um postulado lógico e aqui ela é tratada norma positiva do sistema. A norma geral inclusiva, por sua vez, seria a regra que determina que “no caso de lacuna, o juiz deve recorrer às normas

¹⁸ ALEXY. 2004. p. 155.

¹⁹ ALEXY. 2004. p. 155.

²⁰ BOBBIO. 1996. p. 135-139.

que regulam casos parecidos ou matérias análogas.”²¹ Portanto, semelhante ao que determina o art. 4º da LICC, podendo-se, assim, concluir que o referido dispositivo é a norma geral inclusiva positivada no ordenamento pátrio.

Esse conflito leva o autor à sua definição de lacuna, que seria a impossibilidade de se definir *a priori* qual dos dois critérios deve ser utilizado pelo aplicador, quando esse estiver diante de um caso no qual é impossível encontrar uma regra específica para decidi-lo, o que caracteriza a incompletude do ordenamento e, portanto, a existência de lacuna. A tentativa de solução encontrada para esse problema é afirmar que certas lacunas seriam voluntárias e outras involuntárias. No primeiro caso, aplicar-se-ia a função integradora da legalidade; no segundo a regra geral inclusiva.²²

1.3 As lacunas voluntárias e involuntárias

A doutrina e a jurisprudência pátria entendem possível a existência de lacunas na lei. Há inclusive quem afirmava peremptoriamente que: “A lei escrita não pode ser base de *tôdas* as soluções positivas.”²³ O Supremo Tribunal Federal entende que para que se possa falar em lacuna, propriamente dita, ela deve ser involuntária. Nesse sentido, quando ela é voluntária, não há que se falar em lacuna.²⁴ A chamada “lacuna voluntária” seria aquela na qual o legislador faria a opção de não regular uma dada matéria, esperando, dessa forma, que se aplique a referida função integradora da norma da legalidade. Por outro lado, a lacuna involuntária seria aquela que surge da impossibilidade de o legislador prever todos os casos e, nesse caso, aplica-se a norma geral inclusiva. Esse entendimento foi inclusive expresso pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 93.071/08, no qual a Corte firmou que: “A analogia pressupõe, para o seu uso, uma lacuna involuntária”.²⁵

Todavia, como Carlos Maximiliano pontua: “Nem sempre é fácil estabelecer a diferença entre o silêncio propositado, que significa recusa de ação, e a deficiência ocasional, que se deve suprir pelos meios regulares.”²⁶ Não existe regra jurídica para determinação do

²¹ BOBBIO. 1996. p. 135

²² BOBBIO. 1996,

²³ LIMA. 1955. p. 97.

²⁴ STF, HC n. 92.926/RS, Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 12/06/2008.

²⁵ STF, HC n. 93.071/RS, Min. Menezes Direito, 1ª Turma, DJ 30/04/2008.

²⁶ MAXIMILIANO. 1984. p. 52.

tipo de lacuna que se apresenta. Em outras palavras, não existe um critério jurídico que indique ao julgador se ele está diante de uma lacuna voluntária ou involuntária.

Isso apenas demonstra que as categorias de lacuna ora introduzidas – voluntária ou involuntária – antes de resolver o conflito entre a função integradora da legalidade e a norma geral inclusiva, apenas deslocam a discussão. Isso porque da mesma forma que não existe um critério para definir se se deve aplicar a função integradora ou a norma geral inclusiva, outrossim, não existe critério que possa estabelecer com segurança se se está diante de uma lacuna voluntária ou involuntária. Com efeito, as lacunas voluntárias sequer poderiam ser consideradas lacunas de verdade.

Foi tal como se deu no caso do Sr. Marcos Vinícius Nunes Martins que impetrou o HC n. 94.777/RS²⁷, julgado pelo STF em 2008, para se ver livre da condenação por crime de estelionato. Ele pugnava pela aplicação analógica do art. 34 da Lei Federal n. 9.249/95, que trata de crimes contra a ordem tributária e de sonegação fiscal, determinando que se extinga a punibilidade por tais crimes se “o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.”

Conforme narrado no acórdão, a vítima de seu crime havia sido a pessoa jurídica para a qual trabalhava e antes da apresentação da denúncia ele havia reparado o dano, tendo inclusive voltado a trabalhar no mesmo local posteriormente. Ademais, o crime não havia sido cometido com violência ou grave ameaça. Destarte, o paciente alegou que o delito por ele praticado e aqueles plasmados no art. 34 do referido diploma normativo eram ontologicamente idênticos, de tal modo que, por analogia, quer dizer, pela aplicação da norma geral inclusiva, a mesma benesse lhe deveria ser estendida.

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não havia lacuna no ordenamento. Com efeito, não se poderia dizer que o ordenamento era lacunoso porque não continha regra que determinasse a aplicação do benefício acima mencionado aos crimes de estelionato praticados nas circunstâncias discutidas nos autos. Isso porque se a lei apenas estabeleceu a extinção da punibilidade para alguns crimes e não para outros, não caberia ao Judiciário dilatar o campo de aplicação legal. Nesse sentido, a lacuna seria voluntária, quer dizer, mesmo podendo estender a extinção da punibilidade, o legislador optou por não fazê-lo. Assim, em verdade, sequer pode falar-se em lacuna.

Voltando às posições jurídicas básicas, no caso acima noticiado, o paciente alegava ter direito a alguma coisa. Porém como já dito, as normas legais são constitutivas da posição.

²⁷ STF, HC n. 94.777/RS, Min. Menezes Direito, 1ª Turma, DJ 19/08/2008.

Assim na ausência de uma norma específica que lhe concedesse o direito ao benefício do art. 34 da Lei Federal n. 9.249/95, ele não poderia invocar a ideia de lacuna para se socorrer. Não há lacuna. Segundo essas teorias clássicas, entender que há lacuna no referido caso é o mesmo que dizer que existe lacuna no ordenamento porque ele não garante a todos os cidadãos o direito de acesso a campos de golfe. Portanto, sequer poderia se falar de lacuna voluntária, pois, nesse caso, não haveria lacuna, mas sim inexistência do direito pleiteado. Logo, o problema de saber se a lacuna é voluntária ou não é idêntico àquele de saber se a lacuna existe ou não.

1.4 As lacunas próprias

Pelo exposto acima, a categorização das lacunas em voluntárias ou involuntárias não é muita frutífera. Talvez, então, a divisão das lacunas em próprias ou impróprias tenha melhor mérito e substância. Talvez essas novas categorias possam iluminar melhor a questão de quando se deve aplicar a função integradora da legalidade e quando, por outro lado, o mais adequado é a aplicação norma geral inclusiva.

No julgamento do REsp n. 820.475/RJ, proferido em 2008, o Superior Tribunal de Justiça²⁸ admitiu a aplicação de analogia para reformar acórdão que havia entendido impossível o pedido de declaração de reconhecimento de união estável homoafetiva, em virtude da existência de lacuna. O STJ entendeu que havia lacuna legal no que se refere à regulação das uniões homoafetivas, uma vez que o legislador poderia ter proibido expressamente esse tipo de relação jurídica e, contudo, não o fez. Desse modo, “é possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.”²⁹

A alegada lacuna existente no caso julgado pelo STJ é de natureza diversa, conforme será melhor analisado abaixo, e, dessa vez, a função integradora da norma da legalidade poderia ter resolvido a questão. Isso porque, caso o Superior Tribunal de Justiça a tivesse aceitado, ele deveria ter rejeitado a possibilidade de reconhecimento de uniões homoafetivas. Estar em união estável é típico exemplo da posição legal básica de poder. Conforme referido

²⁸ STJ, REsp n. 820.475/RJ, Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, DJ 06/10/2008.

²⁹ STJ, REsp n. 820.475/RJ, Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, DJ 06/10/2008.

acima, nessa posição básica, os efeitos advindos da aplicação da lei não existem faticamente, eles são criados por ela, que qualifica certos fatos e condutas como tendo efeitos jurídicos que, na ausência de suas normas constitutivas não ocorreriam.³⁰

Quer dizer, do simples fato de duas pessoas viverem juntas publicamente, contínua e duradouramente, com o objetivo de constituir família (art. 1.723, CC) não se pode concluir que, a tais pessoas, deve se aplicar, no que for cabível, o regramento legalmente estabelecido para os casamentos em comunhão parcial (art. 1.726, CC). Isso só acontece porque existe uma norma jurídica que assim qualifica a situação. Noutras palavras, para que alguém possa estar na situação de companheiro em união estável é necessária uma regra constitutiva. Uma pessoa pode matar alguém, pode exercer posse, pode ir e vir, pode causar prejuízos a alguém; ela independe da lei para fazer tais coisas, as regras jurídicas apenas determinam efeitos jurídicos para quem realiza tais atos. Todavia, uma pessoa não pode realizar um contrato, ser proprietária, ser capaz, votar, casar ou estar na situação de união estável sem que a lei determine dessa forma.³¹

Assim, não prevendo a lei a possibilidade de reconhecimento da situação jurídica de união estável para pessoas do mesmo sexo, não haveria como a mesma ser reconhecida judicialmente, sob pena de violação da legalidade.

No entanto, o STJ deixou de aplicar a função integradora da legalidade porque entendeu que essa saída não oferecia a melhor solução para o caso. O Min. Humberto Gomes de Barros deixou isso muito claro quando afirmou que: “O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana”³². O STF também adotou sobre esse assunto o mesmo posicionamento:

[O] magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto à proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem

³⁰ ALEXY. 2004.

³¹ ALEXY. 2004.

³² STJ, REsp n. 238.715/RS, Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, DJ 02/10/2006.

colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas.³³

As referidas citações demonstram claramente que os tribunais têm certo desconforto em aplicar a função integradora da norma da legalidade em alguns casos, tais como o acima citado.

A questão apontada no exemplo acima já havia sido, há muito, discutida por Hans Kelsen na sua *Teoria Pura do Direito*.³⁴ O autor esclarece que mesmo quando não é possível aplicar uma norma jurídica específica, ainda assim, é possível aplicar o sistema jurídico. Isso é feito através do que aqui foi chamado de função integradora da norma da legalidade. Kelsen afirma o seguinte:

Vistas as coisas mais de perto, verifica-se que a existência de uma ‘lacuna’ só é presumida quando a ausência de uma tal norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação – logicamente possível – do Direito vigente é afastada por esta razão político-jurídica, por ser considerada pelo órgão aplicador do Direito, como não eqüitativa ou descartada.³⁵

No mesmo sentido o Professor Argentino Luis Alberto Warat:

Para o estabelecimento dessa identidade temos considerado que o termo “lacuna” não quer significar que resulte logicamente impossível uma solução por ausência de norma, mas apenas que a solução possível dentro do direito positivo é tida como injusta ou inadequada pelo órgão encarregado da administração da justiça. A pretendida insuficiência normativa, não seria à luz desta regra de uso, outra coisa que uma divergência entre a normatividade jurídica e a metajurídica considerada melhor ou mais justa [...] Não se trata de um caso de inexistência de normas, pois há uma conduta deonticamente permitida, mas que resulta, no entanto, inapropriada para a regulação das formas atuais de convivência social. A noção de lacuna não nos refletiria assim insuficiência normativa, mas inadequação valorativa.³⁶

Isso parece ser justamente o que se dá na discussão jurisprudencial acima indicada a respeito das uniões homoafetivas. A aplicação lógica do Direito ou, no termo ora cunhado, da

³³ STF, ADI n. 3.300 MC/DF, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 09/02/2006.

³⁴ KELSEN. 2003.

³⁵ KELSEN. 2003. p. 274.

³⁶ WARAT. 1969. p. 98: “Para el establecimiento de esta indentidad, hemos considerado que com el término ‘laguna’ no se quiere significar que resulte logicamente imposible una solución por ausencia de norma, sino tan sólo que la solución posible dentro del derecho positivo es vivida como injusta o inadecuada por el órgano encargado de la administración da justicia. La pretendida insuficiencia normativa, no sería a la luz de esta regla de uso, otra cosa que una divergencia entre la normatividad jurídica y la metajurídica considerada mejor o más justa. [...] No se trata de un caso de inexistencia de normas, pues hay una conducta deónticamente permitida, pero que resulta ser, sin embargo, inapropiada para la regulación de las actuales formas de convivencia social. La noción de laguna no nos reflejería así insuficiencia normativa, sino inadecuación valorativa.”

função integradora da norma da legalidade, leva à conclusão necessária de que não existem regras constitutivas que reconheçam a união homoafetiva, nem, tampouco, que suportem uma extensão das regras dos arts. 1.723 a 1.734 do Código Civil às uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Todavia, o STJ entende que essa solução implica diminuir os direitos dos homossexuais e violar-lhes a dignidade. No mesmo diapasão, a discussão se justificaria, para o Supremo Tribunal Federal, em virtude “da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade.”³⁷ Tais considerações são exatamente o que Kelsen tem em mente ao afirmar que a lacuna se presume quando a aplicação do Direito é julgada indesejável. Para o autor austríaco, nesse caso, deve-se falar de lacunas próprias.³⁸

As lacunas próprias, assim, também não solucionam a questão porque, como visto, no caso acima elas apenas são declaradas quando os efeitos que adviriam da aplicação da função integradora da legalidade não apetezem ao órgão julgador. Dessa forma, se é certo que diante de uma lacuna própria deve-se aplicar a norma geral inclusiva, é certo também que não está claro quais são os motivos que levam ao reconhecimento desse tipo de lacunas. O fato é que a conclusão do órgão aplicador de que a lei é lacunosa parece ser muito mais produto de considerações que Kelsen chamaria de meramente políticas ou morais, do que de uma exigência lógica qualquer. Como visto, no caso citado não era impossível aplicar o Direito existente. Não era sequer necessário recorrer à norma geral inclusiva. Era apenas indesejável que se fizesse dessa forma.

1.5 As lacunas impróprias ou técnicas

Outro é o caso das lacunas técnicas ou impróprias. Nessa hipótese, a aplicação da função integradora da legalidade é impossível. As lacunas técnicas “são consideradas possíveis mesmo por aqueles que, de um ângulo de visão positivista, negam a existência de lacunas próprias.”³⁹ Quando isso acontece “o legislador omite normar algo que deveria ser

³⁷ STF, ADI n. 3.300 MC/DF, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 09/02/2006.

³⁸ KELSEN. 2003. p. 276.

³⁹ KELSEN. 2003. p. 276.

normado para que de todo em todo fosse tecnicamente possível aplicar a lei”.⁴⁰ Para Kelsen, mesmo nesses casos, não há uma lacuna. Ocorre apenas que a lei determina um contra-senso, “como as leis são obra humana, tal possibilidade não está excluída”.⁴¹

No RE n. 235.643/PA⁴², relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, havia sido reconhecido o direito do autor em receber o salário mínimo da categoria. Ocorreu, contudo, que a lei que fixava qual era o tal salário mínimo foi revogada. Assim, não existia mais parâmetro para a fixação do *quantum* devido ao autor. Para o Min. Sepúlveda Pertence tal situação ensejou “o surgimento de típico vazio legislativo, a ser preenchido judicialmente, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.”

Nesse caso, a função integradora da norma da legalidade não podia ter qualquer papel. Isso porque reconhecido o direito de alguém a algo, se esse algo é fixado através de um parâmetro legal e o tal parâmetro for revogado, não haverá como fixar o *quantum* devido. Nesse sentido, a regra faltante é técnica. Ou seja, determinou-se que alguém tem direito a algo, segundo as regras legais vigentes, porém falta respaldo normativo para determinar o que é esse algo. Como já dito, o âmbito das lacunas técnicas é o dos direitos a alguma coisa.⁴³ Em termos lógicos, as lacunas técnicas surgem quando x tem direito à G em face de y , nos termos da norma z , sendo que z não existe⁴⁴. Aplica-se, nesse caso, a norma geral inclusiva do art. 4º da LICC: o juiz determina segundo a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito o que, então, seria o tal objeto.

Portanto, existe ao menos uma hipótese na qual o referido art. 4º da LICC tem aplicação possível. Existem casos em que a lei é omissa e que a função integradora do princípio da legalidade não tem o condão de resolver a questão. Esses são os casos em que a lei garante um direito a alguém, mas não diz qual é ou como ele pode ser exercitado. Assim, no que se refere a normas que viabilizam a aplicação de outras, é possível se vislumbrar omissão legal.

Poder-se-ia dizer, então, que há uma efetiva lacuna no direito, ou seja, uma situação para a qual não existe regra legal aplicável. Isso, obviamente, não é verdade. Porque mesmo nos casos não resolvidos pela função integradora da norma da legalidade, ainda assim, aplica-se uma regra do sistema jurídico, qual seja, aquela do art. 4º da LICC.

⁴⁰ KELSEN. 2003. p. 276.

⁴¹ KELSEN. 2003. p. 277.

⁴² STF, RE n. 235.643/PA, Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 30/06/2000.

⁴³ ALEXY. 2004. p. 121-138.

⁴⁴ Em termos de lógica simbólica: $RxyGz \rightarrow \neg \exists z$

Parece paradoxal a afirmação de que o referido dispositivo é o indicativo mais claro da existência de lacunas no ordenamento. Representando essa corrente, Maria Helena Diniz argumenta: “ao mesmo tempo em que se supõe que a ordem jurídica regula todos os comportamentos possíveis, instaura-se no ordenamento uma lacuna substancial, uma vez que, explicitamente se admite a possibilidade de ausência de norma para regular certos casos.”⁴⁵ Como é possível dizer que o legislador não regulou esses casos se ele estabeleceu regra para a solução deles? É um contrassenso. É o mesmo que dizer que a Constituição, ciente de que não poderia regular todos os casos, determinou que o legislador deveria estabelecer norma para os casos omissos e que isso provaria que o ordenamento é lacunoso. Nesse sentido, o art. 4º da LICC pode ser entendido como uma regra de competência.

Para Robert Alexy⁴⁶, como já referido, esse tipo de norma confere poder a alguém de realizar certos atos que não seriam possível na ausência dessa mesma regra. Dessa forma, o art. 4º da LICC confere ao juiz a competência de agir de certa maneira, qual seja, aplicar a equidade, a analogia e os princípios gerais do direito nos casos em que ele não conseguir encontrar *outra* norma mais específica para resolver a lide. Essa competência foi outorgada pela lei. Assim da mesma forma que ele aplica o art. 12, I, *a*, da CRFB/88 para decidir se alguém nascido no Brasil é brasileiro, ele aplica o art. 4º da LICC para decidir certos casos. Lembrando dos critérios de solução de antinomia, seria como se o art. 4º da LICC fosse um dispositivo geral para o qual qualquer outro seria mais específico e, portanto, aplicável em seu lugar. Não obstante, da mesma forma que todos os outros, ele também é um mandamento legal.

1.6 As lacunas técnicas constitucionais

Os dois tipos de “lacunas” são problemáticos. Nas lacunas próprias, como naquela referente aos relacionamentos homoafetivos, o Poder Judiciário rejeita a solução sistemática por entendê-la iníqua. Nas lacunas técnicas, a aplicação da lei em si fica dificultada ou mesmo impossibilitada por uma omissão do sistema jurídico.

⁴⁵ DINIZ. 1989. p. 104.

⁴⁶ ALEXY. 2004.

A questão das lacunas técnicas – que até parece simples a primeira vista – se torna dramática quando a regra que falta para a aplicação de uma norma jurídica prejudica a fruição de um direito garantido constitucionalmente.⁴⁷

A Constituição estabelece uma série de direitos que serão fruídos na forma da lei. Todavia, o Congresso Nacional se omitiu de promulgar a lei regulando esses direitos em uma série de casos. Neles, existe indubitavelmente a via prevista no art. 5º, LXXI, da CRFB/88. Dessa forma, na presença de uma lacuna técnica constitucional, oriunda da mora legislativa, pode o cidadão utilizar-se da via do mandado de injunção.⁴⁸

Cumprir lembrar que até o MI n. 695/DF⁴⁹ o entendimento, adotado quando do julgamento da QO no MI n. 107/DF⁵⁰, era de que cabia à Corte apenas declarar a mora legislativa e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que ele pudesse supri-la.⁵¹ Não podendo, todavia, o Supremo Tribunal Federal por si suprir a lacuna vislumbrada nesses casos. Contudo, o que se verificou, na prática, foi que o Congresso Nacional na maioria das vezes não supriu as omissões apontadas pela Corte Suprema.⁵²

Foi com o julgamento do MI n. 670/ES que a posição da Corte sobre o assunto modificou-se.⁵³ Naquela oportunidade,⁵⁴ alterando o entendimento anterior, a Corte passou a julgar que cabia a ela suprir mora legislativa constatada. O Min. Gilmar Mendes, Relator do acórdão, afirma que desde o paradigma constante do julgamento da QO no MI n. 107/DF o entendimento da Corte evoluiu, dando contornos cada vez maiores de normatividade ao

⁴⁷ Ressalta-se que o Min. Celso de Mello fazendo referência aos trabalhos já citados de Maria Helena Diniz e de Hans Kelsen afirma expressamente que a falta de lei a regulamentar direito garantido constitucionalmente é uma “situação de lacuna técnica.” (STF, MI n. 670/ES, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 30/10/2008. p. 112.)

⁴⁸ STF, AgRg no MI n. 751/DF, Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 09/11/2007: “Somente é cabível mandado de injunção quando existente lacuna normativa que impossibilite o exercício dos direitos e garantias constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

⁴⁹ STF, MI n. 695/MA, Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 20/04/2007.

⁵⁰ STF, MI n. 107-3/DF, Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 21/09/1990.

⁵¹ STF, MI n. 670/ES, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 30/10/2008.

⁵² SABRA. 2008. Apenas em 2% dos mandados de injunção providos pelo STF, houve resposta efetiva do Congresso Nacional. Nesse sentido, a mesma pesquisa afirma que dos oito temas cuja mora do Legislativo foi declarada, em dois deles houve edição da lei devida.

⁵³ DUARTE e RIBEIRO. Janeiro/dezembro de 2008. “É bem verdade que, atualmente, por meio do julgamento dos Mandados de Injunção n. 670/ES, n. 708/PB e n. 712/DF, relativos à questão do direito de greve dos servidores públicos, o STF finalmente alterou a sua concepção majoritária acerca dos efeitos da decisão concessiva do MI (de não concretista para concretista), garantindo-lhe, enfim, efetividade e utilidade.” p. 148. No mesmo sentido a Min. Carmen Lúcia: “Em 25.10.2007, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou os MI ns. 670/ES, 708/DF, 712/PA, os dois primeiros de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e o último de relatoria do Ministro Eros Grau, [...]. Naqueles julgamentos, ressaltou-se que o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação primeira no sentido de limitar-se à declaração da mora legislativa e, sem afronta ao princípio da separação de poderes, por não lhe competir o exercício de atividade legislativa passou a ‘aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.’” STF, MI n. 795/DF, Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, DJ 22/05/2009.

⁵⁴ STF, MI n. 670/ES, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 30/10/2008.

mandado de injunção. Cita, nesse sentido, dois casos: a) o MI n. 283/DF⁵⁵, quando “o Tribunal, pela primeira vez, estipulou prazo para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora legislativa”⁵⁶; e b) o MI n. 232/RJ⁵⁷ no qual o Tribunal “reconheceu que, passados seis meses sem que o Congresso Nacional editasse a lei referida no art. 195, § 7º, da Constituição Federal, o requerente poderia passar a gozar a imunidade referida.”⁵⁸ Para o Min. Gilmar Mendes essas decisões⁵⁹ “sinalizam uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução ‘normativa’ para a decisão judicial.”⁶⁰ O Ministro, depois de alertar que comunga das preocupações de alguns com a assunção de funções legislativas pelo Judiciário e afirmar que não está defendendo que o STF atue como um legislador positivo, conclui que:

[...] tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão legislativa.⁶¹

No mesmo sentido, o Min. Celso de Mello, para quem:

Esse entendimento restritivo não mais pode prevalecer, sob pena de se esterilizar a importantíssima função político-jurídica **para a qual foi concebido**, pelo constituinte, **o mandado de injunção** que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, **pela inaceitável omissão** do Congresso Nacional, **impedindo-se**, desse modo, **que se degrade** a Constituição **à inadmissível** condição subalterna de um estatuto **subordinado** à vontade ordinária do legislador comum.⁶²

Apoiando-se em Rui Medeiros,⁶³ o Min. Gilmar Mendes afirma que a colmatação da lacuna é uma “necessidade de solução obrigatória da perspectiva constitucional, uma vez que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, pode tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina.”⁶⁴

Cumprido ressaltar que, apesar do exposto reconhecimento de que a omissão legislativa em regular direito constitucionalmente garantido importa em lacuna, o Supremo não faz

⁵⁵ STF, MI n. 283/DF, Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 14/11/1991.

⁵⁶ STF, MI n. 670/ES, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 30/10/2008. p. 22.

⁵⁷ STF, MI n. 232/RJ, Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 27/03/1992.

⁵⁸ STF, MI n. 670/ES, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 30/10/2008. p. 24.

⁵⁹ Ele também cita outro acórdão com entendimento semelhante àquele exposto no MI n. 232/RJ, o MI n. 284/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 26/06/1992.

⁶⁰ STF, MI n. 670/ES, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 30/10/2008. p. 27.

⁶¹ STF, MI n. 670/ES, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 30/10/2008. p. 36.

⁶² STF, MI n. 670/ES, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 30/10/2008. p. 109.

⁶³ MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*. 1999 *apud* STF, MI n. 670/ES, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 30/10/2008.

⁶⁴ STF, MI n. 670/ES, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 30/10/2008. p. 42.

menção à norma geral inclusiva, comando adequado para a solução da questão. No entanto, o que o Supremo Tribunal Federal tem feito nesses casos é estender, com as modificações necessárias, regras já existentes no ordenamento que tratam de matéria semelhante aos casos que deveriam ser normatizados pela regra faltante.

No que se refere ao problema específico, ora tratado, pode-se verificar que no caso das lacunas técnicas constitucionais, mais do que a norma geral inclusiva, existe a aplicação do disposto no art. 5º, LXXI, da Constituição da República. É certo que a Constituição não determina quais são os efeitos da concessão do mandado de injunção, mas ela estabelece que isso se dará quando faltar norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI, CRFB/88). A Constituição, além disso, contém regras também sobre quem é competente para conhecer desse *writ* (art. 102, I, *q*, CRFB/88). Portanto, da mesma forma que o art. 4º da LICC, as regras constitucionais sobre mandado de injunção podem ser vistas como normas de competência.

Dessa forma, a questão de se saber quais são os efeitos da concessão é mais de interpretação do que de lacuna. Trata-se, justamente, para usar as palavras de Carlos Maximiliano,⁶⁵ de determinar e fixar o sentido da norma, ou, em outras palavras, de se precisar exatamente o que ela determina que deve ser feito. Portanto, a questão das lacunas constitucionais técnicas também encontra solução dentro do ordenamento pátrio, surgindo um terceiro método de suprimento de lacunas: a concessão de mandado de injunção.

1.7 Quando as regras não servem

No ordenamento pátrio existe ainda um outro tipo de lacuna, o qual se verifica quando algum tribunal simplesmente deixa de aplicar a lei em um caso em que o seu suporte fático foi claramente e indiscutivelmente realizado, mesmo não incidindo qualquer exceção – que igualmente deveria ser prevista em regras legais – para a aplicação da lei naquele caso. Esse fenômeno parece estranho à primeira vista, mas, o exame da prática jurisdicional pátria demonstra que, muitas vezes, isso acontece.

⁶⁵ MAXIMILIANO. 1984.

Com efeito, depois de certa reflexão, deve-se concluir que ele não é tão diferente assim dos outros casos nos quais se verifica alguma lacuna. Excetuando-se as lacunas técnicas, nos casos clássicos de lacuna, o órgão julgador tem que optar entre aplicar a função integradora da legalidade – e declarar que não existe lacuna – ou fazer uso da norma geral inclusiva. Portanto, da mesma forma, nesses casos, uma regra jurídica cujo suporte fático foi realizado – qual seja, não haver outras normas jurídicas mais específicas que se apliquem ao caso – não é utilizada, seja o art. 5º, II, da CRFB/88, seja o art. 4º da LICC.

A doutrina também menciona essa situação quando o órgão judicial resolve não aplicar o direito cabível.⁶⁶ Maria Helena Diniz,⁶⁷ repassando diversos autores que escreveram sobre lacunas, menciona algumas classificações por eles feitas que lembram a constatação ora elaborada.

Nesses casos, o conflito agudo envolve justamente a fonte da função integradora: a legalidade. Se existe uma regra pertinente a um dado caso ela deve ser aplicada. Dessa forma, quando o Judiciário deixa de aplicar uma regra nesse tipo de situação, ele está fazendo concessões à legalidade. A questão é saber o que lhe permite fazer isso. Certamente não é uma regra do sistema, nenhuma possa ser encontrada que conceda competência ou que comande que o juiz pode deixar de aplicar a lei quando ele entender cabível. Com efeito, uma regra nesse sentido seria uma subversão de todo o sistema. As regras de nível infraconstitucional podem deixar de ser aplicadas se se verifica que são contrárias a uma regra constitucional. Porém, o que se vê em diversos casos, como abaixo ficará exposto, é que nem sempre a não aplicação de alguma norma na hipótese ora tratada deriva da sua inconstitucionalidade.

1.7.1 Tipificação penal e insignificância

Das decisões do Supremo Tribunal Federal pode se colher alguns provimentos nos quais a Corte deixou de aplicar regras cujos suportes fáticos foram claramente preenchidos. Nos anais do Tribunal pode-se encontrar o caso do Sr. César da Silva. O Sr. César, à época com dezenove anos, se envolveu no furto de um boné avaliado em R\$ 10,00. O Sr. César,

⁶⁶ FORIERS. *Les lacune du Droit*. in PERELMAN. 1968. "Nous disons également – encore que plus rarement – qu'il y a lacune du droit lorsque la règle figurant dans l'ordonnement juridique pour résoudre un cas déterminé n'apparaît pas opportune, satisfaisante ou juste." p. 9.

⁶⁷ DINIZ. 1989.

contudo, além de ter sérias dificuldades com a ideia de propriedade privada, era também desprovido de grande sorte. O pai do dono da referida *res furtiva* era policial militar e estava na cena do crime. Sem dificuldades, o pai benfeitor prendeu em flagrante o Sr. César e o levou às barras da justiça.

O Tribunal estadual diante das irrefragáveis provas dos autos, de que, efetivamente, o Sr. César da Silva havia subtraído coisa alheia móvel para si, realizando plenamente a conduta delituosa tipificada no art. 155 do CP, aplicou-lhe a pena de dois anos de reclusão. O caso finalmente chegou ao Supremo Tribunal Federal através do HC n. 84.687/MS.⁶⁸

A Corte entendeu que, apesar de realizada a conduta típica, não havia lesividade suficiente ao bem juridicamente tutelado pela norma penal, motivo pelo qual, o Sr. César da Silva não poderia ser enquadrado no rigor das normas penais, não se podendo verificar a tipicidade material do seu crime. Para a Corte:

[O] sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando estritamente necessárias à proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano – efetivo ou potencial – impregnado de significativa lesividade.⁶⁹

O Sr. César da Silva teve sua sentença penal condenatória invalidada e pôde se ver livre das constringências penais que lhe afligiam. Mais uma vez o Direito não serviu. Se existe uma regra jurídica – uma regra penal – que determina que aquele que subtrai bem móvel alheio para si deve sofrer uma pena, como então pode o Supremo Tribunal Federal, num caso em que isso clara e indiscutivelmente havia ocorrido, julgar que não houve crime? Como explicar a atuação da Corte, quando parece que ela sequer se importa em aplicar as regras promulgadas pela Casa Legislativa, utilizando, para justificar esse comportamento, considerações que não podem ser conduzidas a nenhuma outra regra do sistema? A inadequação total de uma noção do Direito que não consegue responder corretamente a essas perguntas novamente assoma aos olhos.

O reconhecimento da insignificância penal da conduta do acusado não importa, por óbvio, na declaração de inconstitucionalidade (mesmo *incidenter tantum*) da regra penal impositiva. O fundamento desse tipo de julgamento é explicado por Zaffaroni, segundo quem “nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como afetação de um bem jurídico total ou parcialmente

⁶⁸ STF, HC n. 84.687/MS, Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 27/10/2006.

⁶⁹ STF, HC n. 84.687/MS, Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 27/10/2006. p. 286.

alheio, individual ou coletivo.”⁷⁰ Ademais, esse bem jurídico deve ser afetado minimamente “excluindo bagatelas ou afetações insignificantes.”⁷¹ Dessa forma, a não aplicação de uma norma penal, nesse caso, decorre não de regras jurídicas específicas, mas de considerações teóricas, calcadas em argumentos abstratos sobre o caráter e a função do exercício punitivo estatal. Portanto, também nessa hipótese, a aplicação de regras do sistema cedeu a outras considerações. Considerações essas que, segundo o modelo kelseniano, tradicional seriam tidas como meramente morais ou políticas.

1.8 As “lacunas por exuberância”

Como visto, a questão das lacunas é mais uma de não aplicação de regras gerais do que, propriamente, falta de regras a serem aplicadas. Assim, diante de um caso concreto, se o juiz não conseguir encontrar uma regra jurídica específica que se aplique a ele, uma série de questões se apresentam. Primeiro, ele precisa verificar se a lacuna alegada se refere à inexistência de uma regra que regula como alguém deve exercer o direito que lhe é conferido por outra norma jurídica. Nesse caso, cumpre a ele suprir a lacuna com base na norma geral inclusiva. Salvo se a norma faltante, que dá origem à lacuna seja aquela que regule um direito garantido por uma norma de natureza constitucional, caso no qual o órgão julgador deve verificar se tem competência para decidir a questão. Não se tratando de uma lacuna técnica, surge a possibilidade, conforme o caso, de se aplicar a função integradora da legalidade – caso em que não se reconhece a existência da lacuna – ou a norma geral inclusiva. Por fim, mencionou-se também casos nos quais o julgador, diante de uma situação em que as consequências que poderiam advir da aplicação da norma são iníquas, deixa de aplicá-la. Portanto, nos casos de lacunas próprias aqui trabalhados existem normas jurídica que *prima facie* seriam aplicáveis ao caso e que, por arte do órgão julgador, não o são. Nesses casos, como argumentado, o Direito parece não servir.

Contudo, isso não se dá apenas nas hipóteses de lacunas próprias. O Direito também parece não servir quando há várias regras inquestionavelmente aplicáveis ao caso e o Judiciário não consegue decidir qual delas deve efetivamente sê-lo. Seriam exemplos de

⁷⁰ ZAFFARONI. 2003. p. 228.

⁷¹ ZAFFARONI. 2003. p. 228.

“lacunas por exuberância do ordenamento”. Registra-se, exemplificativamente, no próximo tópico, um dos casos dessa espécie.

1.8.1 O Mandado de Segurança n. 24.875/DF

O MS n. 24.875/DF, julgado em 06 de janeiro de 2006, nele o STF discutiu o art. 37, XI, da CRFB/88, que se refere ao teto remuneratório dos servidores públicos.⁷² Nessa decisão, os Ministros não conseguiram chegar a um consenso sobre a matéria. O Min. Marco Aurélio apresentou voto em separado, com posição distinta dos outros, mas que, por pender para um dos lados, acabou resolvendo a questão em favor de cinco dos Ministros que votaram em uma direção. Outros cinco Ministros dissentiram e votaram em sentido diferente. De toda forma, eles não lograram êxito em chegar a um acordo claro sobre quais são, exatamente, os efeitos que o art. 37, XI, da CRFB/88 (com a redação que lhe deu a EC n. 41/03) deveria ter sobre a situação específica sob julgamento.

Nesse processo, alguns ex-Ministros impetraram mandado de segurança contra ato do Presidente do Supremo Tribunal Federal que reduziu seus proventos aos valores percebidos pelos Ministros da Casa, em atendimento ao disposto no referido dispositivo constitucional, o qual por sua vez é muito claro no sentido de que os proventos de servidor inativo não podem exceder a remuneração dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.⁷³

Os ex-Ministros alegavam que não poderiam ter seus proventos reduzidos, com base no inciso XXXVI do art. 5º da CRFB/88, que determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido”. O Min. Sepúlveda Pertence, que liderou os cinco ministros que opinaram pela Corte, achou por bem não adentrar às “águas procelosas” do direito adquirido e decidiu a causa com base no art. 37, XV, da CRFB/88, que determina serem irredutíveis os subsídios e vencimentos dos servidores públicos. Pontuou o Ministro, pela Corte, contudo, que os proventos dos ex-Ministros ficariam congelados até que a remuneração dos Ministros ativos da Casa se igualasse a deles, preservando, assim, de certa forma, o teto constitucional.

⁷² STF, MS n. 24.875/DF, Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 06/10/2006.

⁷³ DI PIETRO. 2009. “O teto atinge os proventos dos aposentados e a pensão devida aos dependentes de servidor falecido.” p. 541.

Os Ministros da corrente minoritária entenderam que a ordem deveria ser integralmente denegada. O Min. Joaquim Barbosa, expressando a opinião da minoria, entendeu que:

A fixação de efetivo teto remuneratório, além de ser antigo anseio geral de difícil implementação, representa a concretização definitiva da transparência na remuneração dos servidores. [...] Por esse aspecto é que deve ser rejeitada a tese do direito adquirido ao excesso, do direito adquirido à remuneração que ultrapasse o limite do que o país considera remuneração justa para função pública.

Além das regras constitucionais já citadas, ainda deve ser mencionado o art. 17 do ADCT da CRFB/88. Esse dispositivo determina, expressando claramente a intenção do constituinte originário, que:

Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.

Dessa forma, tem-se de um lado uma regra segundo a qual: “é proibido que servidores inativos tenham remuneração de valor superior àquele pago aos Ministros do Supremo Tribunal Federal” e outra segundo a qual: “é proibida a invocação de direito adquirido em face do teto remuneratório.” Por outro lado, tem-se a regra segundo a qual “é proibido que lei posterior prejudique direito adquirido” e outra que “é proibido reduzir a remuneração do servidor público”. Então, qual dessas regras é a correta para decidir o caso? Qual é o critério que se deve utilizar para definir a regra aplicável? Não existe solução sistemática *a priori* nesse tipo de caso.

Pode, sem dúvida, ler-se o art. 5º, XXXVI, da CRFB/88 como se nele constasse a exceção estabelecida no art. 17 da ADCT. Nesse caso, ter-se-ia não quatro, mas, três regras, sendo que a terceira seria: “é proibido que lei posterior prejudique direito adquirido, exceto no que se refere ao teto remuneratório.” Ainda assim, as regras do sistema indicariam soluções contrárias para o caso sob julgamento. Os critérios clássicos de solução de antinomia tampouco são de alguma ajuda. É certo que a redação do inciso XI, que foi dada pela EC n. 41/03, é mais recente que aquela do inciso XV, dada pela EC n. 19/98, porém, não parece ter sido a intenção do constituinte derivado, ou da EC n. 41/03, que as normas promulgadas por esse diploma constitucional revogassem aquelas promulgadas pela EC n. 19/98. O critério da antiguidade, com efeito, sequer foi levantado pelos Ministros no julgamento da questão.

Muito antes pelo contrário, a regra mais antiga foi, no final das contas, aquela que ditou o resultado.

A questão se torna ainda mais interessante se for lembrado que a decisão do MS n. 24.875/DF, de 2006, virou um elefante branco na Corte. Seu precedente jamais logrou ser aplicado em casos posteriores, sem ser, contudo, invalidado ou superado. A Min. Ellen Gracie, durante seu período como Presidente do Tribunal, julgou diversos pedidos de suspensão de segurança e em todos eles negou-se a aplicar o precedente, sendo tal entendimento confirmado, posteriormente, pelo Tribunal Pleno.⁷⁴ O Min. Eros Grau, expressando entendimento da Corte, afirma que:

A única exceção a esta regra foi reconhecida por este Tribunal em relação aos impetrantes do mencionado mandado de segurança – e exclusivamente a eles – que, por serem magistrados, eram beneficiários da ultra-atividade do art. 184 da Lei n. 1.711/52 (acréscimo de 20% sobre os proventos).⁷⁵

O simples fato de que se aplicou uma regra para um grupo específico de pessoas e uma diferente para todas as outras, já é em si, um indicativo de que há algo possivelmente errado com a decisão, salvo se houver grande esforço argumentativo de maneira a afastar a isonomia disposta no *caput* do art. 5º da CRFB/88, o que não parece ter se dado no caso em tela, uma vez que a justificativa do STF, citada acima, para o tratamento distinto de situações *prima facie* semelhantes é, no mínimo, obscura. Como aponta Alexy, é possível uma interpretação correta das normas constitucionais que leve à conclusão de que o tratamento diferenciado é o mais justo, porém, aquele que argumenta nesse sentido tem o ônus de demonstrar as razões pelas quais isso deve se dar.⁷⁶

Todavia, se utilizado o modelo kelseniano, teríamos que concluir pela legitimidade da decisão. É indubitável que a Corte era competente para decidir a questão e pode-se até argumentar que a decisão expressa uma das interpretações possíveis para o imbróglio legal. Assim, uma decisão que se entende inaceitável do ponto de vista meramente dogmático, torna-se legítima do ponto de vista da teoria geral. Será que realmente a doutrina jurídica “não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de

⁷⁴ Todos do STF, relatados pela Min. Ellen Gracie e julgados pelo Tribunal Pleno, por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio: SS 3.412 AgRg/MS, DJ 16/05/2008; SS 2.773 AgRg/RJ, DJ 02/05/2008; SS 2.932 AgRg/SP, DJ 25/04/2008; SS 2.446 AgRg/SP, DJ 02/05/2008; STA 101 AgRg/SP, DJ 25/04/2008; SS 2.584 AgRg/AM, DJ 02/05/2008; SS 2.504 AgRg/DF, DJ 02/05/2008; SS 2.815 AgRg/SP, DJ 25/04/08; 3.108 AgRg/RJ, DJ 25/04/08; SS 2.902 AgRg/SP, DJ 25/04/08; SS 2.385 AgRg/BA, DJ 11/04/08; SS 2.986 AgRg/SP, DJ 25/04/08; SS 2.507 AgRg/AM, DJ 25/04/08; STA 84 AgRg/SP, DJ 25/04/08; SS 3.000 AgRg/SP, DJ 04/04/08; e SS 2.964 AgRg/SP, DJ 09/11/2007.

⁷⁵ STF, RE n. 477.447 AgRg/MG, Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJ 24/11/2006.

⁷⁶ ALEXY, 2004.

deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito”⁷⁷ Será que as críticas doutrinárias feitas a esse tipo de decisão não são direito, mas “tão-somente um juízo de valor político”⁷⁸

Se for talvez ingênua a ideia de que palavras escritas por alguns acadêmicos possam mudar algum entendimento da Corte Suprema do País; dizer que as críticas feitas a ela não são jurídicas, mas meramente políticas, parece ser ainda pior. Mais do que isso, dizer que não são jurídicas as críticas feitas pela doutrina às decisões judiciais parece ser ainda mais ingênuo. É o mesmo que dizer a um médico que está operando, que o quê ele está fazendo não é medicina, simplesmente porque se definiu teoricamente um conceito de medicina que não engloba o ato de operar alguém. Talvez esteja menos errado dizer que as críticas doutrinárias às decisões judiciais são Direito, do que dar uma definição de Direito que exclua essa atividade desse campo.

Assim, se é possível concluir que a doutrina jurídica é mais do que uma mera ladainha acadêmica, talvez seja desejável divisar estruturas que possam servir de base para discutir a legitimidade das decisões judiciais e que sejam capazes de apontar que mais que opções políticas incorretas, às vezes, os Tribunais aplicam o Direito equivocadamente. Que dentro do quadro de interpretações possíveis existem algumas que são melhores que as outras, não apenas do ponto de vista político, mas também do jurídico, mesmo que nem sempre seja tão fácil apontar qual é a melhor.

1.9 Um novo modelo estrutural

A questão das lacunas é interessante porque demonstra bem os limites dos modelos baseados apenas em regras jurídicas. Em todos eles chegou-se a um ponto no qual parecia caber ao julgador uma grande discricionariedade na aplicação do Direito, discricionariedade essa para a qual não existem parâmetros claros de controle. A discricionariedade, inclusive, pode ser dupla, pois no caso das lacunas próprias, existiria discricionariedade não apenas na colmatação da lacuna, como também, na questão mais elementar, de decidir sobre a sua existência.

⁷⁷ KELSEN. 2003. p. 396.

⁷⁸ KELSEN. 2003. p. 396.

Nessas situações, o julgador detém uma competência – que simultaneamente é um dever – para resolver o caso lacunoso que ele julgou existir. Porém, a regra de competência não resolve o problema da legitimidade. O simples fato de deter um poder não é indicativo único da legitimidade das decisões proferidas com base nele. A questão, então, é saber se existe um critério legal para verificação da legitimidade das decisões.

Nas lacunas técnicas – sejam ordinárias, sejam constitucionais – o julgador fixa a disciplina que garante a aplicação do direito cuja norma de regulação é faltante. Nas lacunas próprias, ele é chamado a decidir se a lacuna existe. Na hipótese de ele entender positivamente, cabe a ele fixar a norma aplicável, nos termos da norma geral inclusiva (art. 4º da LICC), com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do Direito. Nas lacunas que surgem por inadequação dos efeitos da regra aplicável para a solução do caso concreto, o julgador desqualifica a aplicação de uma regra legal presente no sistema. Nas “lacunas por exuberância”, o órgão judicante, dentre várias regras teoricamente aplicáveis ao caso *sub judice*, decide qual é a mais adequada. Em todas elas, parece que o juiz exerce uma espécie de poder discricionário.⁷⁹ Parece que ele cria *ex nihilo* novas regras jurídicas.

Assim, a situação chamada de lacuna – quando não é possível encontrar uma regra jurídica específica para a solução do caso *sub judice* – gera uma série de dificuldades na aplicação do direito. Quando há lacunas, porque não há um posicionamento legal *a priori*, sobressaem a posição do Judiciário e as dificuldades que existem na aplicação do Direito.

Os exemplos acima apresentados são apenas alguns casos indicativos. Para cada uma das deficiências apontadas seria possível encontrar muitas outras na jurisprudência dos Tribunais. Todavia, eles são suficientes para demonstrar que o Direito, entendido como um conjunto de regras de conduta, não é suficiente para determinar se o julgamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em um dado caso concreto é legítimo. Em todos os exemplos dados, o Direito, tal como posto, pareceu não servir.

Portanto, o entendimento do que é a prática judiciária pátria e, por extensão, do Direito pátrio, depende de outro modelo teórico. Um modelo teórico que consiga explicar de forma eficaz a forma como o Direito é aplicado, mesmo quando falta alguma regra específica. Um modelo que consiga incluir os argumentos políticos e morais utilizados pelo Supremo Tribunal Federal dentro do ordenamento jurídico, pois, claramente, um modelo que os exclua

⁷⁹ Betti (2007) noticia a correlação feita por autores positivistas entre o problema da integração do direito e a discricionariedade do julgador nos casos em que não é possível encontrar uma norma específica para a solução do caso concreto. Correlação chamada por ele de imprópria.

é insuficiente, salvo se as decisões do Supremo Tribunal Federal não puderem ser consideradas como parte integrante do Direito.

A construção desse modelo, assim, certamente não é de interesse puramente teórico. Muito antes pelo contrário. Os homossexuais não têm reconhecidas suas uniões estáveis;⁸⁰ alguém teve concedido o direito a receber o salário mínimo de uma categoria que não tinha salário mínimo; o Sr. César da Silva pode ir para casa, se livrando de uma pena de dois anos de reclusão; e alguns Ministros aposentados do Supremo Tribunal Federal tiveram seus proventos congelados, enquanto milhares de outros servidores públicos tiveram sua remuneração decotada; tudo isso em virtude de argumentos que não podem ser explicados por um modelo que entenda o Direito puramente como um conjunto de regras. A superação é necessária. Um modelo teórico claro, apoiado nas referidas decisões e em tantas outras, poderia servir como parâmetro de verificação de legitimidade dos julgamentos do Poder Judiciário e em todas as instâncias em que os juízes se vêem, por vezes, em face de situações cuja solução não está plasmada em uma regra específica. É, todavia, no pináculo da estrutura do Judiciário que o problema é mais agudo. A Constituição reserva para o Supremo Tribunal Federal a solução das questões mais pungentes da República. Reserva a ele a guarda dela mesma.

Quando se verifica uma lacuna, como já dito, é porque as regras do sistema e a solução sistemática *a priori* não serviram para a resolução do conflito posto. A questão, porque não resolvida especificamente pelo legislador, ganha certos ares políticos. Políticos porque qualquer que seja a decisão, ela possivelmente afetará muito mais que o interesse subjetivo das partes envolvidas. O Supremo é o Tribunal vocacionado constitucionalmente para a solução dessas intrincadas questões jurídicas. É justamente por isso que a questão da legitimidade das decisões proferidas por ele é tão especial. Por definição constitucional, não cabe a ele decidir casos em que, uma vez fixados os fatos, a aplicação do direito é fácil. É quando falta a regra que as questões de legitimidade surgem com mais força. Por isso é tão importante tentar buscar critérios de verificação. O fato inescapável é que todas essas decisões terão efeitos práticos nas vidas das pessoas e, tratando-se das decisões do Supremo Tribunal Federal, de muitas delas, quiçá de todas aquelas submetidas ao Estado brasileiro.

Para que o direito dessas pessoas seja levado a sério, para que elas possam se reconhecer como iguais, como fonte de onde emana todo poder estatal, é preciso que se busque um modelo teórico, voltado para a prática judiciária da Corte Suprema que seja a ela

⁸⁰ O STF reconheceu a união homoafetiva ADPF 132/RJ e ADI n. 4.277/DF, julgada em 11/05/2011.

adequada e que justifique seus fundamentos, de modo que a determinação do que é devido aos cidadãos e do que eles devem fazer seja mais do que o produto do poder discricionário do órgão julgador. Esse novo modelo teórico deve ser buscado. Do contrário, o Direito, efetivamente, não servirá.

2 QUANDO O DIREITO DEVE SER INTERPRETADO

2.1 A definição semântica de norma

Podem ser encontrados na atual Constituição brasileira preceitos como: “A República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana”. Essa parece ser uma locução verbal muito distinta de outras ali contidas, como, por exemplo: “Não haverá penas de caráter perpétuo”. Nesse caso, sabe-se claramente qual o comportamento que a Constituição determina. Havendo alguma pena de caráter perpétuo ela não será válida e se o Congresso Nacional publicar alguma lei instituindo uma pena que seja assim, também ela não poderá ser aplicada. Da mera leitura do dispositivo pode-se entender, sem sombra de dúvidas, o que é que se pretende com ele. Qualquer um que fale e entenda português corretamente não questionaria a assertiva segundo a qual: “nos termos da Constituição da República não pode haver pena de caráter perpétuo no Brasil”.

Por outro lado, é difícil tratar a primeira das orações acima citadas da mesma forma. Do fato de que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República não se segue automaticamente nenhuma consequência imediata que deflua somente do texto. A princípio, a única coisa que se sabe é que se está diante de uma declaração. A primeira assunção que deve ser feita é a de que ela tem um propósito ou uma finalidade. Levando-se em consideração que essa declaração consta da Constituição, parece certo que o único motivo para ela constar ali, é que ela serve a um propósito. Assumindo, então, que essa declaração serve a um fim, tem-se que perquirir a qual fim ela se destina.

A princípio, duas opções surgem: ela pode ter como objetivo narrar um fato ou, em outras palavras, servir como uma oração narrativa que indica como as coisas são e, nesse sentido, servindo como uma afirmação, cuja falsidade ou veracidade pode ser julgada com base na sua correspondência com os fatos aos quais se refere; ou ela pode ter por objetivo fazer alguma coisa.⁸¹ Concluindo-se que se trata da primeira opção – ou seja, que é uma afirmação a respeito de como as coisas são – verifica-se que foi atribuída uma qualidade a um sujeito, ou seja, à República Federativa do Brasil, qual seja, ela ter como fundamento a

⁸¹ AUSTIN. 1994.

dignidade da pessoa humana. Essa afirmação, contudo, não diz nada de diferente daquilo que já se sabia a início, ou seja, ela não explica o propósito da afirmação.

Isso acontece em qualquer outra área da comunicação humana. Uma afirmação a respeito dos fatos tem, ela também, sempre um objetivo ou um propósito. Objetivo esse que não pode ser explicado pela mesma declaração. Assim se se afirma que “o veículo é preto”, a intenção é muito mais do que indicar uma verdade sobre certos fatos. Aquele que afirma pode pretender informar a um vendedor de tintas veiculares qual a cor que ele precisa; ou então ele pode ter a intenção de informar a um policial a respeito de um acidente de trânsito. É o contexto que indica qual o objetivo da declaração.

O contexto da afirmação mencionada é aquele da Constituição da República Federativa do Brasil. Dentro de uma Constituição estão contidas as normas básicas de organização do Estado e os direitos fundamentais daqueles submetidos a este. Em outras palavras, uma Constituição tem por objetivo básico preceituar o que o Estado pode ou não fazer, como ele se organiza, e o que dele pode ser exigido ou quais direitos aqueles a ele submetidos têm contra ele.⁸² Assim, dado o contexto, a afirmação de que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República possivelmente indica o que o Estado pode ou não fazer ou, ainda, algo que dele pode ser exigido.

A linguagem básica que se usa para esse tipo de fim é a normativa. A linguagem normativa, por sua vez, não é descritiva, mas prescritiva, ou seja, ela indica um dever ser.⁸³ Portanto, dado o contexto da locução verbal mencionada é possível concluir que ela indica como algo deve ser. Pode-se concluir, assim, que a Constituição queria fazer algo com a declaração. Nesse sentido, ela é o que Austin chamou de um “ato de discurso ilocucionário exercitivo”⁸⁴ ou, de forma mais simples, um ato discursivo performativo. Esse tipo de ato quando feliz – isso é quando satisfeitas uma série de critérios que tornam válidos e eficazes os fins pretendidos com a sua emissão – cria um estado de coisas novo. Desse modo, a Constituição de 1988, ao declarar como o faz no art. 1º, III, cria uma norma.

A declaração, pois, tem o sentido de indicar que a República Federativa do Brasil deve ter como fundamento a dignidade da pessoa humana. Isso significaria que qualquer ato do Estado que não tenha como fundamento a dignidade da pessoa humana é, ao menos em princípio, inválido, quer dizer, não deve ser entendido como provindo de uma norma que deva ser seguida. Em termos meramente lógicos, isso pode ser explicado pelo fato de que a criação

⁸² SILVA. 2010.

⁸³ BANDEIRA DE MELLO. 2001. “Acresce que o Direito é uma *linguagem*; é uma fala que veicula *prescrições*.” p. 29.

⁸⁴ AUSTIN. 1994.

de uma norma através de um ato performativo implica necessariamente a veracidade da afirmação segundo a qual a norma deve ser cumprida, uma vez que a enunciação de uma norma sem o objetivo de cumpri-la torna ineficaz a emissão, fazendo com que o ato de discurso ilocucionário não seja feliz, quer dizer, nesse caso ele não tem o condão de criar um novo estado de coisas.⁸⁵

Nesse sentido, percebe-se que apesar de nitidamente diferentes em vários níveis a locução segundo a qual “não haverá penas perpétuas” e aquela outra que institui que “a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado”, têm um elemento em comum, ambas têm por objetivo criar um novo estado de coisas no qual o seu sentido deve ser perseguido. Dessa forma, é possível afirmar que ambas são normas.

Qualquer ato de discurso que “tem (convencionalmente) uma certa força”⁸⁶, cuja força ou sentido convencional desse ato de discurso é estabelecer que um certo curso de ação deva ser, ainda que a força convencional desse ato não seja jurídica, é uma norma. “Força” aí não se confunde com eficácia, efetividade ou vigência da norma, o termo é, ao contrário, utilizado de maneira meramente semântica. Quer dizer, certas expressões quando utilizadas em certos contextos têm convencionalmente o sentido, ou a força, de estabelecer que algo deva ser, ou seja, convencionalmente se atribui a essas expressões a força de determinar que algo deva ser. Mesmo que quem expresse um ato de discurso cujo sentido é de um dever ser não seja competente para fazê-lo ou não tenha poderes para que o se dispôs que deva ser aconteça de fato, ainda assim, se a força ou o sentido convencional de seu ato discursivo for de ordenar, permitir ou proibir algo, ele estará ditando uma norma.

Por exemplo, se um mendigo se vira para outra pessoa e diz: “Me dá um dinheiro”, o sentido convencional desse ato não é de estabelecer um dever ser, mas de fazer um pedido. Quando isso acontece, o ato discursivo do mendigo não é uma norma. Por outro lado, se o mesmo mendigo diz a mesma coisa com uma arma de fogo em punho, apontada para a cabeça da outra pessoa, o sentido convencional desse ato discursivo já passa a ser do estabelecimento de um dever ser, quer dizer, de uma ordem de que o dinheiro seja entregue. Assim, nessa segunda situação o ato discursivo do mendigo é uma norma. Da mesma forma seria uma norma se o ato de discurso do mendigo fosse, ao invés daquele acima mencionado, outro como em: “Você deve me dar um dinheiro”. Isso porque, ainda que nessa segunda situação o mendigo não esteja armado ou não tenha qualquer condição de fazer com que a outra pessoa lhe dê alguma quantia, o sentido convencional do seu ato de discurso é de estabelecer que um

⁸⁵ AUSTIN. 1994.

⁸⁶ AUSTIN. 1994. p. 109: “*have a certain (conventional) force.*”

certo curso de ação deva se dar, qual seja, aquele de que a pessoa tem o dever de lhe dar algum dinheiro.

Pode-se concluir assim, que é bastante útil ver o Direito como um sistema composto por normas. Se, de acordo com a concepção semântica dada é possível dizer que nem toda norma é jurídica, é igualmente cabível a afirmação de que tudo o que é jurídico pode ser expresso através de uma proposição normativa. Como afirma Ferraz Júnior, as normas são “o objetivo e o princípio delimitador das ocupações teóricas do jurista.”⁸⁷ Assim, mais do que uma preocupação teórica-ontológica-livresca, é a utilidade de ver o Direito como norma que impõe essa concepção.

2.2 As proposições normativas como veículo básico de expressão de normas

As normas podem ser expressas linguisticamente através de proposições normativas (*normative statements*), com as quais, contudo, não se confundem. A proposição normativa é mero instrumento da norma, através do qual ela é expressa e pode ser conhecida. Da mesma forma que um conjunto de folhas de papel, no qual constam cláusulas é meramente a expressão das obrigações contratadas entre as partes, não sendo em si o contrato, mas apenas seu instrumento, também os artigos de lei, tais como publicados no Diário Oficial, não são em si as normas jurídicas, mas apenas a sua expressão. Desse modo, uma mesma norma jurídica pode ser expressa de diferentes formas sem, no entanto, ter seu conteúdo modificado. Essa forma semântica da norma jurídica é um *dever*, o qual pode ser expresso por uma proposição normativa.

É obvio que a concepção ora esposada nada tem de original, do contrário, está enraizada na tradição jurídica. Kelsen afirma que: “com o termo ‘norma’ se quer significar que algo *deve ser* ou acontecer, especialmente, que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira.”⁸⁸ E ainda: “Os atos que têm por sentido uma norma podem ser realizados de diferentes maneiras.”⁸⁹

⁸⁷ FERRAZ JÚNIOR. 2003. p. 98.

⁸⁸ KELSEN. 2003. p. 5.

⁸⁹ KELSEN. 2003. p. 7.

Se em Kelsen, e mesmo em Kant,⁹⁰ já se pode encontrar um profundo entrelaçamento entre os conceitos de norma, de dever e de Direito, a concepção de norma jurídica ora esposada repousa mesmo em Alexy.⁹¹ Ele advoga a ideia de um conceito semântico de norma, com o qual se concorda inteiramente e adota-se, assim: “O ponto de partida desse modelo é o de que a distinção entre uma *norma* e uma *proposição normativa*”,⁹² de modo que “uma norma é então o sentido de uma proposição normativa.”⁹³ Portanto, norma e proposição normativa têm uma relação de significado-significante, sendo que o significante tem uma forma pré-estabelecida, qual seja, a deôntica.

Não se deve confundir a concepção de proposição normativa ora defendida, com a noção de proposição jurídica defendida por Kelsen. Para esse autor:

Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade como o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento.⁹⁴

A proposição jurídica kelseniana não é assim um ato de discurso ilocucionário exercitivo, ela é, com efeito, uma proposição, ou um ato de discurso, locucionário descritivo. Ela não se confunde com a norma: “Na distinção entre proposição jurídica e norma jurídica ganha expressão a distinção que existe entre a função de conhecimento jurídico e a função, completamente distinta daquela, da autoridade jurídica”.⁹⁵ A proposição kelseniana pode ser verdadeira ou falsa conforme o juízo hipotético que ela enuncia corresponda a alguma norma ou não. Nesse sentido:

A distinção revela-se no fato de que as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verdadeiras ou inverídicas, ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos – não são verdadeiras ou inverídicas, mas válidas ou inválidas, tal como também os fatos da ordem do ser não são quer verdadeiros, quer inverídicos, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podendo ser verdadeiras ou inverídicas.⁹⁶

⁹⁰ KANT. 1997.

⁹¹ ALEXY. 2004.

⁹² ALEXY. 2004. “*The starting-point of this model is the distinction between a norm and a normative statement*” p. 22.

⁹³ ALEXY. 2004. “*A norm is thus the meaning of a normative statement.*” p. 22.

⁹⁴ KELSEN. 2004. p. 80.

⁹⁵ KELSEN. 2004. p. 81.

⁹⁶ KELSEN. 2003. p. 82.

Dworkin nota, nesse sentido, que: “Os positivistas jurídicos acreditam que proposições de Direito são, na verdade, inteiramente descritivas: são trechos da história. Uma proposição jurídica, a seu ver, é verdadeira caso tenha ocorrido algum evento de natureza legislativa do tipo citado, caso contrário, não é.”⁹⁷ Em Alexy isso não se dá, uma vez que a proposição normativa não é descritiva da norma, ela é o seu veículo em si. Como expressão de um ato performativo feliz, uma proposição normativa pode ser avaliada segundo três dimensões: existência, validade e eficácia. A sua existência depende dela ser ou não um ato performativo feliz, isso é, da sua força discursiva, no sentido acima explicado, de ter como sentido um dever ser. A sua validade dependerá da sua relação com aquilo que dá valor ao tipo de norma que ela pretende ser. Assim, uma norma do tipo jurídica será válida caso ela tiver relação com aquilo que torna as normas jurídicas em geral válidas. Essa afirmação parece tautológica a uma primeira vista, mas, em verdade, não é esse o caso. Com efeito, aquilo que torna as normas jurídicas válidas são, nas palavras de Dworkin, “as bases do Direito” e o que é que são essas “bases do Direito” depende da concepção que se tem de Direito. Quando chegar o momento adequado, voltar-se-á à questão. A eficácia, por sua vez, é uma questão empírica, relativa a se a norma é seguida ou não. Logo, a proposição normativa não deve ser tratada como uma descrição de uma realidade normativa, mas como expressão semântica dessa realidade.

2.3 As normas, as proposições normativas e as disposições normativas

As normas podem também ser expressas por meio de dispositivos normativos. Esclarece-se que, para os presentes fins, adota-se um conceito extremamente amplo desse termo, tomando como dispositivo normativo a expressão de qualquer norma emanada por qualquer autoridade competente, tal como publicadas nos diários oficiais ou ainda como redigidas nos negócios jurídicos livremente estipulados por particulares, são dispositivos normativos. Assim, o art. 1º da Constituição da República, o art. 1º do Código Civil, o art. 1º do Decreto n. 3.000/99, o art. 1º da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n. 748/07, a cláusula primeira de um contrato de mútuo entre *x* e *y*, a disposição testamentária de *z*, a Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça, a decisão do juiz da 4ª Vara Cível da

⁹⁷ DWORKIN. 2001a. p. 218.

Comarca de Juiz de Fora/MG, todos eles são dispositivos normativos. Os dispositivos normativos são assim a forma canônica como as instituições políticas de uma dada comunidade positivam normas.

A relação entre as normas e os dispositivos normativos, tal qual acontece entre as normas e as proposições normativas, é de significado-significante. Contudo, ao contrário das proposições normativas, os dispositivos normativos não têm que ter a forma de uma expressão deôntica, por outro lado, eles devem ser criados através das formas determinadas legalmente para a produção desse efeito. Os dispositivos normativos e as proposições normativas são semelhantes, no sentido de que ambos são expressões de normas. Aqueles são a expressão que o órgão legiferante divisou para a norma e estas a sua expressão segundo expressões deônticas.

As proposições normativas têm que necessariamente conter uma das expressões de dever, ou seja: comandado ou devido, permitido ou proibido, enquanto o conceito de disposição normativa engloba qualquer artigo legal, mesmo que não contenha uma expressão de dever, como o art. 114 do Código Civil, segundo o qual: “Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.” De qualquer forma, como de resto já apontado por Alexy: “toda norma pode ser expressa por uma proposição normativa [...] sempre que tais proposições (as que não são normativas) expressem normas elas podem ser retrabalhadas em uma proposição deôntica que expressa a mesma norma”,⁹⁸ assim o art. 114, acima mencionado, pode se tornar uma proposição normativa, bastando que para isso ele seja reescrito, como em: “Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia *deverão* ser interpretados estritamente”, incluindo uma expressão deôntica.

Todavia, dispositivos normativos podem, eventualmente, quando contêm expressões deônticas, serem, em si, proposições normativas, como, por exemplo, o art. 615-A, § 1º, do Código de Processo Civil: “O exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização.” Ademais, um único dispositivo normativo, pode conter várias normas, que podem ser apreciadas por diversas proposições normativas, por exemplo o art. 543-A, § 2º do Código de Processo Civil, segundo o qual: “O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral”, que contém uma proposição normativa segundo a qual: “o recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso a existência da repercussão

⁹⁸ ALEXY. 2004. “every norm can be expressed by a normative statement [...] whenever such statements [those which are not normative] do express norms they can be reworked into deontic statements expressing the same norm” p. 24.

geral” e outra que determina que: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, exclusivamente, apreciar a preliminar de repercussão geral arguida pelo recorrente”.

Outra diferença, de suma importância para o restante da exposição, é a de que, enquanto a disposição normativa só pode ser alterada pelos processos formais positivados, que dependerão da espécie de disposição normativa a ser alterada, o conteúdo da proposição normativa é sensível à norma em si. Quer dizer, mesmo sendo os dispositivos normativos expressões de normas, nem sempre eles o fazem de forma correta, de tal modo que pode haver divergência entre o conteúdo de um dispositivo legal e de uma proposição normativa que pretenda expressar a mesma norma.

Exemplo peculiar e curioso disso é o art. 485, V, do Código de Processo Civil segundo o qual: “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando violar literal disposição de lei”. O referido dispositivo legal poderia ser retrabalhado para passar a ser uma proposição normativa: “É permitida a rescisão da sentença de mérito, transitada em julgado quando essa violar literal disposição de lei.” Ocorre que os termos “literal disposição de lei” na proposição normativa indicada não expressam, segundo a melhor doutrina,⁹⁹ a norma corretamente. Isso porque os termos “literal” e “lei” do dispositivo legal não podem ser entendidos da forma que normalmente se entende “literal” e “lei”, mas, respectivamente como exposto ou revelado; e como lei, costume ou princípio geral do Direito. Desse modo, a proposição normativa que efetivamente expressa a norma é: “É permitida a rescisão da sentença de mérito, transitada em julgado quando essa violar disposição expressa ou revelada de lei, do costume ou dos princípios gerais do Direito.”¹⁰⁰

Cumprido ressaltar, ainda, que as proposições normativas não precisam se relacionar com uma norma necessariamente promulgada, purgadas que estão de qualquer questão de validade. Assim, a norma expressa pela proposição normativa: “os quartos do andar de cima da casa devem ser pintados de azul”, quando não puder ser reconduzida a uma norma contratual válida, não é uma disposição normativa, uma vez que a obrigação nela expressa não pode ser conduzida a nenhuma disposição normativa válida. Assim, os conceitos, ora adotados, de norma e de proposição normativa são completamente independentes da questão da sua validade jurídica, sendo esta afeta apenas aos dispositivos normativos.

Em conclusão, o que deve ficar claro é que norma, então, para os fins da presente dissertação, é aquilo que pode ser exposto através de uma proposição normativa ou de uma disposição normativa, mas que com que ela não se confunde.

⁹⁹ PONTES DE MIRANDA. 2003.

¹⁰⁰ PONTES DE MIRANDA. 2003.

2.4 Os tipos de discussão processuais e as normas aplicáveis

Existem normas que são bastante simples, por exemplo, quando uma mãe diz a seu filho que ele não deve chegar em casa depois das dez da noite. Existem outras bastante complexas como aquela referente à dignidade humana constante na atual Constituição. Isso não modifica a asserção de que a oração linguística, que tenha como sentido um dever ser é sempre uma norma, seja ela ou não uma disposição normativa ou, seja ela ou não expressa por uma proposição normativa.

As normas têm como objetivo estabelecer padrões comportamentais a serem seguidos. Elas geram uma expectativa de que aqueles a ela sujeitos agirão conforme prescrito e que caso alguém não as cumpra, esse alguém poderá ser sancionado ou forçado de alguma maneira a agir conforme a norma. Algumas normas, às quais se atribuem caráter jurídico, são, nesse sentido, fonte de direitos subjetivos.¹⁰¹ Alexy argumenta que é útil ver os direitos subjetivos como posições jurídicas básicas. Para chegar a essa conclusão, ele explica que “normas podem ser vistas de uma forma bem geral como qualidades de pessoas e de atos”.¹⁰² Dessa forma, tal como mencionado acima, uma norma que proíbe alguém de fazer alguma coisa, coloca esse alguém na posição de ser um dentre os quais está proibido de fazer aquela certa coisa. Ocorre que quando a norma coloca alguém em uma dada posição, ela o faz em face de alguém. A descrição completa de uma posição, então, deve levar em conta a pessoa em face de quem aquele sujeito está proibido, segundo a norma, de agir de uma certa maneira. Assim a pessoa que está em posição de exigir alguma conduta de uma outra tem um direito subjetivo em face dessa. Levando-se em consideração que pretensão “é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”,¹⁰³ pode-se dizer que a posição é uma forma de ver o direito subjetivo por meio da pretensão. Essa pretensão, caso resistida, pode ser exercitada por meio de uma ação, gerando um processo judicial.

Nesse processo, cabe ao juiz certificar se efetivamente aquele que exercitou a pretensão por meio da ação pode exigir da outra parte o direito que alega ter; e caso entenda

¹⁰¹ Foge aos objetivos do presente estudo entrar na discussão de se toda norma confere direito subjetivo ou se apenas algumas normas o fazem ou, até, se as normas conferem mesmo direitos subjetivos. Além disso, não é o momento adequado para se explicar quais são as normas que devem ser tidas como jurídicas. Por ora, basta que se aceite que existem normas que têm caráter jurídico.

¹⁰² ALEXY. 2004. p. 114. “*Norms can be seen quite generally as qualities or persons and acts.*”

¹⁰³ PONTES DE MIRANDA. 2000. Tomo V, p. 503.

positivamente, cumpre a ele, por sua vez, agir conforme prescrito em normas que regulam qual deve ser o seu comportamento nessas circunstâncias. Para verificar se a norma foi descumprida, o juiz tem que analisar os fatos. Da narrativa das partes e daquilo que ele consegue auferir através de outras fontes – documentos, testemunhas, laudos periciais, etc. – e ainda levando em consideração o ônus de cada parte trazer esses elementos, ele tenta reconstruir o que se deu no passado de modo a determinar se alguma norma foi desrespeitada.

Na maioria das vezes, o trabalho judicial se circunscreve à análise da prova e ao correto apontamento da norma. Isso porque, em regra, as normas descrevem fatos muito específicos que uma vez verificados, conforme o caso, deixam claro ao julgador se ela foram respeitadas. Assim, se dentro de um processo, existem elementos que comprovam, por exemplo, que alguém foi mergulhado, de forma forçada, diversas vezes em uma banheira de água, ao quase sufocamento, até que confessasse algum crime, torna-se óbvio que foi desrespeitado o disposto no art. 5º, III, da Constituição da República de 1988, segundo o qual “ninguém será submetido a tortura”.

Existem casos, todavia, que mesmo sendo os fatos incontroversos não se torna óbvio se alguma norma foi desrespeitada ou qual norma foi desrespeitada. Por exemplo, em um processo, é fato incontroverso que um Estado cobrou IPVA da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. A norma pertinente é aquela prevista no art. 150, IV, *a*, da Constituição da República. O caso aí é saber se, ao cobrar imposto da ECT, o Estado Federado violou a norma segundo a qual os Entes Políticos estão proibidos de instituir imposto sobre o patrimônio, a renda ou o serviço uns dos outros.

O interessante é notar, em um caso e outro, a diferença entre os argumentos que as partes utilizam. No primeiro, as partes argumentam se os fatos caracterizados como tortura se deram ou não, ou ainda se eles ficaram provados nos autos ou não; no segundo, a argumentação não se dá a respeito de se o Estado tentou cobrar IPVA dos Correios, mas sim, se a lei proíbe essa conduta. Em outras palavras, havia uma dúvida sobre qual era o padrão comportamental exigido normativamente. Essa dúvida surge quando existem diversas interpretações plausíveis a respeito do sentido do texto legal pertinente.

Nesses casos, existem duas questões diferentes que são pertinentes. Pode ser que a questão resida em saber se a norma é aplicável àquele dado caso específico. Isso se dá quando se pergunta, por exemplo, se a ECT pode ser caracterizada como sendo parte do patrimônio, da renda ou dos serviços da União. Caso ela seja, não há dúvida de que um Estado-membro não pode lhe cobrar IPVA, do contrário, é igualmente cristalino que pode. Assim, a questão, por vezes, é se a situação estatuída na lei agasalha os fatos incontroversos ou não.

Existem outras hipóteses, contudo, ainda mais complicadas, em que apesar de serem incontroversos os fatos, parecem existir várias normas que, indiscutivelmente, se aplicam a eles, tal como na hipótese de “lacuna por exuberância” discutida acima. Nesses casos se dá a antinomia.

2.5 O problema da antinomia e os princípios

Segundo Kelsen, “não pode naturalmente negar-se a possibilidade de os órgãos jurídicos efetivamente estabelecerem normas que entrem em conflito umas com as outras”.¹⁰⁴ Para Ferraz Júnior,¹⁰⁵ as antinomias jurídicas são espécies de antinomias pragmáticas que se dão quando há: a) “uma forte relação complementar entre o emissor da mensagem e seu receptor”; b) “nos quadros dessa relação é dada uma instrução que deve ser desobedecida para ser obedecida”; e c) “o receptor, que ocupa posição inferior, fica numa posição insustentável”. Na medida em que existe um ordenamento jurídico que é um sistema, não se pode, todavia, aceitar essas tais antinomias. Desse modo, por muito tempo os juristas pensaram em uma forma de solucionar essas aberrações, de modo que, ao final, apenas uma das normas prevalecesse. Foram propostas três formas básicas para resolver a questão, os mais que conhecidos critérios de solução de antinomia: hierarquia, especialidade e temporalidade. Assim, havendo no ordenamento normas que indicam para um mesmo caso condutas diversas, deve-se aplicar os critérios mencionados, naquela ordem, e definir qual é aquela que deve ser aplicada.

Porém, existem normas cujo conflito não pode ser resolvido pelos critérios tradicionais. Essas normas têm uma hipótese de incidência indeterminável *a priori*. Elas, em si, não contêm situações que delimitem a sua aplicação, elas apenas determinam que certos valores devem ser observados ou, nas palavras do Professor Ávila, estabelecem “a promoção de um estado ideal de coisas”.¹⁰⁶ Ocorre que nas mais corriqueiras situações esses valores os quais o Estado deve proteger em sua atuação se chocam, vale dizer, determinam soluções distintas para os casos concretos.

¹⁰⁴ KELSEN. 2003. p. 228.

¹⁰⁵ FERRAZ JÚNIOR. 2003. p. 209.

¹⁰⁶ ÁVILA. 2008. p. 78.

Basta que se pense na proteção constitucional à livre iniciativa (art. 1º, IV, CRFB/88), por exemplo. Se a norma segundo a qual a livre iniciativa será protegida for aplicada como aquela que determina que não existirão penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, *b*, CRFB/88) ter-se-ia que qualquer restrição àquela seria inconstitucional, assim como qualquer pena perpétua é inconstitucional. Seguir-se-ia disso, que toda a CLT seria inconstitucional, bem como diversas partes do Código Civil e do Código Tributário Nacional, pois, todas elas, de uma forma ou de outra, restringem a livre iniciativa.

No entanto, não é assim que se entende que deve ser aplicada a norma de proteção à livre iniciativa. Pelo contrário, se reconhece que existem outros valores de igual importância constitucional que também devem ser levados em consideração.

É da conjunção desses diversos valores e dos conflitos de orientação comportamental que eles engendram, que surgem os seus próprios limites, quer dizer, juridicamente, esses padrões comportamentais não têm limites prévios e delimitados, suas únicas fronteiras são os outros padrões de mesma natureza que existem. Dworkin chama esses padrões de princípios, em contraposição àqueles outros padrões que têm hipóteses de incidência específicas que ele alcunha regras. Para o autor, um dado princípio “enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita de uma decisão particular.”¹⁰⁷ Todavia, em um dado caso, vários princípios podem oferecer razões, razões essas que podem conduzir o argumento em direções contrárias. “Quando princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um.”¹⁰⁸ Assim, um princípio não será aplicável na medida em que for invocado “outro princípio ou outra política recentemente reconhecidos, capazes de estabelecer uma diferença pertinente.”¹⁰⁹ Antes que se possa estudar com mais profundidade os princípios, é preciso que se compreenda como fica a situação daquele outro padrão normativo bem mais familiar, as regras, em um ordenamento jurídico em que elas têm que conviver com uma série de princípios.

As intrincadas questões que podem surgir da convivência entre regras e princípios em um mesmo sistema podem ser vistas, por exemplo, na discussão a respeito da possibilidade de restrição de concessão de liberdade provisória em crimes ligados ao tráfico de entorpecentes. Como cediço, o art. 5º, XLIII, da CRFB/88 determina que: “a lei considerará crimes

¹⁰⁷ DWORKIN. 2002. p. 41.

¹⁰⁸ DWORKIN. 2002. p. 42.

¹⁰⁹ DWORKIN. 2002. p. 120.

inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes”. Em sentido semelhante, o art. 44 da Lei Federal n. 11.343/06 estabelece que tais crimes: “são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória”. Passou-se a alegar, perante o STF, por um lado, que como o dispositivo constitucional não trata explicitamente de liberdade provisória, a extensão da lei penal seria inconstitucional; e, por outro, que a constitucionalidade da impossibilidade decorre diretamente da inafiançabilidade. O Supremo tem acórdãos recentes tanto em um sentido quanto em outro, julgando a 1ª Turma pela constitucionalidade e a 2ª Turma pela inconstitucionalidade.¹¹⁰ Ou seja, a intrincada relação acima mencionada será determinante para a correta interpretação ao art. 5º, XLIII, da CRFB/88 e da compatibilização dessa interpretação com outras normas constitucionais, mas com caráter de princípio, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), a presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB/88) e a ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CRFB/88), relações essas tão complicadas que as duas Turmas do STF dissentem quanto à melhor solução. O caminho para o desvendamento da verdade dessas relações passa pelas normas constitucionais derivadas, o que será tratado no próximo tópico.

2.6 Das normas constitucionais derivadas

As normas constitucionais derivadas são aquelas criadas pelo Judiciário a partir de outras postas em dispositivos constitucionais, com o objetivo de resolver situações jurídicas conflituosas cuja solução imediata não pode ser encontrada imediatamente nas normas positivadas diretamente pela Constituição, sendo necessário o seu desdobramento em normas mais precisas que ofereçam respostas efetivas ao litígio posto perante a Corte. Elas são uma decorrência natural da força normativa dos princípios. Lembrando a citação de Dworkin, contendo a definição do termo princípio para o autor, ele fala que esses padrões normativos conduzem o argumento em uma certa direção, mas, ainda assim, necessitam de uma decisão particular. Essa decisão particular é uma norma constitucional derivada. Os princípios

¹¹⁰ Pela constitucionalidade: STF, HC n. 104.616/MG, Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ 10/11/2010; Pela inconstitucionalidade: STF, HC n. 97.346/SP, Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJ 25/06/2010. A matéria foi afetada ao Plenário, mas até fevereiro de 2011 não havia ainda sido julgada: HC n. 92.687/DF e HC n. 100.949/SP.

representam padrões bastante abstratos de conduta que em casos específicos indicam uma decisão a ser tomada.

A decisão que resolve um litígio é sempre expressão de uma regra. Essa regra pode estar positivada diretamente no ordenamento por ato do legislativo ou então ser derivada de algum princípio. Nesse caso, ela será a expressão do que determina o princípio para a resolução daquele litígio específico. Assim, conquanto podem ser derivadas normas constitucionais da interpretação de regras constitucionais, é no que toca aos princípios que elas são efetivamente relevantes, pois, é por meio delas que eles são aplicados aos litígios específicos.

É importante ressaltar, como aponta Alexy,¹¹¹ que apesar de serem derivadas pelo Judiciário, essas normas tem efetivo caráter de norma constitucional, não sendo deontologicamente diferentes de qualquer outro comando constante na Constituição. Justifica-se tratar essas normas derivadas como propriamente constitucionais por dois motivos. O primeiro motivo é que:

Elas são necessárias para que as normas expressas no texto da Constituição possam ser aplicadas a casos. Se normas dessa natureza não forem adotadas, não ficaria claro o que é comandado, proibido ou permitido com base no texto da Constituição (ou das normas diretamente expressas nele). Esse tipo de relação entre as normas citadas e o texto constitucional pode assim ser denominado de “*relação clarificadora*”.¹¹²

O segundo é que essas normas derivadas são adotadas em razão das normas contidas na Constituição. “Em outras palavras, nós estamos lidando com uma *relação de justificação* entre uma norma em necessidade de ser clarificada e a norma que a clarifica.”¹¹³ Dessa forma, essas normas derivadas são uma implicação das normas diretamente veiculadas na Constituição. É obvio que não se trata de uma implicação meramente lógica, como aquela segundo a qual a expressão de que “o gato está em cima da mesa”, implica esta outra segundo a qual: “A mesa está sob o gato.” A implicação é interpretativa e justificada pelo que Alexy chama de “justificação constitucional correta”.¹¹⁴ “Então, se uma norma derivativa é uma norma de direitos constitucionais depende das razões que podem ser encontradas que a

¹¹¹ ALEXY. 2004.

¹¹² ALEXY. 2004. p. 35. “*They are necessary if the norms expressed in the text of the Constitution is to be applied to cases. If norms of this nature are not adopted, it would not be clear what is commanded, prohibited, or permitted on the basis of the constitutional text (or the norms directly expressed in it). This type of relation between the norms cited and the constitutional text can be termed a ‘clarifying relation’.*”

¹¹³ ALEXY. 2004. p. 35. “*In other words, we are dealing with a justifying relation between the norm in need of clarification and the clarifying norm.*”

¹¹⁴ ALEXY. 2004. “*a derivative norm is valid and is a constitutional rights norm when it is possible to provide correct constitutional justification for its ordering under a direct established norm.*” p. 36.

suportem.”¹¹⁵ Como reflete o autor, em verdade, a razão que suporta a aplicação de uma norma constitucional derivada não é assim tão diferente daquela utilizada para a aplicação de normas diretamente positivadas pela Constituição. Em ambos os casos é necessário o que ele chama de justificação constitucional correta. Ocorre que, no caso das normas diretamente positivadas, essa justificação se dá meramente em virtude da referência ao texto da Constituição.¹¹⁶ Da mesma forma, depois de adotada em uma decisão do órgão judicial competente, a referência a ela, mormente quando essa for vinculante, é suficiente para a sua justificação, ainda que para a adoção originária dessa norma pelo órgão Judiciário seja necessária uma argumentação mais consistente.

As reflexões que serão feitas abaixo demonstrarão como é possível derivar uma norma de outra constante diretamente na Constituição.

2.6.1 O cabimento da existência de normas constitucionais derivadas no contexto pátrio

As normas constitucionais derivadas são um pressuposto teórico suficiente em si mesmo, justificando-se pela racionalidade da aplicação de normas constitucionais abertas semântica e estruturalmente para resolução de litígios, não necessitando, assim, de subsídios empíricos. Todavia, como elas foram postuladas por Robert Alexy¹¹⁷ em contexto estrangeiro, tendo como referência a atuação do Tribunal Constitucional Alemão, não seria demais demonstrar sua plena aplicação no contexto brasileiro. A grande questão que pode surgir, na verdade, não trata de discutir a racionalidade das normas constitucionais derivadas como pressuposto lógico de aplicação de normas constitucionais a litígios específicos, mas sim, de seu estatuto normativo como fonte de direitos subjetivos. Em outras palavras, questiona-se se essas regras eventualmente adotadas pelo Judiciário podem ser invocadas por alguém como fundamento de algum direito seu, nos moldes do que se poderia fazer com uma regra que seja fruto de um diploma legal adotado legislativamente.

Tal questionamento pode se dar porque a existência dessas normas foi pensada no contexto alemão e nesse país o sistema constitucional judicial é distinto do brasileiro, contando com uma Corte Constitucional, propriamente dita, cujas decisões têm efeito *erga*

¹¹⁵ ALEXY. 2004. p. 36. “So, whether a derivative norm is a constitutional rights norm depends on the constitutional reasoning which can be found to support it.”

¹¹⁶ ALEXY. 2004.

¹¹⁷ ALEXY. 2004.

omnes, devendo todas as outras instituições governamentais se sujeitarem a elas.¹¹⁸ Por outro lado, historicamente, por influência do direito norte-americano,¹¹⁹ adotou-se no Brasil o controle de constitucionalidade jurisdicional incidental, por via da exceção, conhecido como controle difuso, no qual as decisões teriam, via de regra, efeito apenas *inter partes*. Cumpre perguntar agora se esse modelo teórico continua adequado à prática legal pátria.

Nos moldes atuais, o art. 102 da Constituição da República estabelece diversas competências para o Supremo Tribunal Federal, dividindo-as em três grupos: originária, recursal ordinária e recursal extraordinária. Apesar do grande número de competências do STF, é na competência para julgar ações diretas e naquela para revisar extraordinariamente os julgados de outros Tribunais que se situam as principais decisões. Portanto, elas servem como perfeito “balão de ensaio” para o teste de compatibilidade das normas constitucionais derivadas.

Entre as competências originárias está, logo no primeiro inciso, aquela de conhecer as ações diretas de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, quando suas decisões, seja por força da Lei Ordinária n. 9.868/99, seja por sua própria natureza jurisdicional, têm eficácia *erga omnes*. Nesses casos, a pertinência das normas constitucionais derivadas parece indubitável, inclusive quanto à possibilidade delas serem fonte de direitos. Ao declarar constitucional ou inconstitucional uma lei ou ato normativo, o Tribunal se apoia em uma interpretação da Constituição ou mais propriamente de algum de seus dispositivos. Naturalmente, se alguém se deu ao trabalho de ajuizar uma ação direta para questionar ou afirmar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo é porque, via de regra, a discussão sobre a sua validade em face da Constituição se mostra razoável, quer dizer, os argumentos que pendem tanto para a constitucionalidade, quanto para a inconstitucionalidade se mostram plausíveis, ancorados no texto da Constituição e encontram defensores de boa-fé. Ademais, pela própria natureza abstrata das normas legais e *a fortiori* das constitucionais, ao fim do julgamento de ações diretas as normas constitucionais utilizadas como paradigma, são densificadas em normas mais específicas que têm por objetivo, justamente, tornar mais claro o que aquelas primeiras comandam. É óbvio que nem todas as ações diretas precisam de uma norma constitucional derivada para serem decididas. Pelo contrário, a grande maioria trata de vícios de iniciativa no processo legislativo e de usurpação de competência legislativa, questões que, naturalmente, são resolvidas com base em normas diretamente positivadas na

¹¹⁸ STERN, Klaus. *Das Staatsrecht de Bundesrepublik Deutschland*. Munique: Allgemeine Lehren der Grundrecht, 1994 *apud* BONAVIDES. 2010. Ainda, conforme consta no site do *Bundesverfassungsgericht*: “*Its decision is final. All other institutions of government are bound by its case law.*”

¹¹⁹ BONAVIDES. 2010.

Constituição. Nesses casos, não há que se falar em norma constitucional derivada. Porém, naqueles em que o ordenamento constitucional positivo se mostra deficiente de determinação direta e o Supremo deriva de normas constitucionais abertas semântica e estruturalmente a decisão para a ação direta, ele produz uma norma constitucional derivada, norma essa que é vinculante a todos os órgãos do Judiciário e do Executivo, devendo valer, portanto, a sua arguição como argumento decisivo em favor de quem a alega, tal qual se dá como uma regra promulgada legislativamente. Inclusive, para essa hipótese, existe uma garantia a mais que não é concedida ao eventual descumprimento de regras promulgadas legislativamente, que é aquela de reclamar diretamente ao STF, questionando o ato que não teria respeitado a autoridade das decisões do Tribunal.

Na competência recursal extraordinária, com a introdução do § 3º ao art. 102 da CRFB/88, pela EC n. 45/04, que estabelece como pressuposto recursal do extraordinário a demonstração da repercussão geral das questões levantadas no apelo e sua posterior regulamentação pela Lei Ordinária n. 11.418/06, na prática se concedeu às decisões do Supremo efeito *erga omnes*. Isso porque, nos termos do art. 543-A, § 5º, do CPC, caso o Tribunal julgue não existir repercussão geral no tema, todos os recursos semelhantes serão indeferidos liminarmente e, caso existam recursos semelhantes sobrestados nos Tribunais Ordinários, nos termos do art. 543-B, § 2º, do mesmo diploma normativo, eles deverão ser “automaticamente não admitidos.” Dessa maneira, quando a parte pautar seus argumentos no sentido do estabelecimento da adoção de uma norma constitucional derivada, ficará, nesse caso, tal norma prejudicada seja por outra regra constitucional diretamente positivada pelo Constituinte, ou por uma norma constitucional derivada utilizada pelo Supremo. Por outro lado, na hipótese de reconhecimento da repercussão geral, os recursos fundados em matéria semelhante ficarão sobrestados esperando a decisão de mérito. Uma vez que ela for proferida, os Tribunais poderão, conforme o caso, julgar os recursos prejudicados – se a orientação ordinária for mantida pelo Supremo – ou retratar-se – no caso contrário. Caso eles não o façam, o STF poderá cassar a decisão discordante liminarmente, uma vez admitido o recurso.

Em certo sentido, as novas regras sobre repercussão geral, além de instituírem mais um pressuposto recursal para o extraordinário, tornando ainda mais difícil o acesso à Corte por esse meio, apenas avalizaram um sistema que na prática já se dava. A grande diferença é que agora o Supremo não precisa dar mais a mesma decisão em inúmeros casos distintos, mas apenas em um ou alguns recursos representativos da matéria, dando apenas uma decisão que valerá para todos, nos termos do art. 543-B do CPC. Por outro lado, as novas regras dão maior prestígio às decisões do Supremo Tribunal Federal que, ao invés de serem pulverizadas em

diversos processos, serão proferidas em um único procedimento. No fundo, as coisas não se passarão assim de maneira tão distinta daquela existente no sistema alemão, quer dizer, suscitada uma questão constitucional relevante, ou de repercussão geral, a matéria será resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, valendo sua decisão para os litígios semelhantes. Admitido que um julgamento possa valer para diversos casos, o Supremo se afasta cada vez mais do sistema difuso, no qual a ideia é de que a resolução da questão constitucional se dê apenas para que a lide concretamente considerada possa ser resolvida. Com a introdução da repercussão geral, principalmente nos casos referenciados no art. 543-B do CPC, isso é, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, verifica-se que o Supremo distancia-se definitivamente do litígio base; quer dizer, o conflito que eventualmente possa existir entre duas pessoas envolvendo questões constitucionais se torna irrelevante, diluindo-se no problema constitucional que está na sua base, tornando a solução do seu litígio resultado da definição da questão constitucional, de forma muito semelhante ao que acontece no sistema alemão.

A resolução da questão constitucional a qual se reconheceu repercussão geral será dada por uma norma constitucional derivada. Norma essa que terá, provavelmente, celebridade muito maior que outras derivadas da Constituição pela Corte no controle difuso antes do requisito da repercussão. Os Ministros terão consciência que estão se sentando para estabelecer um precedente cuja *ratio decidendi* deverá, muitas vezes, ser aplicada em incontáveis casos individuais atuais e potenciais. É de se supor que, por isso, eles darão mais importância a esses julgamentos, decidindo-os de forma mais refletida e não, como acontecia muitas vezes, de afogadilho, dada a enorme carga de trabalho de cada um dos Ministros. Esse maior tempo de ponderação se refletirá na argumentação a sustentar a norma constitucional derivada e, portanto, na sua legitimidade. Pesará sobre os Ministros, destarte, nos julgamentos de mérito dos recursos extraordinários admitidos, uma responsabilidade muito maior de decidir corretamente. A norma constitucional que ali for derivada influenciará, muitas vezes, decisivamente na vida de uma miríade de pessoas. Destarte, a decisão reúne, da mesma forma que uma lei, os mesmos caracteres de generalidade e abstração, tornando-se, assim, do ponto de vista normativo, indistinguível da normas contidas diretamente na Constituição.

Analisada a norma constitucional derivada em face dessas duas competências do STF, que têm em comum, tal como demonstrado, a intenção de resolver questões constitucionais de ampla relevância e implicação, sobram as outras competências que dão origem a procedimentos voltados muito mais para a resolução dos litígios concretos. Nesses casos, as decisões tenderiam a se circunscrever mais aos casos concretos em que foram tomadas e não

se expandir para fora dos limites subjetivos da lide. Mas, se como se pretende demonstrar no presente trabalho, a consistência principiológica é dever básico do Supremo Tribunal Federal, dever-se-á concluir que mesmo nos procedimentos mencionados as questões normativas enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal, para resolver tais conflitos, também geram normas constitucionais derivadas, apenas em virtude da sua adoção.

Em qualquer caso, sobra ainda ao Tribunal a possibilidade de edição de súmula vinculante, nos termos do art. 103-A da CRFB/88, dando a algum entendimento seu, eficácia *erga omnes*. Nesse caso, a sua interpretação de alguma regra constitucional ou a sua ponderação de princípios passa a gerar os mesmos efeitos que uma decisão no controle concentrado de constitucionalidade, aplicando-se nessa hipótese, *a fortiori*, as conclusões a respeito das normas constitucionais derivadas feitas naquele contexto.

Espera-se que com os exemplos abaixo, sobre casos de derivação tanto em virtude da abertura semântica, quanto em virtude da abertura estrutural, seja espancada qualquer dúvida quanto à compatibilidade das normas constitucionais derivadas, nem que apenas pela sua utilidade na análise da estrutura das decisões do Tribunal.

2.6.2 A derivação em virtude da abertura semântica

O art. 129, III, da Constituição da República determina que é função institucional do Ministério Público: “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.” Essa norma constitucional tem uma textura semântica aberta, nos termos tratados por Alexy.¹²⁰ É assim porque ela contém termos como “meio ambiente” e “interesses difusos e coletivos” que são polissêmicos.

Esse problema pode ser enfrentado através da adoção de regras semânticas, ou seja, quando o Judiciário estabelece definições para os termos polissêmicos presentes na norma. Assim, a substituição do termo polissêmico pela definição dada a ele pelo Judiciário gera uma norma que é distinta da primeira.

Foi tal como aconteceu no julgamento do RE n. 576.155/DF¹²¹ decorrente de uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal, contra uma

¹²⁰ ALEXY. 2004.

¹²¹ STF, RE n. 576.155/DF, Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 25/11/2010.

sociedade empresarial e contra o Distrito Federal, com o objetivo de anular um Termo de Acordo de Regime Especial, que se traduzia, na prática, em prejuízo ao erário Distrital. Ocorre que o parágrafo único do art. 1º da Lei Ordinária n. 7.347/85 determina que não é cabível ação civil pública “para veicular pretensões que envolvam tributos [...] cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.”

Com base nesse dispositivo, entendeu-se nas instâncias ordinárias que o *parquet* não tinha legitimidade para a propositura da ação. Todavia, o Supremo Tribunal Federal entendeu incabível a aplicação do dispositivo legal citado, julgando que o prejuízo ao erário importava em violação ao patrimônio público, de modo que o *parquet* é parte legítima para ajuizar ação civil pública em casos de danos ao erário. Com isso, a Corte criou uma norma semântica segundo a qual se deve entender o erário como componente do patrimônio público, dando assim uma definição a esse termo. Dessa maneira, da norma contida no art. 129, III, da Constituição derivou-se outra norma segundo a qual: “É função institucional do Ministério Público promover ação civil pública para proteção ao erário.” No caso analisado, é fácil fazer a conexão entre erário público e patrimônio público, mas a derivação nem sempre é tão simples ou tão direta.

Um exemplo no qual essa derivação não foi tão óbvia se deu quanto ao vocábulo *faturamento* constante no art. 195, I, *b*, da Constituição, em sua redação original, anterior à Emenda Constitucional n. 20/98. O § 1º do art. 3º da Lei Ordinária n. 9.718/98, em sua redação anterior à modificação nela operada pela Lei Ordinária n. 11.941/09, estabeleceu uma norma semântica definindo faturamento como sendo: “a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.” Isso na prática fez com que a Cofins incidisse sobre a totalidade das receitas auferidas, pois, para todos os fins legais, essa passou a ser a definição de faturamento.

No entanto, o STF ao apreciar a questão afirmou que o seu entendimento era o de que faturamento deveria ser compreendido como “receita bruta operacional”,¹²² definida, nos termos da Lei Complementar n. 70/91, como sendo aquela proveniente “das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza”.¹²³ Assim, foi declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei Ordinária n. 9.718/98, uma vez que ele determinou hipótese de incidência distinta daquela consignada na Constituição. Dessa forma, o art. 195, I, *b*, da CRFB/88 deve ser entendido como expressando a norma segundo a

¹²² STF, RE n. 390.840/MG, Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 15/08/2006.

¹²³ STF, ADC n. 1/DF, Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 16/06/1995.

qual: “A Seguridade Social será financiada por contribuições do empregador incidentes sobre a receita das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.”

Ainda que a definição tenha vindo por meio de uma norma complementar, posteriormente adotada pela Corte Suprema, pode-se dizer que, também, nesse caso, houve adoção de norma constitucional derivada, tanto é assim, que ela foi utilizada como base para a declaração de inconstitucionalidade de uma outra lei, não deixando dúvidas, portanto, quanto ao seu *status* constitucional.

2.6.3 A derivação em virtude da abertura estrutural

A derivação também pode se dar em virtude da abertura estrutural da norma constitucional. Ela se dá quando a Constituição institui certas normas, mas não indica os meios pelos quais ela deverá ser implementada. Com efeito, isso se dá quando a norma diretamente expressa na Constituição “não nos fala se esse estado de coisas deve ser ativamente perseguido pelo Estado ou se simplesmente assegurado através da sua não intervenção”¹²⁴ ou ainda se a norma pretende conceder direito subjetivo a alguém ou não.

Um caso interessante na Suprema Corte pátria que ilustra a criação de uma norma constitucional derivada em virtude da estrutura aberta de um dispositivo constitucional é aquele contido na Rcl n. 5.758/SP.¹²⁵ O referido remédio processual foi ajuizado perante o STF pela União Federal. Ela alegava que o Juiz do Trabalho da 7ª Vara de São Paulo havia desrespeitado a decisão proferida pelo STF na ADC n. 11-MC/DF,¹²⁶ na qual o Plenário concedeu cautela para que fossem “suspensos todos os processos em que se discute a constitucionalidade do art. 1º-B da Medida Provisória n. 2.180-35.” O referido dispositivo determina que o prazo para a apresentação de embargos à execução pela Fazenda Pública passe a ser de trinta dias, ao contrário dos ordinários quinze dias que são concedidos aos demais atores processuais nos processos cíveis e de dez dias nos processos trabalhistas. Ocorre que, no processo que deu origem à Reclamação, o Sr. Lair Correa Lemos esperava há mais de trinta anos pelo direito de receber a verba alimentar que lhe era devida. Uma vez que

¹²⁴ ALEXANDER. 2004. p. 34. “does not tell us whether this state of affairs is to be brought about by the state, or simply ensured by non-intervention”.

¹²⁵ STF, Rcl n. 5.758/SP, Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, DJ 07/08/2009.

¹²⁶ STF, ADC n. 11-MC/DF, Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 29/06/2007.

seu processo tramitava desde 1977, com base nos princípios da dignidade humana, contido no art. 1º, III, e da duração razoável do processo, contido no art. 5º, LXXVIII, ambos da Constituição da República de 1988, abrindo uma exceção à jurisprudência consolidada do STF, segundo a qual os processos deveriam ficar suspensos até o julgamento definitivo de ação direta de constitucionalidade, o Supremo determinou que fossem recebidos e processados os embargos à execução.

Pode-se observar que tanto o princípio da dignidade humana, quanto aquele da duração razoável do processo não estabelecem os meios através dos quais as suas determinações deverão ser cumpridas. Desse modo, apresentando-se a situação, entendeu por bem o Supremo institucionalizar uma norma constitucional derivada segundo a qual: “os embargos à execução suspensos em virtude da cautela concedida na ADC n. 11-MC/DF deverão prosseguir quando a sua suspensão importar uma demora excessiva para satisfação de crédito alimentar.”

2.6.4 Reflexões sobre as normas constitucionais derivadas

É interessante refletir sobre o contexto norte-americano para clarificar a utilidade, importância e função das normas constitucionais derivadas. Em uma Constituição como a dos Estados Unidos da América, sem muitos dispositivos, é comum ocorrer que alguma controvérsia a qual a Suprema Corte pretenda solucionar, que não encontre naquele documento uma solução evidente. Nesses casos, estar-se-ia diante de uma situação de lacuna e restaria a aplicação da função integradora da legalidade. Assim, ao menos a princípio, não existindo disposição constitucional expressa comandando ou proibindo algo, dever-se-ia concluir que esse algo, então, está permitido, como decorrência lógica da legalidade ou pelo menos como expressão da autonomia dos Estados.¹²⁷ Porém, isso, no caso de uma Constituição como a dos Estados Unidos – ou qualquer outra –, pode levar a conclusões inaceitáveis, de modo que a *Supreme Court* por vezes estende certas proteções constitucionais a situações não expressamente tratadas nas normas pertinentes. Como exemplo, tem-se o caso

¹²⁷ Conforme afirma Dworkin (2001), no sistema americano, a teoria tradicional entende que, quando não há norma específica para a resolução de algum caso, o juiz pode estabelecer uma nova regra. Por outro lado, não se deve deixar de reconhecer certa aplicação da função integradora da legalidade naquele contexto, principalmente para determinar a autonomia legislativa dos Estados, como no exemplo discutido.

*Griswold v. Connecticut*¹²⁸ no qual se questionava a constitucionalidade de dispositivos de uma lei estadual que definiam como crime a prescrição e utilização de métodos contraceptivos que, na ausência de uma norma constitucional em sentido contrário, deveria ser considerada válida. Naquela oportunidade, *Justice Douglas*, no voto que se tornou a posição oficial da Corte, estabelece a seguinte premissa ao iniciar sua argumentação:

Nós não nos sentamos aqui como uma super-legislatura para determinar a sabedoria, necessidade e propriedade das leis que tocam problemas econômicos, questões de negócios ou condições sociais. Essa lei, todavia, opera diretamente sobre uma relação íntima de marido e esposa e do papel de seu médico em um aspecto da relação.¹²⁹

Posto isso, *Justice Douglas* começa a retomar toda uma série de situações previamente analisadas pela Corte que, apesar de não mencionadas expressamente na Constituição, encontraram guarida nas orientações do Tribunal. Assim, o direito de os pais escolherem a forma como educarão seus filhos não tem previsão expressa na Carta Constitucional americana, contudo, em *Pierce v. Society of Sisters*¹³⁰ definiu-se que a Primeira Emenda garante tal direito. Mesmo que em uma primeira leitura da Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América qualquer pessoa dificilmente teria a ideia de que ela poderia garantir esse direito aos pais. O texto é, tal como foi ratificado em 15 de dezembro de 1791:

O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.¹³¹

A escolha da educação dos filhos não é uma questão religiosa, nem de liberdade de expressão ou de imprensa, tampouco parece poder ser reconduzida ao direito de assembleia ou de petição. Esses são os direitos garantidos pela Primeira Emenda. Porém, para a Suprema Corte, o casamento e seus naturais frutos – os filhos – são uma forma de assembleia e, como tal, ele deve ser respeitado e protegido pela Constituição. Da mesma forma, a liberdade de expressão, também garantida pela Primeira Emenda, passou a albergar, através desse

¹²⁸ *Griswold v. Connecticut*. 381, U.S. 479 (1965).

¹²⁹ *Griswold v. Connecticut*. 381, U.S. 479 (1965). s/p. “We do not sit as a super-legislature to determine the wisdom, need, and propriety of laws that touch economic problems, business affairs, or social conditions. This law, however, operates directly on an intimate relation of husband and wife and their physician's role in one aspect of that relation.”

¹³⁰ *Pierce v. Society of Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary*. 268 U.S. 510 (1925).

¹³¹ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

processo, diversos outros direitos a ela correlatos. Isso porque: “Sem esses direitos periféricos os direitos específicos estariam menos seguros.”¹³² Para a Corte, existe uma área de penumbra ao redor dos direitos expressamente plasmados na Carta que deve ser protegida. Nesse sentido, “os casos mencionados sugerem que garantias específicas no *Bill of Rights* têm penumbras, formadas por emanções dessas garantias que lhes ajudam a dar vida e substância.”¹³³

Essa área de penumbra mencionada pela Suprema Corte americana parece ser exatamente o que tinha em mente Alexy, quando ele tratou de normas constitucionais derivadas. Na prática, elas são as normas que protegem a área de penumbra que circunda as garantias centrais diretamente estabelecidas na Constituição e que lhes dão vida e substância, como quer a Suprema Corte americana.

Nesse contexto, voltando ao caso *Griswold*, surge a garantia da Quarta Emenda:

O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.¹³⁴

Para *Justice Douglas* a jurisprudência da Corte desenvolveu, através da criação de uma série de precedentes no decorrer do tempo, uma área de penumbra protegida ao redor do direito salvaguardado pela Quarta Emenda. Dentro dessa penumbra está o direito de que as pessoas tenham controle sobre seus próprios casamentos. Caso fosse aceitável que se considerasse o uso de contraceptivos um crime, deveria ser aceitável também, como qualquer outro crime, que se autorizasse a busca do seu objeto, no caso, o próprio contraceptivo. Onde se daria essa busca? Onde está o objeto: no leito conjugal. Contudo, *Justice Douglas* ponderou que era repulsiva a ideia de que policiais pudessem invadir o quarto conjugal para procurar por anticoncepcionais. Se a consequência não é aceitável, tampouco pode ser a causa. Assim, se é repulsivo o pensamento de policiais invadirem uma casa à procura de contraceptivos, idêntico raciocínio deve ser feito sobre a lei que estabelece como crime a sua utilização. Com

¹³² *Griswold v. Connecticut*. 381, U.S. 479 (1965). s/p. “without those peripheral rights the specific rights would be less secure.”

¹³³ *Griswold v. Connecticut*. 381, U.S. 479 (1965). s/p. “the foregoing cases suggest that specific guarantees in the *Bill of Rights* have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance.”

¹³⁴ “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”

base nesse raciocínio, a Corte julgou inconstitucionais as leis sob escrutínio, uma vez que a criminalização do uso de contraceptivos leva à violação da privacidade conjugal garantida pelas Primeira e Quarta Emendas.

Esse tipo de justificativa usada pela *Supreme Court* pode ser entendida como o que Alexy¹³⁵ chama de justificação constitucional correta, ou seja, para que os direitos constitucionais pudessem ser aplicados a caso concretos, foi necessário que se derivasse deles outras normas, sem as quais o direito expressamente plasmado na Carta Constitucional ficaria sem substância.

A ideia das normas constitucionais derivadas demonstra que a solução puramente normativa, acima enunciada, segundo a qual aquilo que não é comandado, nem proibido, está permitido, não é a única possível, nem, tampouco a melhor, para a resolução de questões constitucionais. *A fortiori*, o caso *Griswold* demonstra que a solução aqui chamada de puramente normativa pode ser inaceitável, o que traduz a importância *prima facie* dos direitos constitucionais derivados decorrentes dessas normas derivadas. É certo que, considerando-se apenas o que se pode depreender da mera leitura da Constituição americana não é possível encontrar um dispositivo que comande os Estados a criminalizar o uso de contraceptivos, não existindo, também, nenhuma proibição nesse sentido. Diante desse cenário, portanto, deveria ser permitido que os Estados criminalizassem tal fato e se o fizessem, *prima facie*, não haveria como dizer que uma lei, como aquela fulminada em *Griswold*, seria inconstitucional. Porém, não foi essa a decisão da Suprema Corte americana. Mais do que isso, não parece mesmo aceitável, face às condições atuais, que se considere o uso de métodos de controle de natalidade um crime, mesmo que isso não queira dizer que todos devam concordar com a decisão. Parece, portanto, ser aceitável que em situações nas quais não existe regulamentação constitucional expressa, que sejam garantidos outros direitos, com base nos dispositivos ali contidos, sem os quais esses perderiam força e conteúdo, o que demonstra o peso do conceito de direito constitucional derivado.

2.7 As regras e os princípios

¹³⁵ ALEXY. 2004.

Dworkin concluiu pela distinção entre princípios e regras depois de avaliar que em certos casos julgados pelos Tribunais americanos, a aplicação de regras consolidadas foi preterida em função de certos princípios que, naquelas circunstâncias específicas, se mostravam mais relevantes.¹³⁶ O importante é resgatar outra lição que é menos lembrada que a distinção em si, mas que é de fundamental importância. As regras são, elas mesmas, produto de uma ponderação de princípios prévia. A norma segundo a qual as regras devem ser aplicadas é, ela mesma, um princípio.¹³⁷ A validade de uma regra é suportada tanto por esse princípio formal, quanto por um princípio material identificado com a finalidade da regra. Assim, no clássico caso citado por Dworkin,¹³⁸ um Tribunal reconheceu que apesar de preencher todos os requisitos formais e materiais, um testamento não era válido porque o herdeiro havia matado o testador.

Conforme narra o autor, não havia nenhuma regra que determinasse que nessas circunstâncias o testamento deveria ser inválido, mas, mesmo assim, o Tribunal o julgou dessa forma porque existiria um princípio segundo o qual não é dado a alguém se beneficiar da própria torpeza. A primeira observação que deve ser feita é a de que também não havia uma regra estabelecendo a validade do testamento nas circunstâncias narradas. Não havia, com efeito, qualquer regra a respeito da situação.

O fato de o herdeiro matar o testador estava assim, previamente ao julgamento, no mesmo nível de o herdeiro se recusar a pagar pelo enterro do *de cuius* e deixá-lo para ser enterrado como indigente em vala comum. Eram ambas as situações irrelevantes *prima facie* para o fim da lei de sucessões. Nas palavras de Dworkin: “Nenhum texto na lei de testamentos de Nova York declara especificamente que pessoas de olho azul podem herdar e assim mesmo ninguém pensa que a lei é obscura quanto à questão se eles podem.”¹³⁹ Julga-se que o homicida não possa herdar “porque nós pensamos que o argumento que exclui os homicidas de uma lei geral de testamentos é forte, sancionado por princípios respeitados em outras áreas do Direito”.¹⁴⁰ Quer dizer: existia uma norma muito geral que determinava que a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza, que, apesar de não constar na lei de sucessões, era respeitada em outras áreas do Direito.

¹³⁶ DWORKIN. 2002.

¹³⁷ FERRAZ JÚNIOR. 2003.

¹³⁸ DWORKIN. 2001.

¹³⁹ DWORKIN. 2001. p. 351. “No language in the New York statute of wills specifically declares that blue-eyed people may inherit, yet no one thinks the statute is unclear on the question whether they can.”

¹⁴⁰ DWORKIN. 2001. p. 352. “because we think the case for excluding murderers from a general statute of wills is a strong one, sanctioned by principles elsewhere respected in law”.

Como indica Dworkin,¹⁴¹ isso não quer dizer que toda vez que alguém se beneficiar da própria torpeza o seu ato será inválido. Tal não se dá porque o ato pode ser suportado por algum outro princípio igualmente válido e naquele caso julgado mais importante. Dworkin¹⁴² destaca a usucapião como exemplo de situação na qual alguém se beneficia da própria torpeza. De fato aquele que ocupa terra alheia, sabendo ser alheia, com o objetivo de lhe tomar a propriedade com o tempo é beneficiado pela própria torpeza, mas o ato é válido primeiro porque sancionado por um ato do Legislativo, segundo porque esse ato do Legislativo é suportado por um princípio, sedimentado pela tradição milenar, de que aquele que trabalha a terra e a tem como sua sem ser perturbado, deve-se consolidar como proprietário depois de um período de tempo, em prol da estabilidade das relações sociais.

Por outro lado, para o caso do herdeiro homicida não existe ato institucional que lhe sancione a validade e o princípio da segurança jurídica – cuja decorrência, nessa hipótese, é a de que não se pode exigir para a validade de um ato outros requisitos que não aqueles expressos em lei – não foi julgado suficientemente relevante para ditar a decisão.

A questão é que as regras que estabeleciam uma série de requisitos para a validade do testamento não poderiam ser interpretadas adequadamente como tendo por finalidade assegurar a validade de um testamento no qual o testador deixava bens para seu assassino. Com efeito, a interpretação contrária é mais pertinente. Como explica Caio Mário da Silva Pereira: “Quando o legislador cria as exigências de forma, tem em vista preservar a idoneidade psicológica do testador, protegendo a autenticidade da manifestação volitiva”.¹⁴³

Assim, se o objetivo da formalidade é proteger a integridade da manifestação volitiva do testador, parece certo que a decisão que nega validade a um testamento porque o testador foi morto pelo herdeiro está muito mais de acordo com a vontade daquele do que a decisão em contrário, uma vez que é razoável supor que a disposição de última vontade do *de cuius* seria distinta soubesse ele que seria morto pelo beneficiário.

A ponderação prévia de princípios levou à eleição de certos requisitos – e não outros – como necessários para a validade de um testamento. Essa ponderação primitiva pode, dependendo das circunstâncias, se mostrar mais importante que as próprias regras promulgadas tendo-a como base. Assim, surgindo uma dada situação em que o resultado decorrente dessa ponderação será melhor atendido pela aplicação de uma regra, até então,

¹⁴¹ DWORKIN. 2001.

¹⁴² DWORKIN. 2002.

¹⁴³ PEREIRA. 2007. Vol. VI, p. 238.

inexistente, havendo argumentos fortes o suficiente para suportar a aplicação dessa regra, ela deverá prevalecer.

2.8 A identificação da finalidade da norma com seu princípio material subjacente e os princípios formais que também lhe sustentam a aplicação

Toda regra tem um *telos* e a ele está ligado o princípio que subjaz a essa regra. Toda regra está assim protegida tanto pelo princípio material que lhe é subjacente quanto pelo princípio da segurança jurídica e demais princípios formais, dentro os quais se destaca a legalidade, o devido processo legal e a separação dos Poderes. O deslocamento da aplicação de uma regra se dá sempre em função do julgamento de que um dado princípio é mais importante, em certas circunstâncias específicas, que o princípio material que subjaz à regra e o princípio formal que a sustenta ou, então, que o princípio que subjaz à regra será melhor atendido pela sua não aplicação. É justamente por causa disso que não se reconhece a tipicidade da conduta penal de dado agente que tenha afetado apenas minimamente o bem jurídico protegido pela norma punitiva.

Como visto, a maioria dos casos que se costumou chamar de lacuna ordinariamente importam, na verdade, na não aplicação de uma solução normativa previamente existente. Dessa forma, o que se convencionou chamar de lacuna é apenas uma situação na qual o padrão legislativo fixado através de uma regra, inclusive aquele propagado pela função integradora da legalidade, é preterido em função de certos princípios que, nas circunstâncias específicas que se apresentam ao julgador, se mostram mais relevantes.

Essa concepção apresenta uma justificativa plausível para os argumentos utilizados nos casos de lacuna voluntária e involuntária citados no capítulo anterior. No caso da tentativa de ampliação da norma extintiva da punibilidade de crimes tributários aos crimes comuns, o paciente do *habeas corpus* referido afirmou que a existência da regra apenas para alguns crimes e não para outros não era legal, pois a ponderação de princípios que levou à criação da referida regra na seara tributária seria suficiente também para estipulação de uma regra de igual teor para os crimes comuns. O Tribunal, contudo, entendeu que era lícito ao Congresso dar tratamento distinto para os crimes tributários, não cabendo a ele se utilizar da mesma ponderação de princípios para ampliar o escopo normativo da regra, pois, nessa ponderação

interferiam outros princípios formais e materiais, como aquele da divisão dos Poderes, que determinavam que a extensão não se poderia dar.

Por outro lado, no caso do reconhecimento de união estável homossexual, apesar da ausência de regras específicas, a Corte entendeu que diversos princípios, notadamente aquele da dignidade humana (art. 1º, III, CRFB/88), eram tão relevantes que poderiam, em tese, se sobrepôr aos princípios formais e materiais que sustentam a não extensão do regramento da união estável para essa minoria.

Nesses casos, não houve ponderação entre princípio e regra, mas sim, ponderação entre o princípio substantivo que induzia a um padrão comportamental antinômico àquele posto pela regra e os princípios formais e materiais que sustentam a validade daquela.¹⁴⁴ Existiam, com efeito, duas regras concorrentes: uma derivada da função integradora da legalidade, segundo a qual “não se deve reconhecer vínculos conjugais não previstos em lei” e outra derivada do princípio da dignidade humana, segundo a qual “deve ser reconhecida a união estável homoafetiva”. Cada um dos princípios em jogo determinava uma solução específica para o caso, ou seja, uma regra, consubstanciada em norma constitucional derivada, que resolveria a situação definitivamente como é pertinente a essa categoria normativa, mas a ponderação propriamente dita se deu entre os princípios.

Da mesma forma, nas hipóteses de lacuna técnica, nas quais não existem padrões normativos específicos e prévios que possam ser utilizados, cabe ao julgador buscar a solução para o conflito que ele deve resolver na correta ponderação entre os princípios que oferecem padrões normativos que *prima facie* solucionam a lide, para determinar qual das normas constitucionais derivadas que se oferecem como possível é a melhor.

Nesse sentido, os casos que envolvem lacunas técnicas não são diferentes de outros que envolvem a invocação de princípios, seja explicitamente, como no caso da união estável homossexual, seja implicitamente, como no caso da ampliação da regra de extinção de punibilidade penal.

¹⁴⁴DWORKIN. 2002. “Suponhamos que um tribunal decida revogar uma regra estabelecida de direito costumeiro (*common law*), de acordo com a qual não pode haver responsabilidade jurídica por declarações falsas e negligentes e invoque vários princípios para justificar esta decisão, inclusive o princípio de que é injusto que um homem sofra em razão de um delito praticado por outro. Devemos entender o tribunal como se ele estivesse decidindo que o conjunto de princípios em favor da revogação da regra estabelecida – incluindo-se aí o princípio da justiça a pouco mencionado – possui, nas circunstâncias e enquanto um grupo, um peso maior que o conjunto de princípios – incluindo-se aí o princípio da *stare decisis* [decisão de acordo com os casos julgados] – que pede a manutenção da regra como até então. Para decidir sobre a manutenção da regra, o tribunal compara dois conjuntos de princípios; é enganoso, portanto, afirmar que o tribunal compara o peso da própria regra com um ou outro conjunto de princípios.” p. 122.

2.9 As regras como produto institucional

O importante aqui é notar que as regras são em si ponderações prévias feitas por um ato de uma instituição política de uma comunidade.¹⁴⁵ Por outro lado, caso o aplicador do Direito não consiga encontrar uma regra que se aplique a um dado conjunto de circunstâncias, ele poderá derivar a solução para o caso, dos princípios pertinentes. Não se pretende dizer que o Congresso em si tinha consciência de assim estar agindo ou de que essa consciência é relevante em algum sentido, mas apenas, que é inevitável que assim se dê. Mesmo porque a identificação do princípio que subjaz a uma dada regra não é tarefa do Congresso, mas da jurisprudência e da doutrina, que atribuem à regra, tendo em vista a forma como enunciada legislativamente, um propósito do qual se pode derivar o princípio por ela protegido. Dentre as várias possibilidades normativas, a instituição política competente escolhe uma para sancionar, tornando-a uma regra. Cada regra representa, assim, um compromisso específico das instituições políticas com certos princípios e como tal elas devem ser consideradas.

Do que se disse pode-se tirar uma outra importante conclusão: as regras são sempre produto de uma decisão institucional. Não existe regra que não possa ser reportada a um dispositivo normativo, mesmo aquelas decorrentes das normas constitucionais derivadas cuja origem pode ser rastreada até a decisão judicial que a criou. Com efeito, as regras são sempre produtos de atos performativos felizes, nos termos defendidos por Austin.¹⁴⁶ Ou seja, as regras são expressões da comunidade: a) através de um procedimento convencionalmente aceito para promulgação de novas regras, nos quais; b) a expressão de certas palavras, por certas pessoas, em certas circunstâncias é apropriada para invocação desse procedimento; c) nos quais todos os participantes o executam de forma correta; d) e completa; e) com o objetivo de promulgar novas regras; e f) fazendo-o efetivamente. As regras, assim, têm fonte oficial, vale dizer, elas são sempre positivas. Dessa maneira não é necessário abandonar a estrutura formal, construída de forma tão cuidadosa por aqueles que se convencionou chamar de positivistas. Considerado o ordenamento jurídico apenas no aspecto das regras, é efetivamente possível dizer que ele é “uma construção escalonada de normas supra e infra-

¹⁴⁵ DWORKIN. 2002. “Na verdade, uma das minhas razões para estabelecer a distinção entre regras e princípios foi exatamente mostrar quão costumeiramente as regras representam uma espécie de compromisso – que toma essa forma – entre princípios concorrentes e como esse ponto pode perder-se ou submergir quando falamos muito imprecisamente sobre como regras conflitam com princípios.” p. 121-122.

¹⁴⁶ AUSTIN. 1994.

ordenadas umas às outras, em que uma norma do escalão superior determina a criação da norma do escalão inferior”.¹⁴⁷ Porém, o ordenamento contém mais do que regras e é aí que se mostra curto o pálio positivista. Nas palavras de Dworkin: “o Positivismo é um modelo de e para um sistema de regras [mas que, contudo,] nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados por padrões que não são regras.”¹⁴⁸

É importante ressaltar ainda, que seria igualmente equivocado dizer que toda decisão institucional é uma regra, ou que todo dispositivo normativo é expressão de uma regra. Seria errado porque alguns dispositivos normativos são expressões de princípios. Destarte, da mesma forma que as regras, a enunciação de princípios também pode ser produto de decisões das instituições da comunidade. A diferença é apenas que para que alguém possa invocar uma regra com o propósito de com isso definir definitivamente a disputa é necessário que tenha havido alguma decisão institucional anterior nesse sentido. A invocação de um princípio, positivo ou não, e, conseqüentemente, da sua regra derivada, por outro lado, não depende de uma decisão prévia institucional da comunidade, por outro lado, a sua invocação não é definitiva. Deve ser lembrado, nesse sentido, o disposto no § 2º do art. 5º da CRFB/88, que estabelece que os direitos constitucionais não se limitam àqueles expressos no Diploma Constitucional. Todavia, mesmo quando positivados, ou melhor dizendo, independente da sua positivação, os princípios nunca têm caráter definitivo, eles apenas indicam uma regra possível *prima facie* para a solução do conflito. Solução essa que poderá ser proclamada apenas depois de consideradas as regras oferecidas pelos outros princípios que também são pertinentes à espécie.

2.10 O processo interpretativo

Existem no ordenamento jurídico incontáveis regras e todas elas têm alguma finalidade que indica o princípio que lhes subjaz. Como dito, cada uma dessas regras apresenta de modo muito concreto o que é que esses princípios exigem. É óbvio que as regras não vêm com etiquetas onde podem ser lidos os princípios que lhes subjazem.¹⁴⁹ O entendimento de qual princípio subjaz a uma regra é uma questão interpretativa e o produto da

¹⁴⁷ KELSEN. 2003. p. 230.

¹⁴⁸ DWORKIN. 2002. p. 36.

¹⁴⁹ DWORKIN. 2001. “*Social rules do not carry identifying labels.*” p. 66.

interpretação influencia no que é exatamente que a regra determina que se faça. Em outras palavras, ainda que isso aconteça com certa frequência, nem sempre é possível apenas da leitura do dispositivo normativo, determinar, com algum grau razoável de certeza, qual é a norma que ele pretende expressar.

Esse reconhecimento, segundo Dworkin,¹⁵⁰ se dá através de um procedimento de três estágios. Num primeiro momento, chamado de pré-interpretativo, existe uma regra que é cumprida sem que muito se reflita sobre seus fins. Depois, as pessoas começam a refletir sobre o porquê da existência da regra, se perguntam qual o motivo que a justifica. Para o quê ela foi criada originalmente. Nesse ponto é bom lembrar que o princípio formal que a sustenta não tem qualquer papel. Isso porque uma regra não é adotada com a justificativa de que ela deve ser cumprida. Ela é adotada, sem dúvida porque se entende que ela deve ser cumprida, mas esse entendimento flui da ideia de que a regra protege um valor importante da comunidade, cuja observância deve ser socialmente sancionada, não deixando o seu cumprimento ao alvedrio de cada um dos comunas.

Assim, em um segundo momento, as pessoas interpretam a regra, atribuindo a ela a proteção de um dado valor. Uma vez que isso foi feito, as pessoas começam a se questionar se efetivamente o que a regra exige, protege o valor que se entende como justificativa para sua existência. Nessa etapa, as pessoas podem entender que na verdade, o valor exige a adoção de outra regra, pois ela protege o valor justificante melhor do que a primeira. Muitas vezes, sem a modificação da forma como a regra é enunciada, modifica-se o sentido do dever-ser ali expresso, ou seja, modifica-se a norma, com base no valor que lhe é subjacente.

O exemplo que Dworkin utiliza é o da cortesia. Em uma dada comunidade as pessoas entendem que as regras de cortesia devem ser respeitadas. A cortesia requer para elas, tradicionalmente, que tirem o chapéu para a nobreza. Ninguém reflete sobre essa regra, seguem-na simplesmente pelo hábito de fazê-lo.¹⁵¹ Esse é o primeiro estágio ou “pré-interpretativo” como chama Dworkin.

Nesse estágio “as regras e padrões que são tidos como fornecedores *prima facie* de um primeiro conteúdo da prática são identificados”,¹⁵² ou seja, os membros da comunidade aceitam que aqueles padrões fazem, de forma ao menos grosseira e muito geral, parte de um mesmo grupo de coisas. O autor lembra que mesmo nesse estágio alguma interpretação é necessária para a referida identificação, todavia, ele alerta que nesse estágio inicial: “um grau

¹⁵⁰ DWORKIN. 2001.

¹⁵¹ DWORKIN. 2001.

¹⁵² DWORKIN. 2001. p. 65-66. “in which the rules and standards taken to provide the tentative content of the practice are identified.”

muito grande de consenso é necessário – talvez uma definição útil de uma comunidade interpretativa é aquela requeira que ela tenha consenso nesse estágio – para que a atitude interpretativa seja frutífera”.¹⁵³

Quer dizer que nesse primeiro estágio deve haver um consenso de quais são as regras básicas de uma certa prática. No campo jurídico, isso seria o equivalente a reconhecer, de um modo geral, quais são as práticas que são devidas sob o ordenamento estatal, por exemplo, que as leis promulgadas pelo Congresso Nacional e sancionadas pelo Presidente da República devem ser seguidas. Regras e padrões tão básicos que todos aqueles que compartilhem o mesmo horizonte cultural podem concordar como pertencendo àquela prática, ainda que de uma forma minuciosa, não haja consenso sobre o que efetivamente cada uma das regras e padrões exige. Nesse estágio inicial, por exemplo, em um outro contexto, numa discussão sobre livros, é suficiente que aqueles envolvidos na discussão concordem que tanto *Moby Dick*, quanto *Os Miseráveis*, quanto *Memórias Póstumas de Brás Cubas*, quanto *Grande Sertão: Veredas* são livros, ainda que possa ser discutível se, por exemplo, *O manifesto do Partido Comunista* é um livro ou não.

Eventualmente, os comunas começam a assumir uma complexa atitude interpretativa com relação à cortesia. Essa atitude interpretativa tem dois pressupostos independentes básicos. Primeiro, é necessário que aqueles submetidos a certas práticas normativas sociais reconheçam que elas protegem um valor, que têm, assim, uma finalidade. Ou como colocado por Dworkin, utilizando como exemplo a prática da cortesia:

O primeiro é a assunção de que a prática da cortesia não existe simplesmente, mas tem valor, que ela serve a algum interesse ou propósito ou faz cumprir algum princípio – em resumo que ela tem algum sentido – que pode ser expresso independentemente da mera descrição das regras que compõem a prática.¹⁵⁴

Destarte, as representações mais concretas dessa prática podem ser questionadas em virtude da sua finalidade. Ainda que não se possa dizer que essas representações concretas necessariamente possam ser mudadas pelo entendimento de que elas não correspondem à ponderação ideal dos princípios materiais que as sustentam. Quando esse pressuposto interpretativo é aceito, entra-se no segundo estágio. Nele, “o intérprete assume uma justificação geral para os elementos principais da prática identificada no primeiro estágio. Isso

¹⁵³ DWORKIN. 2001. p. 66. “a very great degree of consensus is needed – perhaps an interpretative community is usefully defined as requiring consensus at this stage – if the interpretative attitude is to be fruitful.”

¹⁵⁴ DWORKIN. 2001. p. 47. “The first is the assumption that the practice of courtesy does not simply exist but has value, that it serves some interest or purpose or enforces some principle – in short, that it has some point – that can be stated independently of just describing the rules that make up the practice.”

vai consistir em um argumento sobre o porquê é válido perseguir uma prática com aqueles elementos gerais, se for válido.”¹⁵⁵ Ele alerta que: “A justificativa não precisa ser apropriada para todos os aspectos ou características da prática atual, mas ela precisa ser apropriada o bastante para o intérprete ser capaz de ver a si mesmo como interpretando aquela prática e não inventando uma nova.”¹⁵⁶

No terceiro estágio, chamado por Dworkin de pós-interpretativo, um passo em separado é dado pelo intérprete. Nele, além de assumir o primeiro pressuposto da atitude interpretativa, ele assume também o segundo. Dworkin é quem explica:

O segundo é o pressuposto seguinte de que as exigências da cortesia – o comportamento que ela pede ou o julgamento que ela garante – não são necessariamente ou exclusivamente aqueles que sempre foram tidos como sendo, mas são antes sensíveis ao seu sentido, de modo que as regras estritas precisam ser entendidas ou aplicadas ou estendidas ou modificadas ou qualificadas por esse sentido.¹⁵⁷

Uma vez adotado esse pressuposto, o intérprete “ajusta seu entendimento do que a prática *realmente* requer para que melhor sirva à justificativa que ele aceitou no estágio interpretativo.”¹⁵⁸ Nesse estágio, então, como referido por Dworkin, norma e valor tornam-se inextricáveis, pois o que é que uma certa prática requer, ou em outras palavras, aquilo que se entende devido em virtude de uma dada norma, passa a ser questionável em virtude do sentido ou da finalidade que, através de um processo interpretativo, se enxerga como sendo subjacente à norma.¹⁵⁹

Assim, no começo do segundo estágio, ao se adotar a atitude interpretativa, assume-se que a cortesia serve a algum propósito ulterior. Passa-se a entender que, em verdade, o

¹⁵⁵ DWORKIN. 2001. p. 66. “*the interpreter settles on some general justification for the main elements of the practice identified in the first stage. This will consist of an argument why a practice of that general shape is worth pursuing, if it is.*”

¹⁵⁶ DWORKIN. 2001. p. 66. “*The justification needs not to fit every aspect or feature of the standing practice, but it must fit enough for the interpreter to be able to see himself as interpreting that practice, not creating a new one.*”

¹⁵⁷ DWORKIN. 2001. p. 47. “*The second is the further assumption that the requirements of courtesy – the behavior it calls for or judgments it warrants – are not necessarily or exclusively what they have always been taken to be but are instead sensitive to its point, so that the strict rules must be understood or applied or extended or modified or qualified by that point.*”

¹⁵⁸ DWORKIN. 2001. p. 66. “*adjust his sense of what the practice ‘really’ requires so as better to serve the justification he accepted at the interpretative stage.*”

¹⁵⁹ O Min. Peluso, tratando da questão de saber se o vocábulo *lei* no art. 16 da CRFB/88 se aplica a emendas constitucionais, afirma que para isso “é mister identificar o interesse ou bem jurídico aí tutelado. Noutras palavras, é preciso reconduzir-se à racionalidade da regra.” Se a *ratio iures* for entendida como o princípio subjacente à regra, torna-se claro que o Min. Peluso, ao adotar esse tipo de linha argumentativa, se engajou em um processo interpretativo nos moldes defendidos por Dworkin. Quer dizer, a conclusão a que chegou o Ministro de que *lei*, no referido dispositivo, normativo engloba também as emendas constitucionais, decorre não de alguma análise semântica, mas da derivação de uma interpretação que justifique a existência dessa norma.

respeito à cortesia tem uma finalidade, um princípio; ou seja, que ela não é seguida meramente por uma questão de costume ou tradição, mas de aquele tem um valor intrínseco. Não se sabe ainda qual é esse princípio que subjaz à cortesia, mas começam a haver intensas discussões a respeito do tópico.

Cada um fornece uma interpretação sobre qual é a finalidade da prática. Eventualmente, começa a surgir um consenso de que a cortesia tem por objetivo demonstrar respeito a pessoas mais dignas de valor e deferência. Uma vez que surge um acordo a respeito desse ponto, aqueles submetidos à prática começam a questionar, tendo em vista a finalidade dela, se realmente faz sentido tirar o chapéu para a nobreza. Eles podem questionar se tirar o chapéu é realmente uma boa forma de demonstrar respeito ou se os nobres são pessoas dignas de maior valor e deferência.

Em outras palavras, todas as práticas previamente adotadas passam a ser questionadas em virtude da finalidade nelas enxergada. Assim, pode ser que algumas pessoas, sem qualquer intuito de rebelião contra as regras da cortesia, entendam que, tendo em vista sua finalidade, que, na verdade, elas deveriam, ao invés do que faziam anteriormente, ajudar um idoso com suas compras. Para elas, muito mais do que os nobres, são os idosos que têm maior valor e que merecem maior deferência e que mais do que tirar o chapéu, ajudá-los com as compras é uma forma muito melhor de demonstrar respeito.

Celso Antônio Bandeira de Mello dá um exemplo interessante de como a finalidade da norma, aqui identificada com seu princípio subjacente, pode influir sobre a determinação da conduta exigida com base nela. Segundo o autor, existia na Prússia uma norma que mandava a polícia dissolver bandos de ciganos. Essa norma continha um parágrafo único segundo o qual se deveria entender como bando de ciganos, um grupo de 15 pessoas ou mais. Para Bandeira de Mello, um policial que se deparasse com um grupo de 15 ciganos, mas que fosse informado, que, em verdade, se tratava de uma família – de um patriarca e uma matriarca e seus 13 filhos – não poderia legitimamente determinar a dissolução desse grupo, uma vez que a finalidade da lei não poderia ser compreendida como sendo aquela de dissolver famílias. Isso se dá, porque “O conceito abstratamente suposto na lei ao configurar um bando, adquiria contornos especiais em face da finalidade da norma, de tal sorte que o agente nunca poderia, em nome da literalidade da lei, dissolver aquele grupo sem com isto desatender a finalidade normativa.”¹⁶⁰ Desse modo, é possível concluir que: “*é a finalidade e só a finalidade o que dá significação às realizações humanas*. O Direito, as leis, são realizações humanas. Não

¹⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO. 2001. p. 46.

compreendidas suas finalidades, não haverá compreensão alguma do Direito ou de uma dada lei.”¹⁶¹

2.11 O surgimento dos princípios a partir das regras individuais e da sua promulgação legislativa

É importante observar, em face do que foi dito até aqui, que algumas qualidades de princípios e regras têm que ser melhor notadas. No sistema da *Common Law*, no qual Dworkin está inserido, os princípios derivam por indução das regras individuais. *Mutatis mutandis*, o mesmo se aplica aos sistemas jurídicos da família romano-germânica. A ideia das normas constitucionais derivadas e a reflexão feita acima acerca delas, deixa muito claro o que se quer dizer quando se afirma a determinação dos princípios por indução. Para a proteção do direito paradigmático de uma norma constitucional por vezes é necessário que se dê guarida também a outros direitos. Quer dizer, no segundo estágio da atitude interpretativa, passa-se a entender que uma regra ou uma série delas abriga um princípio que, por sua vez, lhes dá sentido.

Tendo em vista que existe uma regra que determina que, na venda de um carro, um vendedor não deve esconder do comprador que o carro tem um defeito na embreagem; outra que exige que o incorporador deve informar a quem compra seus apartamentos que as varandas deles podem eventualmente vibrar e que isso pode causar certo desconforto; mais uma que determine que o locador deve informar ao inquilino que há um intenso tráfego de ambulâncias na rua durante a madrugada; conclui-se que deve existir uma norma segundo a qual defeitos fundamentais nas coisas negociadas têm que ser informados pela parte que deles conhece. Desse modo, mesmo que não haja uma regra específica para algum caso em que isso se dê, ainda assim, fica o vendedor obrigado a informar o defeito.

Assim, conquanto essa não tenha sido enunciada antes, entende-se que todos os casos que envolverem situações parecidas devem ser julgados segundo esse padrão. Além disso, podem existir outras normas gerais de teor semelhante a ela, por exemplo, uma que determine que uma das partes negociantes não pode anunciar características para o produto de que esse não dispõe.

¹⁶¹ BANDEIRA DE MELLO. 2001. p. 47.

Com base nessas normas, indutivamente pode-se chegar a alguma outra de caráter ainda mais abstrato, por exemplo, que os contratantes devem manter a boa-fé na negociação, conclusão e execução dos contratos. Quanto mais abstrato se torna o preceito, mais difícil se torna listar todas as situações nas quais se poderia aplicá-lo, mas que, todavia, não se faz, porque a sua aplicação deixa de ser uma questão de mera verificação de aplicabilidade. Porém, isso não quer dizer que não se trata de uma norma válida do sistema.

Essa forma de elaboração de princípios não deixa de fazer sentido num contexto como o brasileiro. Como já dito, o Congresso Nacional enuncia uma série de normas que, em sua maioria, devem ser interpretadas como regras que representam compromissos específicos com certos princípios, compromissos esses que são verificados *a posteriori* pelo processo interpretativo. Porém, *ab initio*, as normas são seguidas de forma canônica.

É o estágio pré-interpretativo de que fala Dworkin.¹⁶² Em um primeiro momento, é certo que, independente do propósito com que certa regra foi promulgada, ela deve ser cumprida. Assim, não interessa saber num primeiro momento porque a velocidade máxima em uma certa via é de 60 km/h, se alguém está nessa via e existe sinalização indicando dessa forma, a referida velocidade não poderá licitamente ser excedida. O problema que catapulta as pessoas para o estágio interpretativo é a ocorrência da situação limite.¹⁶³ Isso é, quando acontece uma situação para a qual se entende que as regras seguidas canonicamente não oferecem solução adequada – seja porque a sua aplicação canônica dá origem a situações iníquas, seja por não existirem regras ou porque não existe uma interpretação canônica para elas – é que se começa a pensar sobre os propósitos das regras pertinentes e enunciar que essas regras de um modo geral defendem algum conjunto de princípios. Nessa hipótese, a solução para o caso – que não é tratado propriamente pelas regras – deve ser dada com base nos princípios.

Isso não se invalida se o Legislativo – ou mesmo o Constituinte – resolver, ele próprio, enunciar princípios. Eles funcionam da mesma forma que os princípios derivados indutivamente das regras do sistema. Até porque é difícil compreender o que os princípios determinam com base apenas na sua enunciação. Liberdade, igualdade, dignidade humana, boa-fé são conceitos altamente abstratos que só ganham concreção diante de situações

¹⁶² DWORKIN. 2001.

¹⁶³ ÁVILA. 2009. “A proibição de cães em restaurantes deve-se ao fato de que os cidadãos normalmente possuem cães e que eles, via de regra, causam mal-estar nos clientes. Qualquer cão está proibido de entrar. E se for um filhote recém-nascido, enrolado numa manta nos braços da dona? Um cão empalhado? Um cão utilizado pela Polícia para encontrar drogas ou um suspeito de tráfico de drogas? Nesses casos, o aplicador, em vez de meramente focalizar o conceito de “cão”, deverá avaliar a razão justificativa da regra para decidir pela sua incidência.” p. 57.

empíricas, as quais se entende como exemplares do conceito e também dos diversos compromissos assumidos pelas instituições políticas com o objetivo de colocar em prática o que determinam esses princípios.¹⁶⁴

A lógica é que: se a dignidade deve ser protegida; e se se compreende que nas situações concretas x , y e z isso se deu pela adoção da conduta k ; então na situação concreta w , que é semelhante àquelas outras, a dignidade deve exigir que se faça k também.

2.12 O caráter interpretativo das regras e a importância dos princípios formais que lhe são subjacentes

Várias normas, tais como enunciadas legislativamente, são expressões simples e básicas dos valores que pretendem proteger. Assim, quanto à parte das regras, a adoção da atitude interpretativa não provoca uma reinterpretação da prática com a modificação da conduta exigida pelo preceito normativo. Não é que não haja sensibilidade da norma nesse sentido, mas apenas que qualquer interpretação razoável levaria à conclusão de que o sentido do texto interpretado é justamente aquele expresso pelo conteúdo semântico ordinário da oração pela qual ele é expresso.

Essas são as regras paradigmáticas. Ou seja, qualquer interpretação do ordenamento jurídico que aceite a distinção propagada entre espécies normativas deve oferecer uma explicação sobre porque as regras devem ser seguidas, pois, entende-se, de um modo geral, que qualquer explicação que não o faça é incompleta, incoerente ou, pelo menos, bastante exótica. Por exemplo, uma definição de regra que não caracterizasse a norma segundo a qual a velocidade máxima em uma dada via é 60 km/h como tal, seria dificilmente aceitável. Isso porque se entende que se existe algum preceito que possa ser caracterizado como regra no ordenamento jurídico, esses são aqueles contidos no Código Nacional de Trânsito relativos às velocidades de circulação. Por outro lado, uma definição de princípio que não incluísse a isonomia, como tal, seria também dificilmente aceitável.

As regras paradigmáticas são aquelas que, com base no primeiro procedimento da atitude interpretativa, alguém pode até entender que os valores que subjazem a ela, na verdade, seriam melhor atendidos por uma outra regra, porém ao reconhecer que a regra ora

¹⁶⁴ ÁVILA. 2009.

vigente foi chancelada por ato do Legislativo, deve-se perquirir se a competência do Congresso foi extrapolada pela ponderação menos que ideal feita por esse, se se entender que, apesar disso, o Congresso estava legitimado para tomar a decisão, o ato deve ser mantido e aplicado. São, com efeito, normas com uma abertura semântica e estrutural muito pequena, o que não quer dizer que elas não necessitem, para serem entendidas, de serem interpretadas. Mais do que isso, é apenas depois de interpretadas que se pode concluir que são paradigmáticas, sendo essa característica um produto da interpretação. Conforme afirma Dworkin: “nós não chamaríamos uma lei obscura a não ser que pensássemos que existem argumentos decentes para cada uma das interpretações da lei que competem.”¹⁶⁵

Uma regra simples, como a norma de trânsito citada, serve de bom exemplo do que ora se diz. Ela traduz uma ponderação entre dois valores concorrentes, a segurança no trânsito de pessoas e veículos e a necessidade de movimentação o mais rápida possível. Nesse sentido, uma regra banal como essa, pode ser vista como uma ponderação concreta do Congresso entre a proteção à vida e à liberdade. Quer dizer, o Congresso entendeu que, dadas algumas circunstâncias fáticas e em certas vias, justifica-se limitar a +liberdade de alguém de se mover tão rápido quanto possa a 60 km/h, pois, essa velocidade é suficiente para que a maioria dos acidentes seja evitada.

No momento em que uma regra dessas é promulgada, não interessa mais se 60 km/h é efetivamente a velocidade que uma ponderação ideal entre os diversos valores envolvidos produziria. A regra passa a ser obrigatória somente porque instituída com esse fim. Qualquer pessoa concordaria então que, salvo algumas situações excepcionais, o limite de velocidade não pode ser licitamente excedido. Como explica Dworkin:

Nós pensamos que a questão [de saber] se alguém pode legalmente dirigir mais rápido que o limite de velocidade estipulado é uma questão fácil porque assumimos de vez que nenhuma descrição do ordenamento jurídico que negue esse paradigma seria competente.¹⁶⁶

Não é que a norma deixa de ser sensível ao valor que ela protege, mas que, para além dos valores materiais que ela protege, existem também valores formais aos quais ela dá guarida. Assim, a melhor interpretação de um dispositivo normativo segundo o qual: “é proibido dirigir em velocidade superior a 60 km/h na via x” é justamente a de que: “é proibido

¹⁶⁵ DWORKIN. 2001. p. 352. “*We will not call a statute unclear unless we think there are decent arguments for each of two competing interpretations of it.*”

¹⁶⁶ DWORKIN. 2001. p. 254. “*We think that the question whether someone may legally drive faster than the stipulated speed limit is an easy one because we assume at once that no account of the legal record that denied that paradigm would be competent.*”

dirigir em velocidade superior a 60 km/h na via x”. Qualquer outra interpretação além de, como apontado por Dworkin, ser uma interpretação que se mostraria imediatamente exótica, desrespeitaria, também, os valores formais subjacentes à regra.

Uma interpretação que levasse em conta apenas os valores materiais que dão guarida a ela, sugerindo uma norma segundo a qual “é proibido dirigir em velocidade superior àquela adequada às condições do trânsito, da pista e dos veículos”, desconsideraria grosseiramente que seu o texto canônico – o dispositivo normativo – contém um número e que a determinação desse número é um dos fatores que torna possível a ordem no trânsito, pois se ele não existisse, e cada guarda de trânsito tivesse que averiguar discricionariamente qual seria a velocidade adequada “dadas as condições do trânsito, da pista e dos veículos” poderia haver margem para tratamento diferente em situações iguais e ao caos e, no final das contas, a não existência de um padrão normativo confiável.

Além disso, o processo de aplicação normativa é interpretativo, no sentido de que a produção da norma não é uma criação do sujeito que a interpreta. Ela surge da tentativa desse de determinar o sentido de um algo que lhe é externo, no caso do Direito, de um dispositivo normativo redigido de uma forma canônica. Uma interpretação que ignore algum elemento do objeto a ser interpretado é, via de regra, uma interpretação pior do que outra que considere todos seus elementos.

Humberto Ávila¹⁶⁷ afirma que se poderia criar uma exceção à regra mencionada em virtude de circunstâncias concretas específicas. Ele cita um exemplo no qual um veículo foi flagrado por um mecanismo de medição eletrônica de velocidade deslocando-se em desconformidade com a regra. Todavia, o motorista do veículo justificou-se afirmando que estava agindo em desconformidade com a regra porque levava um paciente ferido ao hospital. Para o citado jurista, essa seria uma situação na qual existiria um processo de ponderação envolvendo regras.¹⁶⁸

No entanto, dentro do que aqui se discute, oferece-se outra solução para o caso. Uma que preserve a noção de que não há ponderação na aplicação de regras, mas apenas de princípios. É perfeita a observação do citado autor de que a não aplicação da regra decorreu de uma ponderação. Não obstante, a regra, propriamente dita, não teve qualquer papel na ponderação. Nesse caso, apenas princípios foram ponderados. De um lado o princípio segundo o qual alguém não deve ser punido por um ato em desconformidade com uma regra positiva do sistema se o motivo para a infração legal decorrer da necessidade de salvaguardar

¹⁶⁷ ÁVILA. 2009.

¹⁶⁸ ÁVILA. 2009.

um objetivo mais importante – expresso no ordenamento pátrio na forma das regras constantes no art. 24 do Código Penal e no art. 188, II, do Código Civil – e os princípios, inclusive formais, que suportam a aplicação da regra de trânsito. O próprio Ávila percebe isso, como não poderia deixar de ser, quando afirma que: “As outras razões, consideradas superiores à própria razão para cumprir a regra, constituem fundamento para o seu não cumprimento.”¹⁶⁹ A diferença aí são apenas as premissas. No momento em que se propõe, como feito aqui, a existência de princípios subjacentes às regras, não é mais necessário sacrificar a distinção básica entre regras e princípios em prol de situações em que princípios deslocam a aplicação de regras claramente aplicáveis. De resto, salvo nos casos de lacuna técnica, a aplicação dos princípios se dá sempre em prejuízo de soluções normativas pretéritas. Dessa forma, não é que se criou uma exceção para a regra que antes não existia, mas de julgar que em um dado caso específico, os princípios que a suportam devem ser preteridos em favor de outros mais importantes.

2.12.1 O Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 215.107/PR e o conflito entre uma regra constitucional original e um princípio constitucional

A questão da força dos princípios formais que subjazem a uma dada regra pode ser perfeitamente ilustrada pelo RE n. 215.107 AgRg/PR¹⁷⁰. Nele, o recorrente alegou antinomia entre a regra contida no art. 33 do ADCT e “os postulados da isonomia, da justa indenização, do direito adquirido e do pagamento mediante precatórios”. Com efeito, o art. 33 da CRFB/88 determina que, salvo aqueles de caráter alimentar, os precatórios judiciais deverão ser pagos em oito anos, contados a partir de 1º de julho de 1989. O Supremo Tribunal Federal entendeu, nesse caso e em outros semelhantes, que a antinomia entre o citado dispositivo e os referidos “postulados” é meramente aparente. Isso porque se revestindo o art. 33 do ADCT de caráter constitucional tal qual os outros “postulados” citados, dever-se-ia aplicar o critério da especialidade, dirimindo, assim, facilmente a aparente antinomia.

Em um conflito entre regras e princípios, o critério da especialidade vai sempre preferir as regras aos princípios. Isso, pelo próprio caráter dessas normas, que são compromissos específicos de órgãos constituídos pela comunidade. Essa é a conclusão básica,

¹⁶⁹ ÁVILA. 2009. p. 54.

¹⁷⁰ STF, RE n. 215.107 AgRg/PR, Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 02/02/2007.

mas o mais interessante é perceber o porquê que isso se dá e a leitura do acórdão dá a clara noção. A grande preocupação do Min. Celso de Mello é esta: demonstrar que os princípios formais que sustentam *a fortiori* a força das normas constitucionais valem tanto para os preceitos mais gerais do Diploma Constitucional, como a isonomia, quanto para os mais específicos, como aquele do art. 33 do ADCT.¹⁷¹

A grande questão aí é a isonomia. A justa indenização, o direito adquirido e o pagamento mediante precatórios são mencionados apenas como normas constitucionais, pertinentes ao julgamento, que privilegiam o tratamento isonômico, em contraposição ao citado dispositivo que dá tratamento distinto a uma certa classe de precatórios. Assim, no fundo, o que existe é que o princípio segundo o qual situações iguais devem ser tratadas igualmente determinaria a impossibilidade da criação da diferenciação instituída no art. 33 do ADCT. Todavia, esse dispositivo representa uma escolha do Poder Constituinte Originário, o mais augusto dos órgãos da comunidade. Assim, os princípios formais que sustentam a sua escolha são dramáticos o suficiente para fazer com que uma regra como o art. 33 do ADCT triunfe sobre princípios de elevada importância também por ele promulgados. Em outros termos, poder-se-ia dizer que a Constituição estabelece que a isonomia deve ser respeitada, mas, por outro lado, ela mesma dispõe sobre certas situações nas quais ela não deve prevalecer, porquanto por um ato de poder assim foi escolhido. O caso de prevalência de regras constitucionais originais sobre princípios constitucionais originais é a demonstração mais clara da força dos princípios formais que suportam a nossa prática jurídica.¹⁷² Ainda que em menor expressão, essa força se imiscui em todo conflito que possa existir entre as duas categorias de normas. Mesmo que, por vezes, quando a regra combatida for promulgada por um órgão outro que o Poder Constituinte Originário,¹⁷³ o princípio irá prevalecer, a sua prevalência terá sempre que ser não apenas sobre os princípios materiais que suportam a regra combatida, mas também quanto aos princípios formais que lhe dão sustentação.

¹⁷¹ STF, RE n. 215.107 AgRg/PR, Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 02/02/2007.

¹⁷² No RE 633.703/MG (STF, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 05/04/2011) o Min. Gilmar Mendes pontuou, em mais um exemplo da força dos princípios formais que revestem as normas constitucionais, que: “A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicada por esta Corte.”

¹⁷³ Foge aos objetivos do presente trabalho discutir as dimensões e eventuais limitações do poder do Poder Constituinte Originário. O objetivo aqui, não é dizer que qualquer regra que ele faça constar na Constituição será válida, mesmo que flagrantemente contrária aos outros princípios por ele positivados ou não na Carta, mas apenas demonstrar que o fato de que ele o fez, ao menos no contexto da Constituição pátria de 1988, torna a regra por ele posta, em tese, definitiva. Em outros contextos, reais ou hipotéticos, a mesma hipótese poderia não valer.

Tal como já mencionado por Humberto Ávila,¹⁷⁴ é falaciosa a tese, classicamente esposada por Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷⁵ e repetida pelos mais descuidados aos quatros ventos, sem maiores reflexões, de que violar princípios é mais grave do que violar regras. A posição do administrativista apoia-se em uma ideia de princípio que é completamente diferente daquela aqui defendida, fundada em uma concepção que os têm não como normas operativas do sistema jurídico, mas como base científica dele.¹⁷⁶ Descumprir o que determina uma regra é extremamente grave e no mais das vezes importa na ilicitude da conduta.

Por outro lado, ao não agir conforme algum princípio determina, quase sempre é possível dizer que a conduta escolhida está albergada por algum outro princípio. Destarte, em uma situação cuja solução dependa diretamente de uma ponderação de princípios, seja para suplantar uma regra que entre em conflito com alguns deles, seja para suprir uma lacuna técnica, a conduta indicada por alguns dos princípios não será adotada, preferida que foi àquela determinada pelos princípios outros que concorriam com aquele. Assim, apenas se pode dizer que um princípio foi realmente violado quando a sua não aplicação decorre de uma ponderação equivocada. A violação de uma regra é, dessa forma, tão grave quanto a violação de um princípio, pois ambas resultam de interpretações equivocadas da história institucional da comunidade.

A partir da decisão acima mencionada é possível concluir que a conduta que o princípio da isonomia exigia não foi adotada e que, nesse sentido, ele foi violado. Porém, o STF entendeu que violação muito maior e mais séria existiria se fossem preteridos os princípios formais que informam e concretizam as ponderações concretas emanadas do texto original da Constituição, desconsiderando um compromisso político específico. Ao entender assim, demonstrou que violar a determinação do art. 33 do ADCT seria mais grave que desatender aos ditames da isonomia, não porque uma espécie normativa é mais ou menos importante que a outra, mas, porque uma decisão que desconsiderasse a regra seria uma interpretação pior da Constituição.

¹⁷⁴ ÁVILA. 2009.

¹⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO. 2010. “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer.” p. 959.

¹⁷⁶ A grande diferença é que nessa concepção de princípios como base do sistema, a coerência entre eles é pressuposto, pois dessas bases coerentes seria possível se determinar todas as demais regras que compõem o sistema. Por outro lado, na concepção advogada na presente dissertação, a coerência principiológica é não um dado, mas um ideal a ser buscado, construído paulatinamente através da prática jurídica.

2.12.2 A imunidade constitucional sobre operações interestaduais com energia elétrica, petróleo, combustíveis e derivados

Outro caso interessante de interpretação de uma regra constitucional em face dos princípios que lhe são subjacentes é o constante no julgamento do RE n. 198.088/SP¹⁷⁷. Esse acórdão da Corte Suprema lida basicamente com a interpretação do art. 155, § 2º, X, b, da Constituição da República, segundo o qual: “sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive combustíveis líquidos e gasosos e dele derivados, e energia elétrica” não deverá haver incidência do ICMS.

Com base em tal dispositivo, a doutrina entendia que se tratava de imunidade objetiva, ficando, destarte, restringida a competência do legislador estadual para determinar a incidência do tributo ora em comento, sobre as operações feitas com as referidas mercadorias que fossem destinadas a outro Estado da Federação.

Tal entendimento é expresso por autores como Hugo de Brito Machado,¹⁷⁸ Roque Antônio Carrazza,¹⁷⁹ Sacha Calmon e Misabel Derzi,¹⁸⁰ José Eduardo Soares de Melo¹⁸¹ e Aroldo Gomes de Mattos¹⁸² que, de um modo geral, expressam o velho brocardo jurídico segundo o qual “onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir.” Desse modo, como o Texto Constitucional é expresso, não deixando margem para qualquer distinção que

¹⁷⁷ STF, RE n. 198.088/SP, Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 05/09/2003.

¹⁷⁸ MACHADO. 2006. “Não poderá o legislador definir como hipótese de incidência do ICMS operações que destinem a outros Estados petróleo e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e energia elétrica. [...] Flagrante, sem dúvida, é a inconstitucionalidade das normas que determinam, seja a que título for, a incidência do imposto em hipóteses de imunidade. Quando o fazem de forma oblíqua, como é o caso da substituição tributária, configuram verdadeira fraude à Constituição.” p. 393.

¹⁷⁹ CARRAZZA. 2000. “Estamos aqui, diante de uma imunidade objetiva. As operações interestaduais com energia elétrica e com petróleo e seus derivados – ao contrário das operações internas, isto é, que se realizam dentro do território de um único Estado ou do Distrito Federal – são intributáveis por meio do ICMS.” p. 286.

¹⁸⁰ COELHO e DERZI. *Operações interestaduais imunes ao ICMS*. Repertório de IOB de Jurisprudência n. 21/94, Caderno I, p. 431 *apud* MELO. 2002. “a imunidade, disciplinada no art. 155, parágrafo 2º, X, b, foi concedida de forma ampla, incondicionada e ilimitada, sem qualquer discriminação ou restrição, estendendo-se tanto às operações interestaduais, feitas diretamente a consumidor final, como contribuintes. Qualquer distinção é modificação ilegítima da Constituição.” p. 339. Ressalta-se que, ao menos, o Prof. Sacha Calmon parece ter modificado seu entendimento sobre a matéria, tal como exposto em: COELHO. 2007. “Em consonância com o Prof. Alcides Jorge Costa, achamos que as operações interestaduais envolvendo energia elétrica, combustíveis e lubrificantes só deveriam ser tributadas nas operações destinadas aos consumidores.” p. 369.

¹⁸¹ MELO. 2002. “Concordo com os fundamentos que mantêm fora do alcance do ICMS as mencionadas operações, acrescentando que não tem cabimento jurídico invocar-se a aplicação da substituição tributária pela singela circunstância de que, por raciocínio elementar, só se poderia cogitar de tal substituição no caso de haver uma operação tributada.” p. 339.

¹⁸² MATTOS. 1997. “De todo o exposto, conclui-se, sem maiores esforços exegéticos, que é defeso ao legislador complementar instituir normas impositivas sobre o fato imunizado pelo art. 155, § 2º, inc. X, letras ‘a’ e ‘b’, através do regime de substituição tributária ‘para frente’, pelo que é visceralmente inconstitucional o art. 9º da LC 87/96, retrocitado, que o subestimou.” p. 87.

seja, seria absoluta a imunidade desse tipo de operação em relação ao ICMS, sendo desimportantes no contexto, considerações de justiça tributária e inconveniência fática. Dentro do que ora se considera, os princípios formais que sustentam a regra constitucional citada seriam suficientes para aplacar qualquer questionamento que lhe fosse feito com base em outros princípios constitucionais, quer dizer, da mesma forma como se deu no caso específico acima mencionado, a adoção de conduta que desconsiderasse a imunidade importaria no desrespeito a um compromisso político específico da Constituição.

Todavia, a Lei Complementar n. 87/96, em seu art. 3º, III, determina que o imposto não incide sobre “operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização”. Destarte, a referida norma complementar estabeleceu uma distinção que, ao menos *prima facie*, não existia no Texto Constitucional, qual seja, condicionou a não incidência à destinação da mercadoria para fins de industrialização ou comercialização. Ficou excluído do escopo normativo da imunidade alguém que comprasse os referidos produtos de outro Estado para fins de consumo próprio.

No caso em tela, o Estado de São Paulo exigiu, com supedâneo na referida Lei Complementar n. 87/96, ICMS sobre a operação de compra de lubrificantes e outros derivados de petróleo por um contribuinte sediado naquela unidade federativa, de uma outra pessoa com sede no Estado do Rio de Janeiro. O Supremo Tribunal Federal entendeu que a exigência tributária era cabível. A questão era a determinação de qual era exatamente a conduta exigida pelo art. 155, § 2º, X, b, da Constituição da República. O dispositivo normativo parecia indicar uma norma segundo a qual: “é proibida a incidência de ICMS nas operações interestaduais com energia elétrica, petróleo, combustíveis e derivados”. No entanto, com base nas finalidades subjacentes da norma, identificadas no presente trabalho com os princípios, a Corte entendeu de forma distinta.

O Min. Marco Aurélio foi o único a dissentir da Corte encampando entendimento semelhante àquele da doutrina acima mencionado. Ele afirmou que não se poderia diminuir o escopo da disposição constitucional uma vez que “a operação é única, englobando, assim, a saída e o recebimento de mercadoria”,¹⁸³ não se podendo restringi-la apenas à saída. Portanto, seria absurdo afirmar que o tributo não incide na saída das mercadorias do estabelecimento comercial do vendedor, como ordinariamente ocorre, mas, incide na chegada do bem no estabelecimento do comprador, ou que o fato gerador do imposto fosse a entrada do bem no

¹⁸³ STF, RE n. 198.088/SP, Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 05/09/2003. pp. 632-633.

território estadual, tal como ocorre, *mutatis mutandis*, com o ICMS incidente sobre bens importados. Ele incidiria na operação como um todo, não havendo coerência em se afirmar que ele incide apenas em um das etapas, logo, determinada a imunidade, ela, também, incidiria sobre o todo. Concluiu o Ministro que:

Repita-se: não se está diante de preceito constitucional voltado a um melhor equilíbrio na distribuição dos tributos, o que seria, confesso, desejável. O que está previsto na alínea ‘b’ concerne não à atribuição da cobrança a este ou àquele Estado, mas à imunidade, ficando esta ligada, ante a ordem natural das coisas à operação como um todo.¹⁸⁴

O Min. Ilmar Galvão, abrindo a corrente majoritária, afirmou que o objetivo do dispositivo constitucional sob análise é eliminar a incidência do ICMS sobre as operações destinadas ao abastecimento dos Estados da Federação que não são produtores de petróleo, “prevenindo o agravamento das desigualdades regionais, um dos objetivos fundamentais da República.”¹⁸⁵ Portanto, não se estaria diante de uma imunidade, mas de uma determinação de não-incidência restrita ao Estado de origem. Desse modo, poderá o Estado de destino tributar toda a operação, recebendo o ICMS dela decorrente. A regra, ora analisada, estaria dirigida menos ao contribuinte e mais à resolução de uma questão federativa. Reforçando tal tese, o Min. Sepúlveda Pertence manifestou que só poderia “entender a minúcia da disciplina nacional do ICMS, hoje, constitucionalizada até a exasperação, como instrumento para solver conflitos entre Estados-membros.”¹⁸⁶ O Ministro concluiu afirmando que poderiam, nesse caso, os Estados de destino cobrar o imposto do vendedor como substituto tributário, ou do comprador, integralmente.

O Min. Nelson Jobim, votando com a maioria, afirmou que a Constituição da República de 1988 incluiu o antigo imposto que incidia sobre petróleo e derivados entre as hipóteses de incidência do ICMS e atribuiu a sua arrecadação nas operações interestaduais aos Estados de destino; em contrapartida garantiu aos Estados produtores o pagamento de *royalties*. Argumenta que isso é decorrência da necessidade de se corrigir distorções históricas, sendo essa a razão do regramento estabelecido no art. 155, § 2º, VI e VII, da CRFB/88. Assim, nas operações interestaduais com mercadorias outras que não petróleo, derivados e energia elétrica, devido à diferença entre alíquotas internas e interestaduais, no caso dos Estados do norte, esses receberiam uma parte do imposto, que, caso não houvesse tal artifício, seria devida ao Estado de origem. Contudo, se essa lógica prevalecesse para petróleo

¹⁸⁴ STF, RE n. 198.088/SP, Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 05/09/2003. pp. 636-637.

¹⁸⁵ STF, RE n. 198.088/SP, Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 05/09/2003. p. 621.

¹⁸⁶ STF, RE n. 198.088/SP, Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 05/09/2003. p. 656.

e derivados, haveria desequilíbrio no pacto federativo, uma vez que como são poucos os Estados produtores e muitos os Estados consumidores, estes ficariam com quase toda a receita decorrente da tributação desses importantes insumos, em detrimento da arrecadação daqueles. A Constituição determinou que, nesses casos, o tributo seria inteiramente devido aos Estados de destino. Com isso, cada Estado tributaria o petróleo consumido em seu território, por sua vez, tal como já mencionado, os Estados produtores seriam compensados pelo pagamento de *royalties*. Desse modo, a interpretação da não-incidência do art. 155, § 2º, X, *b*, da CRFB/88 como imunidade objetiva, e, por consequência, daquela dada no voto do Min. Marco Aurélio, levaria “a grande insurreição da guerra entre os Estados”.¹⁸⁷ O Min. Ilmar Galvão arremata que o contrário seria o caos total. O Min. Jobim termina afirmando que a interpretação dada pela maioria exsurge clara da análise sistemática da Carta e desafiou o Min. Marco Aurélio: “Nunca se leu assim, Ministro. Se V. Ex^a. apontar o momento em que se decidiu dessa forma; desde 1988 que se decide assim.”¹⁸⁸

O Min. Maurício Côrrea repetiu o voto que já havia dado no RE n. 224.630 AgRg/DF,¹⁸⁹ em que entendeu que a interpretação do Min. Marco Aurélio conflitava com outros dispositivos da Constituição, o que não seria aceitável. O Ministro afirmou que:

Anota-se que para superar eventuais litígios que pudessem advir quanto à imunidade prevista na norma constitucional, o legislador complementar explicitou as operações interestaduais objetivamente imunes, em razão de serem os produtos destinados, ou não, à comercialização. Daí porque, em se tratando de operação interestadual em que o adquirente é consumidor final, não existe imunidade, por não ser a hipótese de revendedor situado em outra unidade da federação. Explica-se, assim, porque imunidade autorizada às operações que destinem a outros Estados petróleo e seus derivados objetiva mitigar as dificuldades que a tributação plurifásica, típica do ICMS, acarreta sobre combustíveis, cujos preços do transporte, quando, dependendo da região estar perto ou longe da sede da refinaria e dos depósitos, ou se reduz ou se eleva o seu preço. Dessa forma, para suavizar a desigualdade econômica, a Carta da República outorgou imunidade às operações que destinem petróleo e seus derivados **a outros Estados**, mas não àquelas operações interestaduais realizadas pelo consumidor final, tendo em conta que a própria Constituição cuidou de estabelecer diferenças entre operações interestaduais realizadas por contribuintes e consumidores finais (CF/88, artigo 155, § 2º, VII, ‘a’ e ‘b’).¹⁹⁰

O Min. Pertence ainda votou com a maioria afirmando que a interpretação encampada pelo Min. Marco Aurélio “não encontraria nenhuma explicação racional e desafiaria qualquer

¹⁸⁷ STF, RE n. 198.088/SP, Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 05/09/2003. p. 644.

¹⁸⁸ STF, RE n. 198.088/SP, Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 05/09/2003. p. 649.

¹⁸⁹ STF, RE n. 224.630 AgRg/DF, Min. Maurício Côrrea, 2ª Turma, DJ 05/10/2001.

¹⁹⁰ STF, RE n. 198.088/SP, Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 05/09/2003. p. 654.

inspiração isonômica, como também, ao invés de solver conflitos, agravaria o conflito que a regulação nacional tendeu evitar.”¹⁹¹

Portanto, o que se depreende da posição da Suprema Corte é que a Constituição, em seu art. 155, § 2º, X, *b*, pretendia na verdade, menos instituir um benefício em favor do contribuinte e mais equalizar a distribuição de recursos pelo território nacional e evitar o conflito entre os Estados. Como bem disse o Min. Pertence, não há outra forma de interpretar o minucioso regramento do ICMS na CRFB/88.

Assim, nas operações interestaduais com petróleo, derivados e energia elétrica a arrecadação do ICMS deve caber ao Estado de destino. Nesse sentido, o art. 3º, III, da Lei Complementar n. 87/96 é absolutamente constitucional, uma vez que o referido dispositivo legal apenas explicita algo que já se podia divisar na Constituição da República, não trazendo inovações como parece à primeira vista. Pelo menos é o que se depreende da jurisprudência da Corte Suprema.

Nesse julgamento fica muito clara a adoção da atitude interpretativa pelo Supremo Tribunal Federal, bem nos moldes descritos por Dworkin. No momento em que se definiu qual era o princípio subjacente à norma constitucional, a determinação de qual era o comportamento exigido por ela passou a ser clara, mesmo que o dispositivo legal pelo qual a norma foi veiculada indicasse aparentemente outra conduta. Uma vez que o regramento constitucional do ICMS tem por objetivo a manutenção do equilíbrio federativo, a regra constitucional tem que ser interpretada nesse sentido, não como uma imunidade em prol do contribuinte, mas como uma forma de evitar que os Estados produtores de fontes energéticas tenham vantagens arrecadatórias sobre aqueles desprovidos daquelas. Exatamente como posto por Dworkin,¹⁹² o STF enxergou que a regra protegia um valor e com base nesse entendimento determinou qual a conduta cabível.

2.12.3 Sobre a interpretação da regra contida no art. 150, VI, a, da Constituição da República de 1988 no que tange à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

¹⁹¹ STF, RE n. 198.088/SP, Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 05/09/2003. p. 656.

¹⁹² DWORKIN. 2002.

Como apontado por Dworkin,¹⁹³ as regras são normas que devem ser aplicadas na forma “tudo-ou-nada”. As regras têm por objetivo dar uma solução definitiva sobre um dado conflito social. Isso quer dizer que uma vez verificadas as hipóteses enunciadas em seus dispositivos, o conflito deve ser resolvido tal como ali determinado. O problema é que nem sempre é fácil saber qual o suporte fático de certa regra. Muito antes pelo contrário, são muito comuns os processos nos quais as partes discutem se certas regras são aplicáveis ou não a fatos que, em si, são incontroversos. A situação aqui é diferente daquela aventada acima. Não se trata de tentar evitar a aplicação de uma regra porque, em dadas circunstâncias concretas, a sua aplicação afetaria direitos protegidos por princípios que indicam que a conduta contrária deve ser realizada. A questão aqui é saber se a regra é aplicável ou não a dados fatos.

Um exemplo disso é a situação da imunidade recíproca da qual se beneficia a ECT. O art. 150, VI, *a*, da Constituição da República determina que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir imposto sobre o patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros. Por outro lado, existe a regra do art. 173, § 1º, do mesmo Diploma Constitucional. Com a redação que lhe deu a EC n. 19/98, ele determina que a lei disporá sobre sujeição das empresas públicas ao regime tributário das empresas privadas. Quanto a isso é necessária uma pequena reflexão. Não é o objetivo do presente trabalho discutir se existe ou não a lei prevista no referido dispositivo ou sobre os problemas normativos que a sua ausência engendra. Conquanto eles sejam de destacada importância, uma discussão sobre eles extrapolaria em muito os objetivos do presente estudo. Na redação original do parágrafo, estava consignado claramente que se aplicava às empresas estatais exploradoras de atividade econômica o mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas. Assim, se a discussão não surgiu nas decisões abaixo analisadas sobre a questão e se Celso Antônio Bandeira de Mello achou por bem manter no seu *Curso de Direito Administrativo* que: “Perante obrigações tributárias, a situação que lhe concerne [as empresas estatais] é a mesma da generalidade das empresas que operam no setor”,¹⁹⁴ mesmo modificando os parágrafos imediatamente posteriores para adequá-los à nova esquemática constitucional, parece ser possível concluir que, até o advento do tal Estatuto Jurídico, as empresas estatais exploradoras de atividade econômica continuam sujeitas ao mesmo regime jurídico das empresas privadas. Na verdade, diante da nova situação constitucional, a solução apontada decorre de uma ponderação de princípios, mas para os fins ora propostos, assume-se que o § 1º do art. 173 da

¹⁹³ DWORKIN. 2002.

¹⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO. 2010. p. 208.

CRFB/88 continua contendo uma regra segundo a qual as empresas estatais exploradoras de atividade econômica estão sujeitas ao mesmo regime jurídico das empresas privadas.

Conforme ora definido, os referidos dispositivos normativos têm como sentido uma norma do tipo regra. Uma vez determinado que algo é patrimônio, renda ou serviço de um Ente Político, esse algo estará imune de tributação pelos outros Entes. Por outro lado, se tratar-se de exploração de atividade econômica – para os fins ora propostos – então, deverá haver tributação. Não se tratam de normas cuja delimitação é feita por outras normas que protejam valores contrários e que devem ser aplicadas na maior medida jurídica e fática possível. Não faz qualquer sentido dizer que a imunidade deve ser ponderada em face da exploração da atividade econômica. Trata-se sim de padrões comportamentais bem delimitados e com pretensões de serem definitivos na consideração de questões em que são pertinentes.

Por outro lado, não se trata também de uma regra semelhante àquela de trânsito acima analisada. Não é possível vislumbrar imediatamente, apenas do texto normativo expresso no dispositivo, qual a extensão da sua hipótese de incidência ou, como prefere Alexy,¹⁹⁵ de seu escopo normativo. A questão aqui é mais complicada porque não é possível saber de antemão quais são exatamente o patrimônio, os serviços e a renda dos Entes Políticos ou ainda o que se deve entender como exploração de atividade econômica. As referidas normas possuem uma abertura semântica, reclamando, assim, uma norma constitucional derivada que clarifique o que exatamente elas querem dizer. Em palavras mais simples, esses termos contidos no dispositivo normativo dão margem para desacordo a respeito do sentido normativo ali estampado. No caso ora analisado, foi justamente o que se deu. Cada partes ofereceu interpretação distinta para os dispositivos normativos citados, para dizer, por um lado, que a ECT, por ser dotada de personalidade própria, não poderia ser enquadrada como patrimônio, renda ou serviço da União e que ademais ela explora atividade econômica; ou para aduzir, de outro lado, que a ECT apesar da personalidade jurídica de direito privado, é, em verdade um ente indissociável da União e que não explora atividade econômica, pois presta serviço público.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da imunidade da ECT a impostos estaduais, distritais e municipais. No julgamento que se tornou referência posterior para a Corte,¹⁹⁶ o Min. Carlos Velloso entendeu que independente de ter-se por recepcionado o art. 12 do Decreto-lei 509/69, o certo era que a imunidade prevista no art. 150, VI, *a*, da CRFB/88

¹⁹⁵ ALEXY. 2004.

¹⁹⁶ STF, RE n. 407.099/RS, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 06/08/2004.

abarcava as empresas estatais prestadoras de serviço público,¹⁹⁷ tornando, com efeito, indiferente a existência do citado dispositivo legal para esse fim específico. Depois de assentar a distinção básica entre serviço público e atividade econômica, já propagada no RE n. 220.906/DF,¹⁹⁸ o Min. Carlos Velloso afirma que uma vez assentada a natureza pública da atividade exercida pela ECT, não haveria como se entender cabível a cobrança de impostos em face da ECT. Mesmo o § 3º do art. 150 da CRFB/88 – que determina que a imunidade prevista no inciso VI, *a*, do art. 150 da CRFB/88, não seria aplicável às atividades em que houvesse pagamento de preços ou tarifas pelo usuário – não seria empecilho, uma vez que inaplicável às estatais prestadoras de serviço público, que por terem natureza de autarquia estariam sujeitas ao §2º do art. 150 da CRFB/88. O Ministro resumiu a questão em poucas palavras em outro julgamento, para ele a imunidade é extensível à ECT “[p]orque ela é uma empresa pública que presta serviço público, ela tem natureza de autarquia, sem dúvida nenhuma.”¹⁹⁹

O Min. Eros Grau pontuou que é “sempre dificultosa a identificação desta ou daquela parcela de atividade econômica em sentido amplo como serviço público ou como atividade econômica em sentido estrito.”²⁰⁰ Porém, essa dificuldade não existiria quanto à ECT que por determinação expressa da Constituição é serviço público. Dessa feita, aplicando-se o disposto no art. 173 da CRFB/88 apenas às empresas estatais que exercem atividade econômica em sentido estrito, não se aplicaria à ECT o disposto no § 2º do mesmo artigo. De modo que as “empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades estatais que prestem serviço público podem gozar de privilégios fiscais ainda que não extensivos a empresas privadas prestadoras de serviço público em regime de concessão ou permissão.”²⁰¹ Para o Min. Eros Grau, os bens da ECT pertencem à União, sendo patrimônio público e, nesse sentido, impassíveis de serem tributados.

No julgamento do ACO-AgRg n. 765/RJ,²⁰² a situação começou a se complicar novamente. Em um primeiro momento, a Corte assentou que a ECT é prestadora de serviço público estando, por isso, abrangida pela imunidade recíproca. Isso porque a tributação

¹⁹⁷ Na STF, ACO-QO n. 765/RJ, Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 07/11/2008, o Min. Carlos Velloso, inclusive, afirma que o art. 12 do Decreto-lei n. 509/69 não foi recepcionado quanto aos tributos estaduais e municipais, uma vez que a Constituição não permite isenção heterônoma, de modo que o fato de não poderem incidir sobre o serviço postal essas exações decorre diretamente do art. 150, VI, *a*, da CRFB/88, como de resto é essencial a qualquer imunidade.

¹⁹⁸ STF, RE n. 220.906/DF, Min. Mauricio Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 14/11/2002.

¹⁹⁹ STF, ACO-QO n. 765/RJ, Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 07/11/2008. p. 147.

²⁰⁰ STF, ACO-QO n. 765/RJ, Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 07/11/2008. p. 159.

²⁰¹ STF, ACO-QO n. 765/RJ, Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 07/11/2008. p. 161.

²⁰² STF, ACO-AgRg n. 765/RJ, Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 15/12/2006.

poderia comprometer a prestação do serviço e, além disso, a imunidade recíproca “também opera como salvaguarda da forma federativa delineada na Constituição”.²⁰³ Depois o Tribunal atinou para o fato de que a ECT presta serviços que não se confundem com o postal deixando, contudo a consideração desses para o julgamento do mérito.²⁰⁴ Todavia, a lembrança dessas outras atividades exercidas pela ECT foi suficiente para que o Min. Ricardo Lewandowski entendesse incabível a extensão da imunidade recíproca à ECT, justificando que seu entendimento se baseia no fato mencionado, uma vez que se ela exercesse apenas a atividade que a CRFB/88 determina à União, estaria inteiramente de acordo a imunidade.

O Min. Carlos Britto, nesse mesmo julgamento, acompanha a maioria no sentido de ser invocável pela ECT a imunidade recíproca em vista da natureza pública da atividade por ela exercida, levantando, no entanto, outros dois argumentos a sustentar essa natureza: a) a ideia de que a prestação do serviço postal está inextricavelmente ligada à garantia constitucional de inviolabilidade de correspondência; e b) a extensão da imunidade recíproca contribui para modicidade das tarifas, o que seria relevante na medida em que a maioria dos usuários da ECT são pessoas carentes.

No mesmo sentido, o Ministro Menezes Direito afirma na ACO n. 959/RN²⁰⁵ a aplicabilidade da imunidade recíproca, citando Eros Roberto Grau, no sentido de que:

São situações jurídicas inteiramente distintas pois, a do concessionário de serviço público e a empresa estatal que tenha por objeto sua prestação. Estas, ao contrário do que estive a sustentar, são delegadas do Estado, criadas no bojo do movimento da descentralização administrativa, para fim específico. É o próprio Estado, então, quem através de uma extensão, dotada de personalidade jurídica privada, presta os serviços.²⁰⁶

No julgamento principal da ACO n. 765/RJ, a questão da extensão da imunidade recíproca aos franqueados finalmente surgiu com força. O Min. Ricardo Lewandowski em seu voto afirmou que no caso da ECT: “embora parte de suas atividades corresponda efetivamente a um serviço público, existe uma outra parte, bastante considerável, que visa apenas o lucro, como se empresa privada fosse”.²⁰⁷ O Ministro expressa a sua “estranheza” e “perplexidade” de que a Corte esteja concedendo imunidade “a quase mil e quinhentas franqueadas à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para que elas exerçam serviços de *courrier*, de

²⁰³ STF, ACO-AgRg n. 765/RJ, Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 15/12/2006. p. 19.

²⁰⁴ A questão volta a aparecer na STF, ACO n. 811 AgRg/DF, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 13/12/2007.

²⁰⁵ STF, ACO n. 959/RN, Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJ 15/05/2008.

²⁰⁶ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988* – Interpretação e crítica. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007 *apud* STF, ACO n. 959/RN, Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJ 15/05/2008. p. 7.

²⁰⁷ STF, ACO n. 765/RJ, Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJ 04/09/2009. p. 15.

transporte, de malotes especiais.”²⁰⁸ Afirmando ainda que o Supremo estaria “terceirizando essa imunidade que consta na Constituição para, exatamente, acobertar uma atividade [...] de caráter nitidamente privado e nitidamente comercial”.²⁰⁹

No RE n. 443.648 AgRg/RS, o Min. Joaquim Barbosa, depois de firmar o entendimento da Corte a respeito do assunto, afirma que: “O ponto ainda não definido refere-se à extensão da salvaguarda constitucional ao patrimônio, renda ou serviços estranhos à atividade principal da atividade.”²¹⁰ Com efeito, a Corte reconheceu a repercussão geral do RE n. 601.392/PR, uma vez que o acórdão recorrido retomou a discussão da Corte no julgamento da ACO n. 765/RJ acima citado distinguiu entre atividades típicas da ECT, que estariam abrangidas pela imunidade, daquelas “que possam ser realizadas também por empresas de iniciativa privada”.²¹¹ Dessa forma, conforme dito pelo Min. Joaquim Barbosa, a matéria deveria ser analisada pela Corte para que se discutisse “o alcance da imunidade tributária, com reflexo nos domínios da concorrência e de livre iniciativa.”²¹² Dessa forma,

[A] orientação que virá a ser fixada por esta Corte transcenderá os interesses meramente individuais, pois irá servir de parâmetro para todas as entidades cujas atividades constantemente oscilam entre prestação de serviço público, sem nota de capacidade contributiva, e a atuação econômico-lucrativa, própria dos agentes de mercado.²¹³

O Supremo entendeu assim, sobre essa questão, que por se tratar o serviço postal de serviço público de competência da União, conforme consagrado no art. 22, V, da Constituição da República de 1988, apesar da personalidade jurídica distinta, a ECT deveria ser entendida como abrangida pela imunidade recíproca. Portanto, para a Corte, dentre as finalidades subjacentes à regra estava a proteção aos serviços públicos que não poderiam ser onerados por impostos em prol das suas finalidades coletivas. Essa interpretação feita pelo STF determinou o conteúdo da norma, ou seja, o padrão comportamental exigido pela regra foi sensível aos fins por ela perseguidos e aos princípios subjacentes que defluem desses fins, criando, com efeito, uma norma constitucional derivada, em virtude da abertura semântica dos dispositivos.

Esse é o caráter interpretativo do Direito de que fala Dworkin.²¹⁴ As duas atitudes que ele diz que são necessárias para o florescimento da interpretação jurídica estão claramente

²⁰⁸ STF, ACO n. 765/RJ, Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJ 04/09/2009. p. 19.

²⁰⁹ STF, ACO n. 765/RJ, Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJ 04/09/2009. p. 19.

²¹⁰ STF, RE 443.648 AgRg/RS, Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ 28/05/2010. p. 1.372.

²¹¹ STF, RE 601.392 RG/PR, Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 04/12/2009. p. 1.178.

²¹² STF, RE 601.392 RG/PR, Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 04/12/2009. p. 1.179.

²¹³ STF, RE 601.392 RG/PR, Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 04/12/2009. p. 1.179.

²¹⁴ DWORKIN. 2001.

presentes nos acórdãos citados. Determinou-se que as regras em questão têm uma finalidade, que elas protegem certos valores e, mais do que isso, que a extensão do escopo das regras é sensível a esses fins.

Contudo, a determinação da consequência jurídica em si, não foi produto de consideração. Já havia uma decisão anterior da comunidade, cristalizada em regra, de que se algo fosse considerado como patrimônio, renda ou serviço de um Ente Político não poderia haver cobrança de impostos sobre ele. É nesse sentido que a regra é aplicável na forma “tudo-ou-nada”. No caso em tela não havia uma antinomia entre os dois dispositivos citados, mas apenas uma discordância a respeito dos seus escopos normativos.

Dworkin afirma que certas regras que contêm em seus enunciados termos como “razoáveis” expõem-nas “aos efeitos de certos princípios”.²¹⁵ Ele dá como exemplo uma regra segundo a qual “as restrições não razoáveis à liberdade de comércio não são válidas.”²¹⁶ Sem dúvida, a razoabilidade de certa restrição é discutível, porém uma vez fixado que a conduta não é razoável, ela é indiscutivelmente inválida segundo essa regra, mesmo que existam inúmeras razões que apontem para a conclusão de que apesar de ela não ser razoável, ela deveria ser considerada válida. A única forma de essas razões prevalecerem é se a própria regra inválida for declarada inválida.

A interpretação da regra é necessária na determinação do escopo normativo e no processo dessa configuração, sem dúvida, existem apresentação e ponderação de razões, uma vez que a determinação do escopo normativo de uma regra se dá com base nos princípios que lhe são subjacentes. A questão aí, é que uma vez realizado o processo de interpretação e determinado o escopo normativo, a consequência normativa disposta na regra deve necessariamente se dar. Se, contudo, após o processo de interpretação a – aparente – antinomia inicial persistir, isso é, concluir-se que para um mesmo suporte fático existem duas consequências normativas distintas, então uma das regras não pode ser válida.

No caso em tela, concluiu-se que ao final não havia qualquer antinomia. O escopo do § 1º do art. 173 não era, em verdade, preenchido pelos fatos da causa. A sua aplicação, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, estava excluída pelo fato de que se tratava de serviço público e que serviço público não deve ser considerado, para fins constitucionais, como atividade econômica. Desse modo, considerou-se que o art. 150, IV, *a*, da CRFB/88 contém uma norma que pode ser enunciada pela seguinte proposição normativa: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estão proibidos de instituir imposto sobre as

²¹⁵ DWORKIN. 2002. p. 124.

²¹⁶ DWORKIN. 2002. p. 125.

empresas estatais prestadoras de serviços públicos umas dos outros.” Sendo essa a norma constitucional derivada decorrente desse julgamento.

O interessante é, então, notar que uma vez estabelecido o escopo normativo da regra, surgem novas questões interpretativas, pois, se a norma determina que o ponto chave aí é a empresa estatal prestar serviço público, mais do que a espinhosa discussão sobre o que pode ser caracterizado como serviço público, atividades ligadas a essas empresas estatais que não são serviços públicos passam a ter sua imunidade questionada. No caso analisado, isso pode ser observado com o surgimento desse tipo de questionamento, principalmente no que tange à questão da extensão da imunidade aos franqueados. Cumpre agora reinterpretar a norma para determinar se ela se aplica a eles também. O processo interpretativo é inevitável e é através dele que o Direito evolui.

3 QUANDO O DIREITO É CONTROVERSO

3.1 A judicialização da política e o ativismo judicial e as concepções de Estado de Direito

É inerente ao caráter das normas constitucionais, tal como demonstrado nos casos citados acima, que juristas, dos quais, por força do art. 101 da Constituição da República, presume-se possuírem notável saber jurídico, discordem de como o Direito deve ser aplicado. Isso não deriva de algum desentendimento sobre os fatos das causas ou sobre a vigência das normas que estavam em jogo. Em outras palavras, as divergências, nos casos apontados, não eram empíricas,²¹⁷ mesmo porque às Cortes Superiores mencionadas estaria vedada a análise de tais questões ao teor da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça e da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal.

Os desentendimentos eram de outra natureza, se referiam propriamente a como o caso deveria ser decidido. Nesse sentido, ressalta-se que a própria função constitucional desses Tribunais, conforme o art. 102, III, *a* e o art. 105, III, *a*, já denotam, *per si*, a possibilidade de existência de controvérsia em relação à aplicação da lei ao caso concreto.

Esse tipo de controvérsia existe em qualquer nível de aplicação do Direito. Na grande maioria dos casos a discussão normativa, ou seja, aquela que se refere a qual norma deve ser aplicada, é secundária, sendo a questão empírica mais relevante para a solução da lide apresentada. Isso porque, uma vez apontados corretamente os fatos relativos à causa, o juiz pode aplicar o direito sem maiores problemas.

Entretanto, no Brasil, a tentativa de levar a discussão às instâncias superiores, muitas vezes, faz com que advogados busquem encontrar alguma questão normativa que possa servir de suporte aos recursos. O efeito colateral é a criação e aparecimento de questões normativas que, a rigor, não seriam trazidas aos autos não fosse pela existência desse requisito recursal. Isso demonstra que, apesar do que foi dito acima, quase sempre é possível encontrar alguma questão desse tipo que permeie a discussão. Isso se dá, sem dúvida, em certa medida, em virtude da riqueza de regras do ordenamento pátrio.

²¹⁷ DWORKIN. 2001. ALEXYS. 2004.

Todavia, mais importante que isso é o caráter normativo dos princípios. É inerente à ideia de que os princípios podem ser utilizados para resolver casos específicos que surjam questões normativas genuínas em certos processos. Isso porque pode ser que a um mesmo caso se apliquem princípios que ditam soluções distintas. Quando isso acontece, a determinação da conduta que deve ser imposta pelo Judiciário é fruto de uma escolha entre essas respostas possíveis. Naturalmente não é possível demonstrar o acerto dessa escolha, mesmo que se entenda que possa existir uma *melhor* solução para esse conflito. Na circunstância desse tipo de caso ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal – mormente após a introdução do requisito da repercussão geral para conhecimento dos extraordinários, como já discutido – a controvérsia em torno da escolha feita pela Corte, em diversos casos, é tanto jurídica, como também política.

Nesses casos constitucionais de difícil deslinde, a solução da lide costuma gerar em setores da sociedade, principalmente entre aqueles que discordam do mérito da decisão, invectivas de que o Tribunal estaria extrapolando sua competência e passando à posição de legislador.²¹⁸ Os principais jornais do país publicaram nos últimos anos matérias sobre a questão.²¹⁹ Gustavo Rabay Guerra nota que essa repercussão midiática da atuação do Judiciário leva muitas vezes à geração de uma perspectiva rasa sobre o fenômeno.²²⁰ Essa visão superficial leva a um desentendimento sobre a questão. Nesse sentido, Ernani Rodrigues de Carvalho lembra que são dadas as mais diversas causas para a judicialização da política, sem que se torne efetivamente claro o que está na raiz da questão.²²¹

²¹⁸ LOPES. 2009. “O que se chama ativismo judicial não é outra coisa senão a interferência dos juízes nos outros ramos de governo”.

²¹⁹ Ativismo Judicial a pleno vapor. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, publicado em 1º de setembro de 2008, disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/suplementos,ativismo-judiciario-a-pleno-vapor,233898,0.htm>> acessado em 5 de março de 2010, às 18:34. Omissão do Legislativo dá origem à supremacia. *A Folha de São Paulo*, São Paulo, publicado em 4 de maio de 2009, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0405200902.htm>>, acessado em 5 de março de 2010, às 18:35. Gilmar Mendes critica excesso de MPs e Celso de Mello nega que Judiciário legisle. *O Globo*, Rio de Janeiro, publicado em 23 de março de 2008, disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2008/04/23/gilmar_mendes_critica_excesso_de_mps_celso_de_mello_nega_que_judiciario_legisle-427026947.asp>, acessado em 5 de março de 2010, às 18:37.

²²⁰ GUERRA. 2008.

²²¹ CARVALHO. 2004. “Já foi possível perceber que temos um problema para conceituar, caracterizar e medir o processo de judicialização da política. No que diz respeito às causas geradoras da expansão do poder Judiciário, a literatura aponta para uma ampla gama de explicações: colapso do socialismo, hegemonia americana, evolução da jurisprudência constitucional, as guerras mundiais, os direitos humanos, o neoliberalismo, ativismo dos juízes, entre outros. Mesmo sem uma justificativa causal para o processo de expansão do poder judicial, a literatura avança a uma suposta caracterização das condições institucionais. Quase que de maneira automática, as causas e as condições são correlacionadas com o aumento da litigância processual e, conseqüentemente, com um processo de judicialização da política. Portanto, existe um argumento tautológico por trás da definição e caracterização da judicialização da política.” p. 122.

Tendo em vista a repercussão geral do tema, como não poderia ser diferente, no mundo jurídico a questão despertou interesse de diversos setores acadêmicos que passaram a estudar mais detidamente o fenômeno. A doutrina pátria reconhece que a estrutura constitucional induz à introdução do Supremo Tribunal Federal nas grandes discussões políticas pátrias.²²² Contudo, tenta-se delimitar casos em que o Tribunal o faz de maneira saudável, de outros que ele o faz com o abuso de sua competência.

O Prof. Luiz Roberto Barroso faz a referida distinção. Para ele, o fato do Tribunal ter que adentrar por vezes às procelosas águas da política “decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais.”²²³ Tomando emprestado um termo retirado da teoria política, o autor chama esse fenômeno judicialização da política. Devido à estrutura da Constituição pátria e à forma de controle de constitucionalidade adotada, o Supremo Tribunal Federal nos últimos anos foi chamado a decidir diversos casos de cunho notadamente político. Porém, para Barroso, em vários deles não é possível falar em ativismo judicial. Segundo ele, nesses casos a Corte limitou-se “a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.”²²⁴

A ideia aqui está entrelaçada com a noção de que a Constituição garante certos direitos subjetivos às pessoas, mas que por vezes não é possível apreender da lei quais são esses direitos subjetivos e qual a sua extensão. Quando isso acontece cumpre ao Judiciário dizer ao cidadão qual é a conduta que lhe é legalmente exigida, se para isso é necessário delimitar a competência constitucional de um órgão político federal, então, é justamente isso que a CRFB/88 manda que seja feito. Nesse caso não haveria usurpação de competência legislativa, mas simples exercício legal do que determina a Constituição.

O Prof. Luiz Roberto Barroso afirma que em certos casos a Corte é chamada a decidir causas de natureza política em virtude da própria estrutura das normas constitucionais, casos nos quais é impertinente a acusação de que o Tribunal estaria extrapolando a sua competência. Por outro lado, haveria outras causas nas quais o Supremo Tribunal estaria efetivamente atuando fora do que lhe delimita a Constituição, nesses casos, se daria o fenômeno do ativismo judicial.

²²² BARROSO. 2009. CARVALHO. 2007.

²²³ BARROSO. 2009. p. 17. A distinção citada é repetida também em outras fontes. Por exemplo, pelo grupo de estudos coordenado por José Ribas Vieira (2009) e por Luís Flávio Gomes (2009).

²²⁴ BARROSO. 2009. p. 6.

De início, cumpre dizer que, levando em conta a classificação defendida por Barroso, apenas pela identificação das matérias envolvidas nos citados julgamentos não é possível determinar se a Corte está agindo de forma lícita. Pois, como visto o simples fato do resultado do julgamento ter profundas consequências políticas, conquanto possa ser um indicador, não é determinante para que se verifique se o julgamento do STF importa em uma interferência indevida “no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.²²⁵

Quando se afirma que o Supremo Tribunal Federal extrapolou suas competências, o sentido do termo competência é aqui um pouco mais largo que a acepção técnica que ele recebe no campo do Direito Processual. Segundo Chiovenda:

Significa-se, numa primeira acepção, por “competência” de um tribunal o conjunto de causas nas quais pode êle exercer, segundo a lei, a sua jurisdição; e, num segundo sentido, entende-se por competência essa faculdade do tribunal considerada nos limites em que lhe é atribuída.²²⁶

Na verdade, o que está em jogo é o poder do Tribunal de adotar decisões baseado em suas próprias convicções a respeito de quais direitos as pessoas possam ter, em casos em que isso não está claro, baseando-se na sua interpretação de princípios políticos relevantes.

Desse modo, não se pode usar como critério o simples fato de a decisão do Supremo Tribunal Federal interferir na esfera de atuação de outro Poder. Até porque é justamente essa a atuação que a Constituição exige do Tribunal em certos casos.²²⁷ Além disso, o critério mencionado enquadraria, sem maiores dificuldades, dentro de uma mesma categoria acórdãos das mais diferentes matizes de interferência, tal qual abaixo ficará mais claro, e, de qualquer forma, não trariam qualquer contribuição à discussão da pertinência da classificação.

A doutrina estrangeira observa que não há consenso sobre o conceito de ativismo judicial e é famosa a afirmação de um Juiz americano para quem se dá a pecha de serem fruto de ativismo judicial aquelas decisões com as quais se discorda,²²⁸ de tal modo que existe uma indeterminação quanto ao termo. Até porque não faz muito sentido perquirir de distinções meramente semânticas nas categorias jurídicas. Quer dizer, muito mais importante que as regras sobre como certas expressões linguísticas e palavras utilizadas em relação ao Direito, são as posições substantivas que sustentam a sua utilização. Como todas elas, o ativismo

²²⁵ BARROSO. 2009. p. 6.

²²⁶ CHIOVENDA. 1965. p. 153.

²²⁷ CASTRO. 1997. “Do ponto de vista do processo político como um todo, a judicialização da política contribui para o surgimento de um padrão de interação entre os Poderes (epitomizado no conflito entre tribunais constitucionais e o Legislativo ou Executivo), que não é necessariamente deletério da democracia.” s/p

²²⁸ MARSHAL. 2002.

jurídico é expressão de um valor jurídico: o de que os Poderes são independentes e harmônicos, conforme estampado no art. 2º da CRFB/88 e de que apenas se pode exigir de alguém aquilo que a lei lhe exige, nos termos do art. 5º, II, da Constituição. A noção aqui se aproxima do que Dworkin chamou de “concepção do Estado de Direito centrada no texto legal.”²²⁹ Segundo o autor, essa concepção “insiste em que, tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos.”²³⁰ A essa concepção Dworkin antepõe aquela outra, centrada não no texto legal, mas nos direitos.

Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos *quando da exigência de cidadãos individuais* por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais. Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre Estado de Direito e justiça substantiva; pelo contrário, exige como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique.²³¹

Com efeito, os princípios abstratos e abrangentes da CRFB/88 fornecem base para a derivação de direitos, mesmo que eles não estejam expressamente positivados em alguma regra. Com efeito, as diversas normas ali plasmadas introduzem, positivamente, no sistema pátrio o ideal de justiça substantiva a que se refere Dworkin. Não se pode deixar ainda, de considerar nesse diapasão, o disposto no art. 5º, § 2º do Diploma Constitucional. Dessa maneira, aquele que pretender adotar uma concepção centrada no texto legal encontrará sérios problemas, por exemplo, para determinar qual são as consequências normativas de normas como aquelas dos arts. 2º, 3º e do *caput* do art. 5º da Constituição.

Isso não quer dizer, contudo, que o texto legal é irrelevante para essa concepção, pois “numa democracia, as pessoas têm, pelo menos, um forte direito moral *prima facie* a que os tribunais imponham os direitos que o legislativo aprovou.”²³² A questão é apenas que a concepção centrada nos direitos entende que, nos casos em que existam interpretações conflitantes razoáveis em um dado litígio sobre quais são os direitos que as partes têm, seja pela falta de clareza do texto, seja pela inexistência de um dispositivo tratando específica e

²²⁹ DWORKIN. 2001a.

²³⁰ DWORKIN. 2001a. pp. 6-7.

²³¹ DWORKIN. 2001a. p. 7.

²³² DWORKIN. 2001a. p. 14.

explicitamente daquela situação, cabe ao juiz decidir qual a interpretação é mais adequada aos princípios pertinentes.

Assim, cumpre saber qual dessas duas concepções é mais adequada à prática jurídica brasileira, notadamente em face das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Ao que parece, as condutas pelas quais se manifesta o ativismo judicial, segundo Barroso, refletem de uma certa maneira a concepção centrada no texto legal: a) “a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas no texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário”; b) “a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os da patente e ostensiva violação da Constituição”; e c) “a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matérias de políticas públicas.”²³³

Na primeira hipótese, a Corte deveria se limitar a aplicar a função integradora da legalidade, declarando, conforme o caso, a conduta permitida ou proibida, sem tentar, com base em princípios, derivar obrigações que não estão expressas no Texto Constitucional. No segundo caso, o Tribunal deveria evitar declarar inconstitucional um ato normativo emanado do Legislativo, salvo se ele estiver em flagrante conflito com a Constituição, mantendo a validade das obrigações decorrentes do diploma normativo questionado. No terceiro caso, a Corte deveria se abster de impor ao Poder Público obrigações que poderiam ser depreendidas da Constituição, mas que, no entanto, estariam dentro da área de discricionariedade da Administração, afirmando, então, que a direção sobre as políticas públicas deve ser dirigida pelo Executivo, conforme as regras orçamentárias aprovadas pelo Legislativo, não cabendo ao Judiciário determinar que uma dada política deva ter prioridade sobre outra.

Esses critérios também confluem na mesma direção da noção centrada no texto legal, no sentido de que ele parece sugerir que o problema de saber o que a Constituição determina é uma questão histórica, que não deve envolver a adoção de posições políticas do Judiciário, que é justamente o que o Tribunal faz quando tem que escolher entre princípios concorrentes que são, em si, considerados compatíveis com a Constituição. Assim, dizer que o Supremo Tribunal Federal julga, por vezes, aplicando a Constituição “a situações não expressamente contempladas no texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário” ou que ele julga inconstitucionais “atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os da patente e ostensiva violação da Constituição” é implicar que é

²³³ BARROSO. 2009. p. 6.

possível estabelecer de maneira histórica e apolítica o que determina a Constituição. É dizer que a jurisdição constitucional não deve se imiscuir em questões políticas relevantes, salvo quando estiver absolutamente claro, de uma leitura cuidadosa do Texto Constitucional, que certa circunstância é por ela determinada ou que certo ato legislativo é a ela contrário.

Isso sugere que a concepção centrada no texto legal, ou pelo menos essa versão atenuada dela, se mostraria mais atrativa e adequada à Constituição da República e à história da prática judiciária do Supremo Tribunal Federal. Cumpre agora perguntar se de fato é assim, ou se, ao contrário, a concepção centrada nos direitos representa não apenas uma interpretação mais adequada da prática jurídica pátria, como também um ideal mais atraente do ponto de vista político.

Barroso menciona o MS n. 27.483/DF, que tratou do poder das CPI's de pedirem informações sob sigilo de justiça, como exemplo de uma atuação da Corte Suprema que, não obstante ter resultado em interferência sobre os poderes do Legislativo, manteve-se dentro de uma atuação que não poderia ser considerada como ativista. Por outro lado, ele afirma que as decisões sobre fidelidade partidária, sobre verticalização das coligações e sobre a distribuição de medicamentos foram exemplos de ativismo judicial, enquadrando-as, respectivamente, nas três categorias acima mencionadas. A análise desses acórdãos e de outros que se mostrarem igualmente pertinentes, trará à luz um melhor entendimento sobre a questão.

3.2 A judicialização da política e o Mandado de Segurança n. 27.483/DF

O MS n. 27.483/DF²³⁴ é o paradigma básico de decisão que, conquanto tenha natureza política, não é fruto de ativismo judicial. Isso não apenas em prestígio da autoridade do Prof. Luiz Roberto Barroso, mas, também, porque a sua escolha tem o mérito de mostrar a quanto se reduz a discussão sobre o ativismo judicial.

No referido *mandamus* uma sociedade anônima do ramo de telecomunicação pedia ao Supremo Tribunal que concedesse liminar para que ela pudesse se recusar a fornecer à CPI os mandados judiciais e documentos que os acompanhavam de todos os processos em que foram emitidas ordens para escuta telefônica, sem que, com isso, ela corresse o risco de ser

²³⁴ STF, MS n. 27.483 Ref-MC/DF, Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 10/10/2008.

condenada pela prática dos crimes tipificados no art. 325 do Código Penal e no art. 10 c/c art. 1º da Lei Federal n. 9.296/96 – trocando em miúdos, respectivamente, os crimes de desobediência e de quebra de segredo de justiça sem autorização judicial.

O caso indubitavelmente tem repercussões políticas diretas, inclusive sobre as competências constitucionais do Legislativo federal. Inegável, nesse caso, que o Supremo Tribunal Federal interferiu na atividade da Casa Legislativa e curioso é saber que, para justificá-la, o Ministro Relator invocou, inclusive, o disposto no art. 2º da CRFB/88 que determina que os Poderes da União são “independentes e harmônicos”.

De todo modo, fazendo o cotejo entre o que dispõe o art. 5º, X e XII e o art. 58, §3º, ambos da CRFB/88, o Min. Cezar Peluso afirmou que não se pode entender a locução “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” como abrangendo o poder de determinar a quebra do segredo de justiça estabelecido por juízes de direito. Para o Ministro, a requisição da Comissão Parlamentar de Inquérito, se seguida, importaria em violação do direito constitucional à privacidade das pessoas relacionadas aos processos judiciais mencionados. Assim, conquanto relevantíssima a atuação das referidas comissões legislativas e, não obstante a Constituição ter lhes garantido as mesmas prerrogativas das autoridades judiciais, não se poderia considerar dentre elas a de publicar informações declaradas sigilosas por juízes.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, não obstante seu óbvio conteúdo político, não importaria, em casos como esse, em desrespeito aos limites impostos à competência do Tribunal pela Constituição. Dessa forma, não se pode dizer que houve ativismo judicial. Seria esse, então, um caso clássico de judicialização.

Isso não se daria nos casos em que o Tribunal decide de forma mais incisiva, quando ele escolhe atuar “de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.”²³⁵ Nessas hipóteses, estar-se-ia efetivamente diante do ativismo judicial. Barroso afirma²³⁶ que a Corte teria se comportado dessa forma potencialmente perigosa em uma série de julgamentos, notadamente naqueles concernentes ao nepotismo, à fidelidade partidária, à verticalização das coligações e à concessão de medicamentos por via judicial. Abaixo, analisar-se-á cada uma dessas questões, além de outras que se mostrarem pertinentes, organizadas conforme o tipo de conduta ativista que elas tipificam segundo a classificação de Barroso.

²³⁵ BARROSO. 2009. p. 6.

²³⁶ BARROSO. 2009. p. 8.

3.3 Do ativismo por aplicação direta da Constituição a situações que não estão expressamente contempladas em seu texto

3.3.1 O Nepotismo

3.3.1.1 A Ação Direta de Constitucionalidade n. 12/DF e da sua Medida Cautelar

O julgamento sobre o nepotismo tem três acórdãos básicos. O julgamento da Medida Cautelar na ADC n. 12/DF²³⁷ e, posteriormente, o julgamento da própria Ação Direta²³⁸ e, por fim, o julgamento do RE n. 579.951/RN.²³⁹

A ADC n. 12/DF foi proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil pedindo ao Tribunal que declarasse a constitucionalidade da Resolução n. 07/05, do Conselho Nacional de Justiça. Como já dito, a pretensão foi apreciada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em duas oportunidades, uma em sede liminar e outra, logicamente, em principal. Nesses julgamentos o problema não foi tanto o conteúdo da norma citada, mas sim, a competência do CNJ para expedi-la. Nas palavras do Min. Sepúlveda Pertence: “No mérito, Sr. Presidente, a questão mais grave, evidentemente, é a existência ou não da competência normativa do Conselho Nacional de Justiça”.²⁴⁰

Cumprido ressaltar que não é o interesse da presente dissertação, nem tampouco está dentro de seus objetivos, analisar a competência do CNJ para editar normas. O objetivo aqui é apenas colocar às claras os fundamentos utilizados pela Corte para declarar a constitucionalidade da mencionada Resolução.

Para isso, inicia-se pelo que disse o Min. Carlos Britto, segundo quem, estaria inexpresso – talvez fosse melhor dizer “implícito”²⁴¹ – no art. 103-B, §4º, II, da CRFB/88, a outorga de poder ao Conselho para que esse edite normas que garantam o cumprimento dos

²³⁷ STF, ADC n. 12 MC/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 01/09/2006.

²³⁸ STF, ADC n. 12/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 17/12/2009.

²³⁹ STF, RE 579.951/RN, Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 23/10/2008.

²⁴⁰ STF, ADC n. 12 MC/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 01/09/2006. p. 114.

²⁴¹ STF, ADC n. 12 MC/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 01/09/2006. O Min. Gilmar Mendes chega a afirmar que: “Os referidos dispositivos, conforme se vê, autorizam expressamente a expedição de atos regulamentares pelo CNJ”. p. 69.

Poderes que explicitamente lhe conferiu a CRFB/88. Desse modo, “a competência para zelar pela observância do art. 37 da Constituição [...] é poder que traz consigo a dimensão da normatividade em abstrato”.²⁴² Segundo o Ministro:

[A] Magna Carta inventariou as competências que houve por bem deferir ao CNJ, quedando silente quanto a um tipo de atuação necessariamente precedida de lei. [...] [De modo que] negar a esse Conselho o poder de aplicar imediatamente a Constituição-cidadã, tanto em concreto, quanto em abstrato, seria concluir que a Emenda 45 homiziou o novo órgão numa fortaleza de paredes intransponíveis, porém fechada, afinal, com a mais larga porta de papelão.²⁴³

Assim, uma vez que a Constituição conferiu ao Conselho Nacional de Justiça o poder de zelar pela aplicação do art. 37 dentro do seu âmbito de atuação constitucionalmente delimitado, é indispensável que se entenda que ele tem também os instrumentos para fazê-lo. O Min. Joaquim Barbosa coloca a questão de forma clara:

[J]á que se incumbiu ao CNJ a função de assegurar a observância dos princípios constitucionais regentes da atuação administrativa do Poder Judiciário, é curial que se entenda lícita a possibilidade de imposição, pelo Conselho, mediante ato normativo próprio.²⁴⁴

O Min. Cezar Peluso vai ainda mais longe quando afirma que:

Essa matéria nem se comporia a rigor uma questão preliminar, porque seu **prius** lógico está em responder ao núcleo da causa: saber se a prática de nepotismo ofende, ou não, entre outros o princípio da impessoalidade. Se a resposta for positiva, a questão da competência estará pré-excluída *ipso facto*, porque, se ao Conselho cabe velar pela aplicação desse princípio, cabe-lhe, não há dúvida, coibir, ainda que de forma genérica, as práticas que o violem.²⁴⁵

O parâmetro de validade das Resoluções do CNJ é, portanto, a própria Constituição e, conquanto, que o Conselho se restrinja a aplicá-la não haveria o vício do ato. Como colocado pelo Min. Gilmar Mendes: “a Constituição concede ao CNJ poderes discricionários delimitados pelas regras de competência do art. 103-B e pelos princípios do art. 37.”²⁴⁶ Posto isso, o Min. Carlos Britto afirma que: “é possível concluir que o *spiritus rectus* da Resolução do CNJ é debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada

²⁴² STF, ADC n. 12 MC/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 01/09/2006. p. 30.

²⁴³ STF, ADC n. 12 MC/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 01/09/2006. p. 32.

²⁴⁴ STF, ADC n. 12 MC/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 01/09/2006. p. 51.

²⁴⁵ STF, ADC n. 12 MC/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 01/09/2006. p. 55.

²⁴⁶ STF, ADC n. 12 MC/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 01/09/2006. p. 72.

regência de toda atividade administrativa do Estado.”²⁴⁷ A Resolução *sub judice* assim estaria apenas tornando mais claro o que é que os princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade exigem. “É certo que todas essas práticas [de nepotismo] também podem resvalar, com maior facilidade, para a zona da proibida imoralidade administrativa.”²⁴⁸ O Min. Joaquim Barbosa ainda pontua que:

O Direito não pode dissociar-se da moral, isto é, de uma **moral coletiva**, pois ele reflete um conjunto de **crenças e valores** profundamente arraigados, que emanam da autoridade soberana, **o povo**. Quando, em determinada sociedade, há sinais de dissociação entre esses valores comunitários e certos padrões de conduta de alguns segmentos do aparelho estatal, tem-se **grave sintoma** de anomalia, a requerer a intervenção da justiça constitucional como força intermediadora e corretiva.²⁴⁹

Dentro dessa perspectiva, percebe-se uma preocupação da Corte em demonstrar que, historicamente, sempre se entendeu que o nepotismo é contrário ao disposto no art. 37 da CRFB/88, mormente no que se refere à moralidade. Haveria, dessa forma, um consenso de que o nepotismo não é uma prática ética e que sempre se entendeu assim. O Min. Cezar Peluso afirma que “todo mundo sabe que o nepotismo nasceu do hábito de alguns Papas que nomeavam os sobrinhos (e também outros parentes), coisa que nos veio como legado da época da colonização e contra a qual se rebelou já a Constituição de 1824.”²⁵⁰ Complementa, depois de citar uma Lei de 1828, que: “Ou seja, desde muito não há dúvida de que se trata de prática perniciosa ao interesse público.”²⁵¹ Tratando-se, portanto, de um resquício da sociedade estamental de outrora. No mesmo sentido, o Min. Gilmar Mendes para quem: “Não é de hoje que o nepotismo é uma prática condenada pela sociedade brasileira.”²⁵²

Logo – continua o Min. Carlos Britto – “em face dessas premissas constitucionais, cabe perguntar: a Resolução que se faz de objeto desta ADC densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição? Respondo que sim.”²⁵³ Ele conclui: “Donde o juízo de que as restrições constantes do ato administrativo do CNJ são, no rigor dos termos, **as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade, sobretudo.**”²⁵⁴

O Min. Celso de Mello pontua, na mesma linha, que:

²⁴⁷ STF, ADC n. 12 MC/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 01/09/2006. p. 33.

²⁴⁸ STF, ADC n. 12 MC/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 01/09/2006. p. 37.

²⁴⁹ STF, ADC n. 12 MC/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 01/09/2006. p. 54.

²⁵⁰ STF, ADC n. 12 MC/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 01/09/2006. p. 57.

²⁵¹ STF, ADC n. 12 MC/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 01/09/2006. p. 58.

²⁵² STF, ADC n. 12 MC/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 01/09/2006. p. 73.

²⁵³ STF, ADC n. 12 MC/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 01/09/2006. p. 37.

²⁵⁴ STF, ADC n. 12 MC/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 01/09/2006. p. 38.

Esta Suprema Corte, Senhor Presidente, ao manter a Resolução CNJ n. 07/2005, confirmando-lhe a plena legitimidade e integral eficácia, nada mais estará fazendo **senão preservar a força normativa** da Constituição da República **resultante** da indiscutível supremacia, formal e material, **de que se revestem** as normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, hão de ser valorizadas **em face** de sua precedência, de sua autoridade e de seu grau hierárquico.²⁵⁵

No julgamento principal,²⁵⁶ alguns outros Ministros, que quando da apreciação da liminar não compunham ainda a Corte, tiveram a oportunidade de se manifestar sobre a matéria. O Min. Menezes Direito repisou que: “esses princípios que estão insculpidos no **caput** do artigo 37 da Constituição Federal têm uma eficácia própria, eles são dotados de uma força própria, que podem ser imediatamente aplicados.”²⁵⁷

A Min. Carmem Lúcia, depois de indicar que já a carta de Pero Vaz de Caminha ao Rei de Portugal está inquinada de nepotismo, afirma, sem meias palavras, que:

Nem precisaria haver princípio expreso – quer da impessoalidade, quer da moralidade administrativa – para que se chegasse ao reconhecimento da constitucionalidade das proibições de contratação de parentes para os cargos públicos. Bastaria que se tivesse em mente a ética democrática e a exigência republicana, contida no art. 1º da Constituição, para se impor a proibição de maneira definitiva, direta e imediata a todos os Poderes da República.²⁵⁸

3.3.1.2 Do Recurso Extraordinário n. 579.951/RN:

Falta a referência ao Min. Ricardo Lewandowski por ora, apenas porque ele é a ponte para o último acórdão que a presente dissertação pretende abordar a respeito do caso do nepotismo. Com efeito, ele é o Relator do RE n. 579.951/RN²⁵⁹ que declarou que a prática do nepotismo é vedada para todos os órgãos da Administração Pública independente da edição de lei específica nesse sentido.

Ocorreu que no Município de Água Nova, no Estado do Rio Grande do Norte, o Sr. Elias Raimundo de Souza foi nomeado para o cargo de Secretário Municipal de Saúde e o Sr. Francisco Souza do Nascimento para o cargo de motorista. Acontece que aquele era irmão de

²⁵⁵ STF, ADC n. 12 MC/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 01/09/2006. p. 101.

²⁵⁶ STF, ADC n. 12/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 18/12/2009.

²⁵⁷ STF, ADC n. 12/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 18/12/2009. p. 15.

²⁵⁸ STF, ADC n. 12/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 18/12/2009. p. 21.

²⁵⁹ STF, RE n. 579.951/RN, Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 24/10/2008.

um vereador da cidade e este do Vice-Prefeito. Diante de tal situação, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte ajuizou ação para a declaração da nulidade dos atos de nomeação. O Tribunal de Justiça do referido Estado entendeu que, apesar de constatado o nepotismo, “não há qualquer inconstitucionalidade na referida prática”.²⁶⁰ Isso porque a Constituição, no que tange ao nepotismo, não estabeleceria “qualquer limitação relacionada ao grau de parentesco porventura existente entre a pessoa nomeada e algum agente público.”²⁶¹ Para o Min. Ricardo Lewandowski não se depende de diploma legislativo específico para “coibir a nefasta e anti-republicana prática do nepotismo.”²⁶² Tal se dá para o Ministro porque, conforme leciona Canotilho, os princípios constitucionais “consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo.”²⁶³ Dessa forma, “tendo em conta a expressiva densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram os princípios abrigados no *caput* do art. 37 da Constituição, não há como deixar de concluir que a proibição do nepotismo independe de norma secundária que obste formalmente esta reprovável conduta.”²⁶⁴ Bem como já haviam feito os demais Ministros no julgamento da ADC n. 12 MC/DF, o Min. Lewandowski também ressalta que:

É bem verdade que não é de hoje o consenso social acerca da reprovabilidade do nepotismo e de todas as condutas que, mesmo travestidas de uma aparência de legalidade, contrariem o direito público subjetivo dos cidadãos ao trato honesto dos bens que a todo pertencem.²⁶⁵

Conclui, então, afirmando que é falacioso o argumento de que a falta de vedação expressa do nepotismo pelo Diploma Constitucional tornaria lícita a prática, dado que “totalmente apartada do *ethos* que permeia a ‘Constituição-cidadã’ a que se referia o saudoso Ulisses Guimarães.”²⁶⁶ Em termos simples, explica o Ministro que “os princípios são auto-aplicáveis, que a vedação do nepotismo decorre exatamente da conjugação desses princípios da Constituição, com o *ethos* prevalente na sociedade brasileira.”²⁶⁷

Feitas essas considerações pelo Relator, a Corte passou à discussão a respeito da vedação ao nepotismo contida no *caput* do art. 37 aos cargos políticos, como aqueles de Secretários ou, no âmbito federal, de Ministros. O Supremo, por fim, concluiu que a vedação

²⁶⁰ STF, RE n. 579.951/RN, Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 24/10/2008. p. 1.880.

²⁶¹ STF, RE n. 579.951/RN, Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 24/10/2008. p. 1.880.

²⁶² STF, RE n. 579.951/RN, Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 24/10/2008. p. 1.888.

²⁶³ STF, RE n. 579.951/RN, Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 24/10/2008. p. 1.888.

²⁶⁴ STF, RE n. 579.951/RN, Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 24/10/2008. p. 1.889.

²⁶⁵ STF, RE n. 579.951/RN, Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 24/10/2008. pp. 1.889-90.

²⁶⁶ STF, RE n. 579.951/RN, Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 24/10/2008. p. 1.897.

²⁶⁷ STF, RE n. 579.951/RN, Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 24/10/2008. p. 1.903.

à contratação de parentes só se aplica *prima facie* aos cargos administrativos não políticos, podendo, contudo, também no caso dos cargos políticos, ser estendida a vedação se constatado, no caso concreto, que não está sendo efetivamente atendido o interesse público a uma administração eficiente e funcional.

3.3.2 A Fidelidade Partidária

A expressão “(in)fidelidade partidária” é na verdade mais ampla do que aquilo que propriamente se discutiu nos acórdãos analisados abaixo. Com efeito, conforme ensina José Afonso da Silva, a infidelidade partidária pode-se dar de dois modos: “(a) oposição, por atitude ou pelo voto, a diretrizes *legitimamente* estabelecidas pelo partido; (b) apoio ostensivo ou disfarçado a candidatos de outra agremiação.”²⁶⁸ Canotilho ainda lembra uma série de situações que poderiam justificar a expulsão de um militante do partido justamente em virtude da referida infidelidade, além daquelas já mencionadas acima, a inscrição em outro partido político e o desenvolvimento de atividades em organizações pertencentes a outros partidos, ponderando o autor, no entanto, que: “já é menos líquido a exclusão de membros pela tomada de posições públicas (através de órgãos de comunicação, de conferência de imprensa, de publicação de livros) divergentes ou críticas das posições oficiosas dos órgãos dirigentes.”²⁶⁹

Porém, para efeitos da discussão que se fará abaixo, como ficará claro, não se trata do controle das opiniões e votos dos filiados a um partido. Trata a questão, especificamente, da circunstância de depois de eleito por um partido, o candidato, agora parlamentar, mudar para outra agremiação política. O Min. Cezar Peluso esclarece, nesse sentido, que:

A resposta à consulta não se adstringe, porém, e, a rigor, nem de longe concerne à questão da fidelidade partidária, entendida em termos estritos como princípio destinado a governar as relações internas entre o partido e seus afiliados, as quais constituem o objeto específico da previsão do art. 17, § 1º, da Constituição da República. O de que se trata, aqui, é do *fato externo da mudança de partido*, coisa que só no plano teórico pode relacionar-se com esse tema constitucional da fidelidade e disciplina partidária.²⁷⁰

²⁶⁸ SILVA. 2010. p. 407.

²⁶⁹ CANOTILHO. 2003. p. 326.

²⁷⁰ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 573.

Também, deve-se ressaltar, não está em jogo o direito de filiar-se ou desfiliar-se a um dado partido político, mas apenas das consequências que essa desfiliação possa ter caso o militante que pretenda sair do partido tenha sido eleito para cargo político representativo por esse dado partido político de que agora pretende se desvincular.

3.3.2.1 Histórico da questão e o Mandado de Segurança n. 20.927/DF

A Constituição de 1969, que de Emenda Constitucional tinha apenas o nome, estabelecia em seu art. 35, V, que perderia o mandato o deputado ou senador: “que praticar atos de infidelidade partidária, segundo o previsto no parágrafo único do artigo 152.” Esse dispositivo, por sua vez, estabelecia em seu parágrafo único que:

Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa.

Posteriormente, a EC n. 11/78, modificou a redação do citado dispositivo, que passou então a constar do § 5º do art. 152, com a seguinte redação:

Perderá o mandato no senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitude ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja rege for eleito, salvo se para participar, como fundador, da constituição de novo partido.

Esse dispositivo constitucional foi, algum tempo depois, riscado da Constituição pela EC n. 25/85, assim como seu contraponto no art. 35.

Quando da inauguração da nova ordem jurídica pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, o seu art. 55, que, assim como o art. 35 da Constituição anterior, trata das hipóteses em que os deputados e senadores deveriam perder seus mandatos parlamentares, não incluiu como motivo para isso o parlamentar se desfiliar do partido pelo qual foi eleito, muito menos, a sua atuação em contrariedade “às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária”.

Diante desse quadro constitucional, diversos autores passaram a entender que, nos termos do art. 17, § 1º, da CRFB/88, a questão da infidelidade partidária era questão a ser tratada internamente pelos partidos, não sendo motivo para a perda do mandato parlamentar, por todos eles, José Afonso da Silva segundo quem: “a Constituição não permite a perda do mandato por infidelidade partidária. Ao contrário, até o veda, quando, no art. 15, declara vedada a cassação de direitos políticos, só admitidas a perda e a suspensão deles nos casos estritos indicados no mesmo artigo.”²⁷¹

Passados menos de um ano da promulgação da nova Constituição, foi distribuído, em 7 de março de 1989, no Supremo Tribunal Federal o MS n. 20.927/DF,²⁷² no qual impugnava-se suposto ato ilegal do Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados que deu posse a suplente que, apesar de melhor votado que o impetrante, havia mudado de partido depois da diplomação. Questiona, então o impetrante, se a mudança de partido do suplente que, a princípio, teria prioridade sobre ele, não o tornaria imprestável para preencher a vaga parlamentar em aberto.

O Min. Moreira Alves no voto que, à época, assentou o entendimento do Tribunal sobre a matéria, pontua que: “Na atual Constituição, também não se adota o princípio da fidelidade partidária, o que tem permitido a mudança de Partido por parte de Deputados sem qualquer sanção jurídica, e, portanto, sem perda de mandato.”²⁷³ Continua o Ministro afirmando que:

Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de Partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido porque se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças aos votos de legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, ‘a’; 58, § 1º, 58, § 4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o artigo 55.²⁷⁴

O Min. Moreira Alves chega em certo ponto a lamentar a aridez constitucional no tratamento da matéria:

A lógica dos sistema de representação proporcional e o valor que a atual Constituição empresta à representação parlamentar federal do Partido exigiam que a Carta Magna adotasse esse mínimo de fidelidade partidária que é o da permanência

²⁷¹ SILVA. 2010. p. 407.

²⁷² STF, MS n. 20.927/DF, Min. Moreira Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 15/04/1994.

²⁷³ STF, MS n. 20.927/DF, Min. Moreira Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 15/04/1994. p.143.

²⁷⁴ STF, MS n. 20.927/DF, Min. Moreira Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 15/04/1994. p. 143.

no Partido pelo qual o candidato se elegeu ou obteve suplência, dada a importância que, a mais das vezes, o voto de legenda tem para o eleito ou para o suplente.²⁷⁵

Na mesma linha seguiram os Ministros que compuseram a maioria. A exceção foi o Min. Célio Borja, que entendeu não caber à Mesa da Câmara dos Deputados perquirir se dada pessoa deve ou não tomar posse, sendo essa competência da Justiça Eleitoral, motivo pelo qual concluiu pela ilegitimidade passiva da autoridade indicada como coatora. O Min. Sepúlveda Pertence relatou seu entendimento de que não era possível encontrar na Constituição disposição que o levasse a concluir que a mudança de partido implicasse perda do mandato parlamentar ou mesmo da qualidade de suplente.

O Min. Francisco Rezek, na mesma linha, afirmou que não conseguia “encontrar no direito pátrio, tal como hoje posto, o que me autorize a reclamar do suplente essa postura que levaria, no caso, ao deferimento da segurança”,²⁷⁶ alertando ainda de que: “não foi por acaso que o constituinte de 88 se omitiu de prescrever, com a riqueza vernacular quantitativa que usou em tantos temas menores, sobre a fidelidade partidária.”²⁷⁷ Todavia, expressou-se também no sentido de que a situação não era ideal e de que no futuro alguma mudança poderia advir ao quadro dos partidos e, então, poder-se-ia “falar com mais firmeza a respeito da fidelidade a eles [aos partidos] devida.”²⁷⁸

A mesma linha pode ser encontrada no voto do Min. Aldir Passarinho para quem:

[N]a verdade, no nosso sistema, o ideal seria a prevalência da vinculação aos partidos políticos, e a Constituição atual está cheia de princípios nesse sentido. Há que se prestigiar os partidos políticos, e isso deixei expresso no voto anterior, quando endossei, em tese, as razões expedidas pelo eminente Ministro PAULO BROSSARD. Entretanto, não se encontra na Constituição Federal, nem na legislação pertinente, nada, absolutamente nada, que implique a perda do mandato do deputado ou do senador como, também, na perda de suplência, no caso de mudança de partido.²⁷⁹

Sem destoar, o Min. Neri da Silveira concorda, mas apenas de *lege ferenda*, que “o eleito que deixar o Partido, após a diplomação, ainda que no exercício do mandato, deveria ter decretada a sua perda, na Casa Legislativa”.²⁸⁰ No entanto, de *lege lata*, ele não vê como

²⁷⁵ STF, MS n. 20.927/DF, Min. Moreira Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 15/04/1994. p. 145.

²⁷⁶ STF, MS n. 20.927/DF, Min. Moreira Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 15/04/1994. p. 174.

²⁷⁷ STF, MS n. 20.927/DF, Min. Moreira Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 15/04/1994. p. 174.

²⁷⁸ STF, MS n. 20.927/DF, Min. Moreira Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 15/04/1994. p. 174.

²⁷⁹ STF, MS n. 20.927/DF, Min. Moreira Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 15/04/1994. p. 177.

²⁸⁰ STF, MS n. 20.927/DF, Min. Moreira Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 15/04/1994. pp. 179-180.

”privar o eleito do exercício do mandato, ou negar ao suplente, se couber a convocação, a posse, porque deixou o Partido, pelo qual logrou competir e obter o diploma.”²⁸¹

O Min. Celso de Mello, em posição intermediária, apesar de partilhar do entendimento de que: “não há mais que aludir à perda do mandato representativo por ato de infidelidade partidária”,²⁸² não acompanhou o Relator, vez que entendia que a primazia do sistema majoritário pátrio para a eleição dos cargos do Legislativo, à exceção do Senado Federal, estabelecia uma especial vinculação entre os votos dados pelo eleitor e o partido político. Dessa maneira, ao se desvincular do partido pelo qual concorreu nas eleições, perde o candidato a qualidade de suplente, pois ao contrário do candidato que exerce o mandato eletivo, aquele tem mera expectativa de direito.

Do outro lado do espectro, o Min. Paulo Brossard, depois de historiar brevemente o desenvolvimento dos partidos políticos brasileiros e o estrago feito pelos períodos autoritários sobre a cultura partidária do País, declara que:

Ninguém é obrigado a ingressar em um partido, nem a nele permanecer; mas tendo sido investido por intermédio do partido de sua escolha de um mandato, seja ele qual for, não pode dele dispor como se fosse exclusivamente seu, como se se tratasse de um bem do seu patrimônio pessoal, disponível como qualquer bem material.²⁸³

Em suporte à sua posição traz julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,²⁸⁴ no qual votaram três desembargadores que depois viriam a compor o Supremo Tribunal (Ministros Eloy José da Rocha, Carlos Thompson Flores e Soares Muñoz), proferido na vigência da Constituição de 1946, que também não tinha dispositivo específico sobre fidelidade partidária, no qual, com base na lógica do sistema proporcional, declarou-se que deveria perder o mandato o deputado estadual que mudasse de partido em seu curso.

Portanto, apesar da posição de alguns Ministros no sentido de que seria desejável que houvesse regra constitucional que determinasse a perda de mandato do parlamentar que deixasse o partido pelo qual foi eleito e da posição do Min. Paulo Brossard, segundo o qual se poderia derivar da lógica do sistema proporcional, a noção de que a Constituição determinava a perda de mandato no caso acima citado, o Supremo Tribunal Federal assentou que a

²⁸¹ STF, MS n. 20.927/DF, Min. Moreira Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 15/04/1994. p. 180.

²⁸² STF, MS n. 20.927/DF, Min. Moreira Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 15/04/1994. p. 150.

²⁸³ STF, MS n. 20.927/DF, Min. Moreira Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 15/04/1994. p. 161.

²⁸⁴ TJRS, MS n. 352, referência ao Relator não encontrada, referência ao órgão julgador não encontrada, referência à data de publicação não encontrada.

Constituição não estabelecia hipótese de perda de mandato parlamentar em caso de troca de partido.

3.3.2.2 A mudança de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no Mandado Segurança n. 26.603/DF

A jurisprudência acima foi mantida, inclusive pela Justiça Eleitoral, por quase vinte anos, até que o TSE, respondendo à Consulta n. 1.398/DF, expediu a Resolução n. 22.526,²⁸⁵ segundo a qual a mudança de partido implicava a perda de mandato do parlamentar. Baseado na citada Consulta, alguns partidos políticos pediram ao Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados que declarasse vacantes os mandatos parlamentares de deputados que deixaram tais partidos. Todavia, a referida autoridade se negou a declará-lo por falta de suporte legal. Dessa maneira, tendo em vista, a modificação de entendimento do TSE e a recusa do Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados e ainda a circunstância de que três Ministros do Supremo Tribunal Federal – o Min. Cezar Peluso, o Min. Carlos Ayres Britto e o Min. Marco Aurélio – haviam votado no TSE pelo novo entendimento, sobreveio a impetração dos MS n. 26.602/DF,²⁸⁶ n. 26.603/DF²⁸⁷ e n. 26.604/DF²⁸⁸ clamando pela reparação do direito líquido e certo dos partidos políticos à vacância dos mandatos parlamentares dos deputados que houvessem deixado os partidos pelos quais foram eleitos.

O STF, modificando o seu entendimento, julgou – vencidos os Ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa – que a mudança de partido implica a perda do mandato do deputado que deixar aquele pelo qual foi eleito.

A nova orientação do Tribunal partiu de bases muito semelhantes àquelas expressas pelo Min. Paulo Brossard no julgamento de 1989, acima citado. O Min. Celso de Mello começa sua argumentação firmando a importância dos partidos no sistema constitucional brasileiro. Segundo ele:

A normação constitucional dos partidos políticos, desse modo, **tem por objetivo** regular e disciplinar, em seus aspectos gerais, **não só** o processo de

²⁸⁵ TSE, Consulta n. 1.398 – Brasília/DF, Resolução n. 22.526, Min. Francisco Cesar Asfor Rocha, DJ 08/05/2007.

²⁸⁶ STF, MS n. 26.602/DF, Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 17/10/2008.

²⁸⁷ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008.

²⁸⁸ STF, MS n. 26.604/DF, Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, DJ 03/10/2008.

institucionalização desses corpos intermediários, **como também assegurar** o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, **na medida em que pertence** às agremiações partidárias – **e somente a estas** – **o monopólio** das candidaturas aos cargos eletivos.²⁸⁹

Tendo-se isso em vista, é possível concluir que: “**os partidos políticos**, assim, tornam-se elementos revestidos de caráter institucional, **absolutamente indispensáveis** na dinâmica do processo político e governamental.”²⁹⁰ Da mesma forma, o Min. Gilmar Mendes lembra que: “A Constituição de 1988 atribuiu relevo ímpar à participação dos partidos no processo eleitoral, estabelecendo como condição de elegibilidade a filiação partidária (CF, art. 17).”²⁹¹ O Min. Marco Aurélio não discrepa desse entendimento, quando afirma que: “a ênfase ao papel dos partidos políticos é inegável.”²⁹²

Os partidos políticos mediatizam a vontade popular e o Poder, quer dizer, o povo exerce o poder por meio de seus representantes, mas esses representantes, por sua vez, representam o povo e também seus partidos. Nesse sentido, “**o mandato** decorrente da investidura político-eleitoral **constitui** a expressão formal **tanto** de uma representação popular **como** de uma representação partidária.”²⁹³ Essa especial relação existente entre o povo, os candidatos e os partidos é ressaltada pelo fato de o art. 87 do Código Eleitoral determinar que só podem concorrer a algum cargo eletivo aqueles que estão filiados a alguma agremiação partidária, proibindo, portanto, a candidatura avulsa. Dessa maneira, o fato de que o candidato é inevitavelmente eleito vinculado a um partido leva à conclusão, igualmente inexorável, de que “o sistema jurídico-eleitoral, **notadamente** aquele pertinente à representação proporcional, **estabelece** um vínculo especial **entre** a comunidade dos eleitores **e as** agremiações partidárias **que se tornam destinatárias** dos votos por eles manifestados.”²⁹⁴ Nesse ponto, fica claro que, se a estrutura partidária brasileira gera o especial vínculo acima referido, quando passa-se ao campo específico do sistema eleitoral proporcional, por meio do qual são escolhidos os deputados federais e estaduais e os vereadores, essa ligação se torna ainda mais dramática. Segundo a doutrina:

[O] sistema proporcional visa assegurar aos partidos políticos uma representação correspondente à sua força eleitoral. Ao refletir nas bancadas proporcionalidade de

²⁸⁹ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 415.

²⁹⁰ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 416.

²⁹¹ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 605.

²⁹² STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 645.

²⁹³ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 421.

²⁹⁴ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 423.

votos, este sistema assegura a representação das minorias, condição indispensável para a própria sobrevivência das instituições democráticas.²⁹⁵

Com efeito, a Constituição determina em seu art. 45 que: “A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.” O art. 106 e seguintes, do Código Eleitoral, detalham o que se deve entender como sistema proporcional para fins legais.

Conceito fundamental nesse sistema é o de *quociente eleitoral*. Segundo o art. 106 do citado Diploma Legal, ele é definido “dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior.” Calculado o quociente eleitoral, é necessário que se encontre o *quociente partidário*, o que é feito nos termos do art. 107 do Código Eleitoral, “dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração.”

Cumprido ressaltar que, naturalmente, quando o citado se refere a “votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas”, ele está tratando tanto dos votos dados efetivamente à legenda, tal como disposto no art. 176 do Código Eleitoral, quanto dos votos dados aos candidatos, individualmente considerados, que disputam a eleição sob certa legenda. O quociente partidário indica, nos termos do art. 108 do Código Eleitoral, o número de candidatos de cada partido ou coligação que terá assento no parlamento. Havendo no partido ou coligação um número de candidatos maior do que o número de vagas obtidas pelo partido ou coligação no parlamento, ficarão eleitos aqueles que houverem recebido mais votos individualmente.²⁹⁶

Por exemplo, em uma eleição com 1.000.000 de votos válidos totais para uma câmara legislativa que tenha 100 assentos, o quociente eleitoral será 10.000. Assim, o partido ou coligação que receber 100.000 votos válidos terá um quociente partidário de 10, sendo esse, então, o número de cadeiras que ele ocupará no parlamento. Nessas circunstâncias, ocuparão as cadeiras os 10 candidatos que receberam mais votos nominais dentro desse partido ou coligação. Dessa maneira, utilizando o mesmo exemplo, é possível que sejam eleitos dentro desse partido um candidato que tenha recebido 90.000 votos e um que tenha recebido 100, 10, 1 ou nenhum voto, desde que, nesse último caso, o partido tenha concorrido com apenas 10 candidatos ou menos. O Min. Gilmar Mendes ilustra a hipótese com um caso real:

²⁹⁵ CITADINI. 1986. p. 155.

²⁹⁶ CITADINI. 1986.

Tal como registra Walter Costa Porto, nas eleições de 2 de dezembro de 1945, o Partido Social Democrático apresentou dois candidatos a deputado federal no Território do Acre: Hugo Ribeiro Carneiro e Hermelindo de Gusmão Castelo Branco Filho. O primeiro candidato obteve 3.775 votos; o segundo, nenhum voto nominal, pois ficara no Rio de Janeiro. Não obstante, o partido alcançou uma vez o quociente eleitoral e mais uma sobra de 1.077 votos. O critério do “maior número de votos” do partido, em caso de sobra, acabou por conferir mandato a candidato que não obtivera sequer um voto.²⁹⁷

Por outro lado, é possível que, nessa mesma eleição hipotética, um candidato que tenha recebido 9.999 votos não tenha assento no parlamento, caso ninguém mais em seu partido ou coligação tenha recebido mais algum voto, pois, nesse caso, esse azarado partido ou coligação não terá atingido número de votos igual ao quociente eleitoral, que é o mínimo necessário para que esse partido ou coligação tenha direito a um assento no parlamento. Essa circunstância também não é meramente hipotética. O Min. Gilmar Mendes conta o caso de certo deputado que, sendo o mais votado na eleição em sua circunscrição, não logrou êxito em garantir um assento no parlamento:

Foi o que se verificou em vários casos expressivos, dentre os quais se destaca o de Dante de Oliveira, que, candidato pelo PDT a uma vaga para Câmara dos Deputados, pelo Estado de Mato Grosso, nas eleições de 1990, obteve a maior votação (49.886 votos) e não foi eleito em razão de seu partido não ter obtido quociente.²⁹⁸

Em casos reais, quando os números não são redondos como aqueles aqui utilizados, existem sempre sobras nas divisões acima feitas, o que é resolvido pelos critérios do art. 109 do Código Eleitoral. O importante aqui, contudo, é apenas dar uma visão panorâmica de como funciona o sistema proporcional de modo que se possa acompanhar, com clareza, a discussão do Tribunal no julgamento do MS n. 26.603/DF.

O Min. Carlos Britto reflete sobre o sistema proporcional afirmando que nele “a *performance* eleitoral do conjunto dos agremiados é o que mais conta.”²⁹⁹ Devido ao caráter do sistema proporcional, acima elucidado, Min. Celso de Mello entendeu que:

O tema suscitado na presente causa, portanto, **deve ser examinado** sob uma dupla perspectiva – **(a) a da fidelidade** do representante eleito **ao partido político** sob cuja legenda se elegeu **e (b) a da fidelidade** daquele que se elegeu **aos cidadãos** integrantes do corpo eleitoral –, **de modo a se reconhecer** que o ato de infidelidade, **quer** à agremiação partidária, **quer, sobretudo, aos eleitores, traduz** um gesto de **intolerável** desrespeito à vontade soberana do povo, **fraudado** em suas justas expectativas **e frustrado** pela conduta desviante **daquele** que, pelo

²⁹⁷ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 609.

²⁹⁸ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 609.

²⁹⁹ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 548.

sufrágio popular e por intermédio da filiação a determinado partido, foi investido no alto desempenho do mandato eletivo.³⁰⁰

O Min. Celso de Mello lamenta alguns casos de deputados que mudaram várias vezes de partido e afirma que a fidelidade partidária é valor constitucional cujo desrespeito se dá não apenas quanto “ao partido político, **mas**, sobretudo, **à vontade soberana** do eleitor.”³⁰¹

Nesse sentido, o Min. Menezes Direito afirmou que “existe um vínculo necessário, diria eu, até mesmo imperativo, entre o eleitor e o candidato passando necessariamente pelo partido político por meio do qual ele se apresenta ao corpo político em busca de um mandato.”³⁰² Aprofundando nessa mesma direção, o Min. Cezar Peluso lembra que:

Nessa moldura sistêmica, não parece, destarte, concebível que um candidato, para cuja eleição e posse não apenas concorreram, senão que até podem ter sido decisivos, os recursos do partido, e recursos não apenas financeiros e materiais doutra ordem, mas também todos aqueles compreendidos no conceito mesmo de *patrimônio partidário de votos*, abandone os quadros do partido após a repartição das vagas conforme a ordem nominal de votação. Embora o candidato possa, deveras, prestar grande contribuição ao partido com os votos individuais, não é essa a regra geral, como o demonstra a persistente rotina de eleição de candidatos de votação inexpressiva que obtêm vagas na esteira na votação de outros, bastante populares.³⁰³

Os parlamentares são eleitos no sistema proporcional segundo os votos recebidos pelos candidatos do partido ou da coligação, além dos votos dados às próprias legendas. O Min. Marco Aurélio, citando a jornalista Lúcia Hipólito, afirma que: “dos 513 deputados, apenas 39 seriam eleitos com os próprios votos”.³⁰⁴ O Min. Cezar Peluso pontua que “não há como se admitir, perante tal ordem, que representante eleito sob essas condições possa mudar de partido levando consigo o cargo, até porque, se tivesse concorrido por outro partido, poderia nem sequer ter sido eleito”.³⁰⁵

Nesse sentido, o Min. Menezes Direito: “o titular do mandato popular na representação proporcional obtém sua legitimação eleitoral sob a legenda partidária e não solitariamente, ausente, assim, uma ligação exclusiva entre o eleitor e o candidato”.³⁰⁶ Do contrário, dever-se-ia admitir que “os partidos foram transformados em meros instrumentos de acesso ao poder popular da representação política”³⁰⁷ e autorizar as candidaturas

³⁰⁰ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. pp. 426-427.

³⁰¹ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 430.

³⁰² STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 482.

³⁰³ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. pp. 561-562.

³⁰⁴ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 650.

³⁰⁵ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 561.

³⁰⁶ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 482.

³⁰⁷ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 483.

autônomas, desvinculadas de qualquer partido, “o que, sob todas as luzes, é vedado pela Constituição Federal.”³⁰⁸

No mesmo sentido, questiona o Min. Cezar Peluso se tomar os partidos políticos como “meros seletores de candidatos soberanos, destituídos de quaisquer compromissos, e de simples provedores de recursos materiais e financeiros”³⁰⁹ não equivaleria a proclamar:

[E]m nível constitucional, muito mais revolucionariamente do que se imagina, a volta escandalosa ao velho e pouco saudoso regime das candidaturas avulsas? Se o partido não tem nenhum direito sobre os mandatos, se os candidatos eleitos podem desfiliar-se a qualquer tempo e hora, sem justa causa e jurídica, se todos os membros do Parlamento podem permanecer sem partidos, a que regime passamos a assistir e que regime se reconhece perante a ordem constitucional? Deixamos de subterfúgios e declaramos logo que restauramos o sistema das candidaturas avulsas e que, portanto, não há necessidade de encontrar ligações constitucionais com programas de partido, finalidade de partido, estruturação de partido, regulamentação sobre partidos, porque o que conta são apenas os representantes eleitos, com mandato ilimitado e absoluto, para fazerem o que quer que seja!³¹⁰

Desse modo, a desfiliação de dado candidato de um partido para posterior filiação a outro, torna esse partido menos representativo dentro do parlamento, desvirtuando a proporcionalidade que deveria existir entre os votos recebidos por um dado partido e a sua representação legislativa. Assim, essas mudanças de partido, segundo o Min. Celso de Mello:

[C]ulminam por gerar um arbitrário desequilíbrio de forças no Parlamento, vindo, até, em clara fraude à vontade popular, e em frontal transgressão ao sistema eleitoral proporcional, a asfixiar, em face de súbita redução numérica, o exercício da plena oposição política.³¹¹

Dessa forma, a mudança de partido de dados parlamentares pode acabar sufocando a oposição, através da substancial redução numérica dos membros dos partidos que estão nessa posição, reduzindo, portanto, a representação das minorias nas Casas Legislativas. O Min. Gilmar Mendes alerta que:

O reconhecimento da oposição como uma das garantias institucionais da representação política e da própria democracia brasileira exige que sejam solenemente evitadas práticas como o ‘transfuguismo’, tendo em vista que elas afrontam diretamente o direito fundamental de oposição.³¹²

³⁰⁸ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 484.

³⁰⁹ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 592.

³¹⁰ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. pp. 592-593.

³¹¹ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 437.

³¹² STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 625

Desse modo, conforme entendeu o Min. Celso de Mello:

Para que o regime democrático **não se reduza** a uma categoria político-jurídica **meramente** conceitual, **torna-se necessário assegurar**, às minorias que atuam no meio social, o direito de exercer, **de modo efetivo**, mediante representantes por elas eleitos, um direito fundamental **que vela** ao pé das instituições democráticas: **o direito de oposição**.³¹³

Assim, a tolerância à infidelidade partidária, nessa dimensão da questão, leva a uma: “**projeção vulneradora** sobre a própria razão de ser **e** os fins visados pelo **sistema eleitoral proporcional, tal como** previsto **e** consagrado pela Constituição da República.”³¹⁴ Isso porque, como destaca o Min. Cezar Peluso “no próprio seio do conteúdo significativo da expressão ‘sistema proporcional’, está o primado dos partidos políticos e sua consequente titularidade sobre as cadeiras conquistadas nas eleições.”³¹⁵

No mesmo sentido, o Min. Gilmar Mendes expressa que: “o art. 45 estabelece que a representação popular é obtida por meio do sistema eleitoral de caráter proporcional, concebendo uma verdadeira democracia partidária.”³¹⁶ De tal forma que o Min. Celso de Mello pontua que:

[O] fundamento real **que justifica** o reconhecimento de que o partido político **tem direito subjetivo** às vagas conquistadas **mediante** incidência do quociente partidário **deriva** do mecanismo – **consagrado** no próprio texto da Constituição da República – **que concerne** à representação proporcional.³¹⁷

Desse modo, uma vez reconhecida a iniquidade de não se entender dessa forma, não se deve apenas restringir à crítica “mas sim, há de corrigir-se com a atualização da interpretação constitucional capaz de restabelecer aquele vínculo e com isso fortalecer a representação popular pela via do fortalecimento dos partidos políticos.”³¹⁸ Dessa forma, deve-se consignar, junto com o Min. Gilmar Mendes, que existe um direito dos partidos políticos às vagas obtidas nas eleições feitas pelo sistema proporcional: “Trata-se de um direito não expressamente consignado no texto constitucional, mas decorrente do regime de democracia representativa e partidária adotado pela Constituição (art. 5º, § 2º).”³¹⁹ Conclui o Min. Menezes Direito:

³¹³ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 442.

³¹⁴ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 446.

³¹⁵ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 578.

³¹⁶ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 612.

³¹⁷ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 435.

³¹⁸ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 483.

³¹⁹ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 619.

[S]e a representação popular é feita por meio de eleição, se para ser elegível é obrigatória a filiação partidária, os mandatos parlamentares necessariamente vinculam os eleitos aos partidos, não subsistindo a representação se houver cancelamento da filiação ao partido pelo qual o parlamentar foi eleito.³²⁰

O Min. Marco Aurélio ressalta, no estilo direto que lhe é de costume, que: “O parlamentar eleito e integrante da Casa Legislativa que, na legislatura, deixa o partido que representa desqualifica-se para o exercício do mandato.”³²¹ Conforme pontua o Min. Carlos Britto:

Se considerarmos que o mandato foi obtido em virtude de uma obrigatória filiação partidária, a que se agrega um registro eleitoral e o alcance de um quociente de votos que só do partido mesmo é exigível (isolado, ou coligadamente), tudo isso imbricado com o direito do respectivo partido a um funcionamento parlamentar (inciso IV do art. 17 da CF), **a voluntária desfiliação não pode deixar de implicar uma perda do mandato.**³²²

3.4 Do ativismo por declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do Congresso, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação

3.4.1 A verticalização das coligações partidárias

3.4.1.1 O retrospecto da questão

A questão das coligações é regulada pelo art. 6º da Lei Federal n. 9.504/97, que determina que:

É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.

³²⁰ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 485.

³²¹ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 647.

³²² STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 543.

Nas eleições de 1998, a referida norma foi interpretada no sentido de que os partidos políticos poderiam fazer coligações distintas no âmbito federal e no âmbito estadual, dado tratar-se, conforme se pensou à época de circunscrições distintas. O Min. Ilmar Galvão, presidente do TSE à época das eleições de 1998, afirmou, alguns anos depois ao discutir a questão – após notar presente no plenário do Supremo Tribunal Federal um deputado eleito naquelas eleições pelo PSDB em coligação com o PT, quando os partidos tinham candidatos opostos nas eleições presidenciais – que não teria havido impugnação, quando dessa eleição, a respeito da interpretação dada ao dispositivo acima citado. Afirmou o Ministro que, conquanto não tenha havido consulta específica ao TSE sobre a questão, o registro da candidatura do referido deputado, bem como de outros na mesma situação, não se deu ao arrepio da lei, mas, ao contrário, baseado em uma interpretação do dispositivo, interpretação que, até então, entendia-se inequívoca.³²³

Todavia, com a proximidade das eleições de 2002, foi apresentada consulta ao TSE especificamente sobre a questão de se saber se a coligação realizada no âmbito federal, deveria ser reproduzida no nível estadual. A questão girava em torno do sentido da expressão “dentro da mesma circunscrição”. Discutia-se se as circunscrições estaduais e federal eram distintas, como se acreditou até 1998, ou se, ao contrário, aquelas estavam contidas dentro desta. A resposta à Consulta³²⁴ deu origem à Resolução n. 21.002/02 do TSE, que dando nova interpretação ao art. 6º da Lei Federal n. 9.504/97, estabeleceu que:

Os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de Estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com outros partidos políticos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial.

A referida Resolução gerou, por sua vez, a Instrução n. 55/02, que foi aprovada pela Resolução n. 20.933/02, que no § 1º do seu art. 4º estabeleceu que:

Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de Estado ou Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal, deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial.

³²³ STF, ADI n. 2.626/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 05/03/2004.

³²⁴ TSE, Consulta n. 715 – Brasília/DF, Resolução 21.002 de 26/02/2002, Min. Jacy Garcia Vieira, DJ 15/03/2002.

Essa Instrução foi atacada pelos partidos políticos por meio das ADI's n. 2.626/DF³²⁵ e n. 2.628/DF³²⁶. No julgamento dessas Ações Diretas, a maioria entendeu que não poderia conhecer das ações devido à natureza meramente interpretativa do ato impugnado, não sendo cabível a contestação, por meio do controle concentrado de atos dessa natureza.

Como não houve modificação no entendimento do TSE para as eleições de 2006, foi promulgada a EC n. 52/06 que acresceu ao texto primitivo do § 1º do art. 17 da CRFB/88, uma nova norma constitucional, segundo a qual não haveria “obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal”, de modo que o dispositivo passou a se mostrar com o seguinte texto:

É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

Com isso, depois de uma longa batalha entre os partidos políticos e o Judiciário, o Congresso Nacional promulgou uma norma desautorizando a interpretação do TSE. No entanto, havia uma batalha a mais a ser travada. Com efeito, o art. 2º do referido Diploma Normativo determinava que: “Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data da sua publicação, aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002.” Dessa maneira, conforme entendeu o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Congresso teria se utilizado da Emenda Constitucional para modificar o processo eleitoral no mesmo ano do pleito, em desrespeito ao que dispõe o art. 16 da CRFB/88, com a redação que lhe deu a EC n. 4/93: “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um 1 (um) ano da data da sua vigência.”

3.4.1.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.685/DF

Em consequência da EC n. 52/06 foi ajuizada a ADI n. 3.685/DF.³²⁷ No acórdão, relatado pela Min. Ellen Gracie, o Supremo entendeu, por maioria, que a regra estabelecida no § 1º do art. 17 da CRFB/88, com a redação que lhe deu a EC n. 52/06, não seria aplicável às

³²⁵ STF, ADI n. 2.626/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 05/03/2004.

³²⁶ STF, ADI n. 2.628/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 05/03/2004.

³²⁷ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006.

eleições de 2006, mantendo-se, para esse pleito, a norma do art. 6º da Lei n. 9.504/97 com a interpretação que o TSE lhe deu na Consulta n. 715/02.

Barroso afirma que esse caso redundou em ativismo judicial porque, para tanto, a Corte “precisou exercer a competência – incomum na maior parte das democracias – de declarar inconstitucional uma emenda constitucional, dando à regra da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, Art. 16) o *status* de cláusula pétrea.”³²⁸

Como cediço, a Constituição estabelece em seu art. 60, § 4º que:

§ 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
 I – a forma federativa de Estado;
 II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
 III – a separação dos Poderes;
 IV – os direitos e garantias individuais.

Além disso, é também comezinho que, sobre o poder de reforma, é possível dizer que:

É inquestionavelmente um poder limitado, porque regrado por normas da própria Constituição que lhe impõem procedimento e modo de agir, dos quais não pode arredar sob pena de sua obra sair viciada, ficando mesmo sujeita ao sistema de controle de constitucionalidade.³²⁹

Até porque a CRFB/88 ao entregar, como o fez no art. 102, a sua guarda ao Supremo Tribunal Federal não poderia lhe subtrair a competência para fulminar as emendas ao seu texto que não fossem feitas segundo seus ditames. Assim, quando a Constituição estabelece limites materiais ao poder de reforma, ela cria também a possibilidade de controle de constitucionalidade substantivo das normas constitucionais decorrentes do Poder Constituinte Derivado. Nesse sentido, a Min. Ellen Gracie: “Não me parece que a Constituição Federal tenha pretendido suportar anomalia por ela mesma combatida quando a regra modificadora for integrada ao seu próprio texto.”³³⁰

Naturalmente que não se está a sugerir que o renomado autor que questionou a atuação do STF na questão ora tratada desconheça ou discorde do quanto aqui se disse. Certo é que sua crítica não se refere à possibilidade, em tese, de ser fulminada norma decorrente de emenda constitucional, mas apenas quanto ao critério com que isso foi feito.

3.4.1.3 Questões Preliminares

³²⁸ BARROSO. 2007. p. 8.

³²⁹ SILVA. 2010. p. 65.

³³⁰ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 214.

Antes do mérito, contudo, o Supremo teve que enfrentar duas questões preliminares. A primeira era a alegação de que o art. 16 da CRFB/88 não seria aplicável à modificação trazida pela EC n. 52/07, uma vez que as normas sobre coligação não alterariam o Direito Processual Eleitoral, mas apenas o Direito Eleitoral. O Min. Sepúlveda Pertence, mesmo vencido quanto ao mérito, aderiu ao entendimento da maioria quanto à falta de cabimento desse argumento e deu contribuição interessante sobre a extensão da expressão “processo eleitoral” no art. 16 da CRFB/88. Lembrando o voto por ele proferido na ADI n. 354/DF, quando rejeitou o argumento sobre a questão, nos seguintes termos:

Minha tendência, assim, é de emprestar ao conceito de processo eleitoral, para os fins do artigo 16, extensão tão ampla quanto seus termos comportam, de modo a abranger, radicalmente, desde o alistamento dos eleitores e a habilitação dos partidos, à escolha dos candidatos, definindo assim todas as personagens do drama eleitoral; do registro dos candidatos à propaganda; da votação ao procedimento e aos critérios de apuração até o momento culminante da proclamação e da diplomação dos eleitos.³³¹

Da mesma forma, o Min. Carlos Britto entendeu que:

Toda norma com aptidão, ainda que em bases minimalistas, de interferir no exercício da soberania popular, expressa pelo sufrágio universal e voto secreto, seja para impor novos condicionamentos, seja para suprimir os que já vinham sendo tidos como parte integrante do acervo normativo destinado a reger as disputas eleitorais, cai no campo de incidência do art. 16, isto é, altera o processo eleitoral.³³²

A segunda questão afastada pelo Supremo é a de que o art. 16 da CRFB/88 se aplica apenas à lei *stricto sensu*. Quer dizer, apenas àqueles diplomas normativos promulgados conforme os procedimentos estabelecidos no art. 61 da Constituição. Assim, tratando-se de norma trazida por emenda constitucional, não haveria que se falar em aplicação da anterioridade eleitoral. A Min. Ellen Gracie, em seu voto de Relatora, afastou o questionamento com o seguinte argumento:

É forçoso concluir, que em termos de impacto no contexto dinâmico de uma eleição que se aproxima, tanto faz que a alteração se dê por emenda, lei complementar ou lei ordinária, pois a equação das forças políticas que desaguariam, sob vigência de

³³¹ STF, ADI n. 354/DF, Min. Octávio Gallotti, Tribunal Pleno, DJ 22/06/2001. pp. 32-33.

³³² STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 234.

certas normas, na vitória desta ou daquela possível candidatura poderá sofrer, por fator alheio à vontade popular, completa reformulação.³³³

O Min. Cezar Peluso também contribuiu para a discussão afirmando que:

É óbvio que, para reconstituir o significado normativo da palavra *lei*, contida no art. 16, é mister identificar o interesse ou bem jurídico aí tutelado. Noutras palavras, é preciso reconduzir-se à racionalidade da regra. E essa aponta para a compreensão do vocábulo *lei* no sentido lato e genérico de norma jurídica de qualquer escalão, e em cuja denotação entram tanto leis constitucionais, como infraconstitucionais. Somente essa extensão lógico-normativa é apta a garantir o primado da segurança e da certeza jurídica, pois, não faria senso algum discernir entre normas constitucionais e normas subalternas perante a *ratio iuris*, que é a de atribuir certa estabilidade ao processo eleitoral. Mudança por emenda implicaria a mesmíssima instabilidade que repugna ao art. 16!³³⁴

Afastadas essas duas questões que tentavam, prejudicialmente, demonstrar que as modificações trazidas pela EC n. 52/06 estavam fora do escopo normativo do art. 16, cumpriu ao Supremo Tribunal enfrentar o mérito da lide: saber se a modificação estabelecida violava algum direito ou garantia fundamental. A Corte traçou duas linhas argumentativas principais e complementares para interpretar a norma do art. 16 da CRFB/88 como fonte de direitos e garantias individuais. A primeira foi a de estabelecer uma fundamentalidade intrínseca para o dispositivo e afirmar que ele é uma expressão do *caput* e do inciso LIV do art. 5º da Constituição, vale dizer, como garantia ancilar à segurança jurídica e ao devido processo legal substantivo. A segunda é de caráter mais formal – ainda que não inteiramente – e se baseia na premissa de que para que seja possível emendar a Constituição com sucesso é preciso que se respeite as normas que já constam no *Corpus* Constitucional.

3.4.1.4 Argumento material

O primeiro argumento tem base no procedimento interpretativo discutido no capítulo anterior, ou seja, aquele de enxergar uma regra como expressão de um princípio subjacente ao qual ela está vocacionada a proteger. Quer dizer, a regra é adotada com alguma finalidade, que, segundo o acima teorizado, se identifica com o princípio – ou princípios – a ela subjacente. A determinação do que é exigido por essa norma passa, assim, por uma

³³³ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 214.

³³⁴ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. pp. 256-257.

interpretação que justifica a adoção deste dever-ser em face daquele princípio que lhe é subjacente.

Um argumento seguindo, em linhas gerais, a estrutura acima tratada, foi defendido por quase todos os Ministros que compuseram a maioria que deu procedência à ADI ora analisada. A Min. Ellen Gracie afirmou, nesse sentido, que a anterioridade eleitoral ocupa “inegável posição de destaque – sem precedentes na história constitucional brasileira – dada pelo Constituinte de 1988”, uma vez que ela é um “instrumento indispensável a uma mínima defesa da insuspeita e verdadeira representatividade que deve marcar o regime democrático de Estado”.³³⁵ A Ministra afirma que o art. 16 tem a mesma função para o Direito Eleitoral que o art. 150, III, *b*, ambos da Constituição, tem para o Direito Tributário. Ela lembra que o Supremo Tribunal Federal fulminou o disposto no § 2º do art. 2º da EC n. 3/93, com base no art. 150, III, *b*, da CRFB/88, uma vez que aquele dispositivo estabeleceu que se poderia ignorar essa garantia do contribuinte, permitindo à União que começasse a cobrar o imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e créditos e direitos de natureza financeira no mesmo ano da sua instituição.³³⁶ Conforme afirma a Ministra: “[é] perceptível uma coincidência nos propósitos pretendidos pelo constituinte originário ao instituir a anterioridade tributária e eleitoral: a manutenção das regras do jogo em andamento, evitando-se sobressaltos e insegurança”.³³⁷ Além disso, “a burla ao que contido no art. 16 da Constituição ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).”³³⁸

O Min. Joaquim Barbosa, aderindo ao argumento material, depois de lembrar que o regime representativo é a grande herança “das revoluções do final do século XVIII” e que qualquer alteração poderia desvirtuá-lo, expressa o entendimento de que a “fundamentalidade” do art. 16 está na sua função constitucional de ser “meio de preservação da higidez das regras do jogo eleitoral, protegendo-as contra aquilo que, na história recente, convencionou-se qualificar como ‘casuísmo’”.³³⁹ Assim, “dada a fundamentalidade intrínseca do art. 16 da Constituição Federal de 1988 para todo o sistema representativo”³⁴⁰ o dispositivo impugnado deveria ser julgado inconstitucional.

³³⁵ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 214.

³³⁶ STF, ADI n. 939/DF, Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 18/03/1994.

³³⁷ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 215.

³³⁸ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 217.

³³⁹ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 235.

³⁴⁰ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 236.

Para o Min. Carlos Britto, o art. 16 da CRFB/88 tem por objetivo “estabilizar pelo período mínimo de um ano a legislação de índole processual-eleitoral”.³⁴¹ Nas palavras do Ministro, o citado dispositivo constitucional traduz a ideia de que “eleição é coisa séria demais para ser legislativamente versada na undécima hora.”³⁴² Dessa forma, a garantia da anualidade eleitoral estaria inserida dentro do princípio do devido processo legal eleitoral, e a regra de vigência da EC n. 52/06 violaria, destarte, o art. 5º, LIV, da CRFB/88. Conclui o Ministro que:

Esse devido processo legal eleitoral, particularizada dimensão da garantia genérica do ‘devido processo legal’ de que trata o inciso LIV do art. 5º da Constituição, é matéria que também me parece clausulada como pétrea, a teor do inciso IV do § 4º do citado art. 60 da *Constituição-cidadã*.³⁴³

O Min. Cezar Peluso identifica o propósito do art. 16 da Constituição de modo semelhante ao feito por seus pares anteriormente. Após fazê-lo, afirma que: “vê-se logo estar em jogo aí, modalidade significativa de tutela constitucional da segurança jurídica, enquanto *direito* ou *garantia individual* imanente ao Estado de direito, objeto do art. 5º, *caput*”.³⁴⁴ Ademais, “o comando do art. 16 integra o *devido processo legal eleitoral*.”³⁴⁵ Destarte:

[S]e o modo de composição das coligações político-partidárias integra fase elementar do processo eleitoral, a mudança de norma que o disciplina não pode deixar de submeter-se à regra constitucional da anterioridade da lei aplicável ao processo em seu conjunto. Como a disposição do art. 16 compõe o devido processo legal eleitoral, assujeita também o reformador constitucional, *ex vi* do art. 5º, inc. LIV, de que é cláusula intangível nos termos do art. 60, § 4º, porque corresponde à necessidade de certeza e segurança de ação, não apenas dos eleitores, mas também dos candidatos e dirigentes partidários.³⁴⁶

Para o Min. Gilmar Mendes:

O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos. As restrições a essa regra trazidas no bojo de reforma constitucional apenas serão válidas na medida em que não afetem ou anulem o exercício dos direitos fundamentais que conformam a cidadania política.³⁴⁷

³⁴¹ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 238.

³⁴² STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 240.

³⁴³ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 245.

³⁴⁴ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 249.

³⁴⁵ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 250.

³⁴⁶ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 253.

³⁴⁷ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 267.

Ademais, continua o Ministro, a modificação introduzida no § 1º do art. 17 da CRFB/88 “afeta o próprio contexto de possibilidades e estratégias que poderiam ser adotadas por todos e cada um dos partidos políticos.”³⁴⁸ Conquanto o Ministro entenda que a revogação da regra da verticalidade não seria, em si, inconstitucional, ela não poderia ser trazida em violação ao art. 16 da Constituição, pois esse dispositivo “garante, de modo geral e irrestrito, o atendimento das condições jurídicas e materiais que realizam o princípio da igualdade partidária.”³⁴⁹

Além disso, o Min. Gilmar Mendes, afirma que a modificação da regra sobre coligação em momento próximo a eleição tem o potencial de afetar e restringir os direitos de candidatos e eleitores. No que tange a esses últimos, o Ministro argumenta que o cidadão-eleitor tem “o direito a que o resultado das eleições seja consequência de um processo eleitoral incólume, protegido contra fraudes e casuísmos, regido por um sistema de regras que concretize, na sua máxima efetividade, o direito fundamental ao voto.”³⁵⁰ A modificação efetuada pela EC n. 52/06 teria, assim, implicado “restrição inconstitucional ao devido processo eleitoral porque não observa a regra constitucionalmente estabelecida no art. 16 da CF.”³⁵¹

O Min. Celso de Mello entende, por sua vez, que: “A **relação** do Poder e de seus agentes com a **Constituição** há de ser, necessariamente, **uma relação de respeito**.”³⁵² Dessa maneira, “a **Constituição não é** simples obra de circunstância, **destinada** a ser manipulada, **de modo irresponsável e inconsequente**, pelos detentores do Poder.”³⁵³ O Ministro segue pontuando, de forma contundente, a importância do art. 16 da CRFB/88 e do seu nítido caráter moralizador, indicando ainda seu entendimento, embasado na doutrina pátria constitucional, de que o dispositivo está endereçado ao Legislativo e às maiorias parlamentares. Lembra ainda o Ministro, assim como seus pares, que a garantia da anualidade eleitoral está ligada ao princípio do devido processo legal eleitoral que foi projetado “**para assegurar**, em favor dos cidadãos eleitores, **a certeza da estabilidade** das regras do jogo eleitoral”³⁵⁴ e também, como decorrência do princípio da segurança jurídica, que teria o objetivo de “preservar a confiança [...] que deve sempre prevalecer na esfera de relação **entre** os indivíduos e o Estado, **para que a mudança abrupta** da disciplina normativa do processo

³⁴⁸ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 276.

³⁴⁹ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 277.

³⁵⁰ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 281.

³⁵¹ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 283.

³⁵² STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 309.

³⁵³ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 310.

³⁵⁴ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 328.

eleitoral” não viole princípios constitucionais, cuja supremacia se impõe mesmo ao Poder Constituinte Derivado. Conclui, então, o Min. Celso de Mello:

[A] garantia da anterioridade eleitoral **ganha** relevo e **assume** aspecto de fundamentalidade, **subsumindo-se** ao âmbito de proteção das cláusulas pétreas, cujo domínio – **a partir** de exigências inafastáveis **fundadas** no princípio da segurança jurídica e **apoiadas** no postulado **que consagra** a proteção da confiança do cidadão no Estado – **impede** que **qualquer** ato estatal, **ainda** que se trate de emenda à Constituição (**como sucede** na espécie), **descaracterize** o sentido e **comprometa** a própria razão de ser do postulado inscrito **no art. 16** da Constituição da República.³⁵⁵

Portanto, porque o § 4º do art. 60 da CRFB/88 tem por objetivo retirar do Poder Constituinte Derivado a competência de promulgar emendas à Constituição que tendam a abolir direitos e garantias fundamentais e porque o art. 16 desse Diploma Constitucional consagra a proteção da segurança jurídica no âmbito do processo eleitoral, garantindo que a escolha do cidadão se dê segundo um devido processo legal, deve-se concluir que o Poder Constituinte Derivado não teria competência para modificar a Constituição em desrespeito ao que determina à anterioridade eleitoral, devendo se concluir pela inconstitucionalidade de qualquer dispositivo nesse sentido.

3.4.1.5 Argumento formal

O Min. Ricardo Lewandowski depois de também considerar que o art. 16 da CRFB/88 é importante bastião da segurança jurídica, abre o argumento mais formal. Para ele não é possível a utilização de emenda constitucional para atalhar as próprias disposições constitucionais. Com efeito, o dispositivo impugnado é “casuístico” e é fruto “de ‘desvio de poder ou de finalidade’, expediente mediante o qual se busca atingir um fim ilícito utilizando-se de um meio aparentemente legal.”³⁵⁶

O Min. Eros Grau prossegue com o argumento – depois de afirmar que “uma emenda constitucional poderia inclusive e até mesmo ter revogado o preceito veiculado por esse artigo 16 [da CRFB/88]”³⁵⁷ – ponderando que o art. 2º da EC n. 52/06 e o art. 16 da CRFB/88 não poderiam conviver harmonicamente dentro do Texto Constitucional. Dessa forma, a nova

³⁵⁵ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 328.

³⁵⁶ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 225.

³⁵⁷ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. p. 227.

redação do § 1º do art. 17 apenas poderia ser aplicada às eleições ocorridas após 8 de março de 2007.

O Min. Cezar Peluso, conquanto tendo baseado seu voto na corrente material, ao final também deu espaço para a corrente mais formal, dizendo que não haveria óbice em o Constituinte Derivado revogar o art. 16 da CRFB/88. Todavia, ainda nesse caso, a regra desse mesmo dispositivo teria que ser respeitada, de modo que caso a revogação fosse feita em ano de eleição, ela passaria a valer apenas no ano seguinte. Isso porque, segundo o Ministro:

Fora ocioso notar que normas de reforma da Constituição só podem considerar-se válidas, se emitidas e aplicadas de acordo com os próprios ditames constitucionais reguladores do poder de reforma, como, no caso, o da eficácia da lei reformadora. No seio da mesma ordem constitucional as regras do sistema só podem ser modificadas nos termos de suas próprias regras. De outra forma, estar-se-ia diante de clara ruptura do padrão de legalidade constitucional, que, no caso, serve à tutela da segurança jurídica e do devido processo legal eleitoral.³⁵⁸

3.5 Do ativismo por imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público

3.5.1 Distribuição de medicamentos

A história das decisões do Supremo Tribunal Federal garantindo o fornecimento de medicamentos e determinando a realização de tratamentos é o retrato da construção de uma jurisprudência, com muitas decisões monocráticas, na qual o Tribunal nunca sentou para analisar a questão profundamente e ponderar sobre os seus diversos lados. Seguindo a linha de precedentes citados para justificar as mais diversas decisões garantindo a pacientes o fornecimento de medicamentos gratuitamente pelo Estado, é possível remontar à Pet. n. 1.246 MC/SC, de 13 de fevereiro de 1997.³⁵⁹

Parece certo que, antes disso, existiram outras suspensões de segurança tratando da matéria. Pode-se citar, nesse sentido, a SS n. 732/RS,³⁶⁰ de 6 de fevereiro de 1995, que cita ainda outros dois precedentes – SS n. 711/RS³⁶¹ e n. 659/RS³⁶² – na qual a Corte consignou

³⁵⁸ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006. pp. 255-256.

³⁵⁹ STF, Pet n. 1.246 MC/SC, Min. Celso de Mello, monocraticamente no exercício da Presidência, DJ 13/02/1997.

³⁶⁰ STF, SS n. 732/RS, Min. Octávio Gallotti, monocraticamente no exercício da Presidência, DJ 06/02/1995.

³⁶¹ STF, SS n. 711/RS, Min. Octávio Gallotti, monocraticamente no exercício da Presidência, DJ 02/12/1994.

que o risco à vida do paciente, no caso da suspensão da decisão concessiva, determinava que o ônus de comprovar a grave lesão à economia e à saúde públicas era do ente público pertinente e naquele caso específico não estaria efetivamente demonstrada a devida afetação aos citados bens jurídicos. Ou seja, em momento nenhum o Tribunal se posicionou a respeito da compatibilidade, em face da Constituição, de decisão que determina o fornecimento de medicamento gratuito, limitando-se a dizer que não estavam suficientemente caracterizados os requisitos para a suspensão da decisão concessiva, o que, naturalmente, nada tem a ver com o mérito da questão.

Assim, foi apenas na citada Pet. n. 1.246 MC/SC que o Tribunal se pronunciou claramente, ainda que de forma concisa, sobre a questão e, o que também é relevante, sem citar qualquer precedente. Tratava de caso de “menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene”.³⁶³ O Tribunal de Justiça de Santa Catarina havia concedido a ordem para determinar que fosse feito o transplante de células mioblásticas, “o único meio capaz de salvar a vida do paciente.”³⁶⁴ O Min. Celso de Mello não suspendeu a decisão afirmando que era um “imperativo de solidariedade humana”³⁶⁵ e dever do Poder Público, em todas as suas dimensões, “assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, § 1º)”.³⁶⁶ Dessa forma:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.³⁶⁷

Assim, a determinação de realização do transplante não representava uma ameaça à ordem pública e administrativa local, mas: “um gesto digno de reverente e solidário apreço à

³⁶² STF, SS n. 659/RS, Min. Carlos Velloso, monocraticamente no exercício da Presidência, DJ 03/08/1994.

³⁶³ STF, Pet n. 1.246 MC/SC, Min. Celso de Mello, monocraticamente no exercício da Presidência, DJ 13/02/1997. s/p. Segundo a Wikipedia: “*Duchenne muscular dystrophy (DMD) is a recessive X-linked form of muscular dystrophy, which results in muscle degeneration, difficulty walking, breathing, and death.*” disponível em: < http://en.wikipedia.org/wiki/Duchenne_muscular_dystrophy>, acessado em 1º de junho de 2011, às 17:57.

³⁶⁴ STF, Pet n. 1.246 MC/SC, Min. Celso de Mello, monocraticamente no exercício da Presidência, DJ 13/02/1997. s/p.

³⁶⁵ STF, Pet n. 1.246 MC/SC, Min. Celso de Mello, monocraticamente no exercício da Presidência, DJ 13/02/1997. s/p.

³⁶⁶ STF, Pet n. 1.246 MC/SC, Min. Celso de Mello, monocraticamente no exercício da Presidência, DJ 13/02/1997. s/p.

³⁶⁷ STF, Pet n. 1.246 MC/SC, Min. Celso de Mello, monocraticamente no exercício da Presidência, DJ 13/02/1997. s/p.

vida de um menor, que, pertencente a família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salvá-lo de morte inevitável.”³⁶⁸

Todavia, não é essa a decisão que aparece, comumente, como remissão básica em decisões sobre a matéria no Tribunal. Apenas o próprio Min. Celso de Mello faz menção a ela em algumas decisões monocráticas por ele proferidas. O posto cabe, com o efeito, ao AI n. 238.328/RS,³⁶⁹ decidido monocraticamente pelo Min. Marco Aurélio, em 30 de março de 1999, e depois ratificado pela Segunda Turma do STF,³⁷⁰ decisão na qual, assim como na Pet. n. 1.246 MC/SC não há referência a qualquer precedente. Ocorreu que, em 16 de junho de 1993, foi promulgada uma Lei no Estado do Rio Grande do Sul, de n. 9.908/93, que determinava em seu art. 1º que: “O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.” Com base nesse dispositivo legal, diversas pessoas entraram com ações junto ao Tribunal gaúcho pedindo, do Município de Porto Alegre/RS, remédios para o tratamento da Síndrome da imunodeficiência adquirida, conhecida popularmente como AIDS. O Município citado, por sua vez, se defendeu dizendo que a responsabilidade pelo fornecimento dos referidos medicamentos não poderia lhe ter sido imposta por norma estadual ou federal, que a responsabilidade, admitida a sua existência, deveria ser da União, por meio do SUS e que, por fim, os arts. 196, 197 e 198 da CRFB/88 tinham mero caráter programático, dependendo de regulamentação. Como o Tribunal Estadual local não deu guarida a seus argumentos, o citado Ente Federativo interpôs os recursos pertinentes, levando sua pretensão ao STF, seja por meio de recursos extraordinários ou por meio de agravos de instrumento. Assim, no citado AI n. 238.328/RS, tomado depois como fundamento para várias decisões, inclusive nos RE n. 247.900/RS³⁷¹ e RE n. 244.087/RS,³⁷² referenciados diversas vezes em provimentos posteriores do Tribunal, o Min. Marco Aurélio decidiu, a parte as questões processuais atinentes ao cabimento do recurso extraordinário, que o acórdão do Tribunal *a quo* recorrido “surge harmônico com a Carta da República.”³⁷³ O Ministro entendeu que a referência a “Estado” contida no art. 196 deveria ser entendida de forma ampla, englobando todos os entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios. As demais alegações do Município

³⁶⁸ STF, Pet n. 1.246 MC/SC, Min. Celso de Mello, monocraticamente no exercício da Presidência, DJ 13/02/1997. s/p.

³⁶⁹ STF, AI n. 238.328/RS, Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 11/05/1999.

³⁷⁰ STF, AI n. 238.328 AgRg/RS, Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ 18/02/2000.

³⁷¹ STF, RE n. 247.900/RS, Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 27/10/1999.

³⁷² STF, RE n. 244.087/RS, Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 29/10/1999.

³⁷³ STF, AI n. 238.328/RS, Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 11/05/1999.

não seriam relevantes o suficiente para suplantar aquele, que segundo o Min. Marco Aurélio, seria o objetivo maior do Estado: “proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem.”³⁷⁴ Dessa forma, ao contrário do alegado, “ao invés de conflitar com os artigos 196, 197 e 198 da Constituição da República, o acórdão atacado com eles guarda perfeita afinidade”.³⁷⁵ Submetida a questão ao Colegiado, a 2ª Turma do STF, a decisão foi mantida sem entrar no mérito, mas, apenas, porque se entendeu que o Min. Marco Aurélio não tinha extrapolado sua competência monocrática ao julgar a questão sozinho.³⁷⁶

Depois disso, subiu ao STF o Re n. 195.186/RS,³⁷⁷ cujo acórdão foi publicado em 13 de agosto de 1999. Tratando da mesma situação dos portadores do HIV no contexto do Estado do Rio Grande do Sul, porém, dessa vez em mandado de segurança impetrado em face do citado Estado Federado, o Tribunal não conheceu do recurso, tendo em vista que não teria havido prequestionamento da questão relativa à violação ao art. 196 da CRFB/88 e que, no que se refere à ausência de direito líquido e certo, seria mera questão processual, não sendo o art. 5º, LXIX, base para extraordinário quando a alegação for de que a parte não teria direito líquido e certo.

No RE n. 242.859/RS,³⁷⁸ utilizado como fundamento para decidir diversos recursos, inclusive o RE n. 237.367/RS³⁷⁹ e o RE n. 248.300/RS,³⁸⁰ todos relativos à mesma controvérsia acima mencionada, a Corte entendeu, simplesmente, que não poderia conhecer do recurso extraordinário uma vez que:

Como facilmente se percebe, o acórdão teve por fundamento central dispositivo de lei por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes.³⁸¹

No julgamento do RE n. 226.835/RS³⁸² o questionamento não era mais a respeito de remédios para a AIDS, mas de instalação de isolamento protetor em quarto privativo necessário para tratamento de leucemia mielóide aguda. Nesse acórdão, o Min. Ilmar Galvão pontuou que: “O direito à saúde, como está assegurado na Constituição, não deve sofrer

³⁷⁴ STF, AI n. 238.328/RS, Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 11/05/1999.

³⁷⁵ STF, AI n. 238.328/RS, Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 11/05/1999.

³⁷⁶ STF, AI n. 238.328 AgRg/RS, Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ 18/02/2000.

³⁷⁷ STF, RE n. 195.186/RS, Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ 13/08/1999.

³⁷⁸ STF, RE n. 242.859/RS, Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ 17/09/1999.

³⁷⁹ STF, RE n. 237.367/RS, Min. Maurício Côrrea, decisão monocrática, DJ 14/09/1999.

³⁸⁰ STF, RE n. 248.300/RS, Min. Maurício Côrrea, decisão monocrática, DJ 23/11/1999.

³⁸¹ STF, RE n. 242.859/RS, Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ 17/09/1999. p. 1.571.

³⁸² STF, RE n. 226.835/RS, Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ 10/03/2000.

embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzir, em si, o direito ou de dificultar o acesso a ele.”³⁸³ Ademais, não se poderia dizer que o atendimento de necessidades especiais de um paciente viole a isonomia, porque, lembrando a lição aristotélica sobre a igualdade: “apenas se facultou atendimento diferenciado em situação diferenciada, sem ampliar o direito assegurado na Carta, pois nenhum ônus extra foi imposto para o sistema público.”³⁸⁴ Motivo, pelo qual, estaria ausente qualquer violação à Constituição, não podendo, destarte, o recurso ser conhecido.

No RE n. 195.192/RS,³⁸⁵ dessa vez tratando do fornecimento de remédio para tratamento de condição conhecida como fenilcetonúria, o Min. Marco Aurélio pontuou que: “O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente.”³⁸⁶

O Min. Celso de Mello, no RE n. 267.612/RS,³⁸⁷ em decisão que serve de base para boa parte das suas manifestações posteriores sobre a questão, inclusive o RE n. 232.355/RS³⁸⁸, o RE n. 273.284/RS³⁸⁹ e o RE n. 271.286 AgRg/RS,³⁹⁰ pontuou que, a se ver no dilema de escolher entre garantir o direito à vida de um cidadão e fazer respeitar os interesses financeiros do Estado, apenas resta ao julgador que opte por “aquela [decisão] que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana”.³⁹¹ O Ministro ressalta que não se pode perder de vista que: “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República.”³⁹² Desse modo, o caráter programático do art. 196 não se pode converter:

[E]m promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.³⁹³

Com efeito, a importância de garantir o direito de saúde a todos, conforme preceitua a Constituição da República em seu art. 196, impõe ao Poder Público, seja União, Estado,

³⁸³ STF, RE n. 226.835/RS, Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ 10/03/2000. p. 450.

³⁸⁴ STF, RE n. 226.835/RS, Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ 10/03/2000. p. 451.

³⁸⁵ STF, RE n. 195.192/RS, Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ 31/03/2000.

³⁸⁶ STF, RE n. 195.192/RS, Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ 31/03/2000. p. 272.

³⁸⁷ STF, RE n. 267.612/RS, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 23/08/2000.

³⁸⁸ STF, RE n. 232.335/RS, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 25/08/2000.

³⁸⁹ STF, RE n. 273.834/RS, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 18/09/2000.

³⁹⁰ STF, RE n. 271.286 AgRg/RS, Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 24/11/2000.

³⁹¹ STF, RE n. 267.612/RS, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 23/08/2000. s/p.

³⁹² STF, RE n. 267.612/RS, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 23/08/2000. s/p.

³⁹³ STF, RE n. 267.612/RS, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 23/08/2000. s/p.

Distrito Federal ou Município “um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.”³⁹⁴ Assim:

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.³⁹⁵

Em diversos acórdãos seguintes, das duas Turmas, as decisões limitaram-se a citar os precedentes aqui já mencionados, sem lhes acrescentar nada que seja digno de nota. Nesse sentido, apenas para citar alguns exemplos, o RE n. 273.042 AgRg/RS,³⁹⁶ o RE n. 267.479 AgRg/RS³⁹⁷ e o RE n. 293.379/RS.³⁹⁸

No AI n. 468.961/MG,³⁹⁹ o Min. Celso de Mello, proferiu decisão de idêntico teor ao da relatada acima, mas em um processo que não provinha do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e sim, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, levantando qualquer suspeita de que a obrigação de fornecimento de medicamentos se restringiria àquele Estado. Da mesma forma, no RE n. 411.557/DF,⁴⁰⁰ o Min. Cezar Peluso, utilizando como fundamento a decisão padrão do Min. Celso de Mello, indicou que era responsabilidade, também, do Distrito Federal fornecer medicamentos a paciente carente. Depois, são mantidos acórdãos, nesse sentido, de diversos Estados, por exemplo, Paraná,⁴⁰¹ São Paulo⁴⁰² e Rio de Janeiro.⁴⁰³

O STF começa também a admitir – ou pelo menos a não reformar – decisões que determinavam o sequestro de verbas públicas para dar eficácia às determinações de fornecimento de medicamentos, tal como se pode ver no AI n. 597.182 AgRg/RS,⁴⁰⁴ no AI n. 635.766/RS,⁴⁰⁵ no AI n. 622.703/RS⁴⁰⁶ e, para citar exemplo recente, no AI n. 669.479/RS.⁴⁰⁷

³⁹⁴ STF, RE n. 267.612/RS, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 23/08/2000. s/p.

³⁹⁵ STF, RE n. 267.612/RS, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 23/08/2000. s/p.

³⁹⁶ STF, RE n. 273.042 AgRg/RS, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 21/03/2001.

³⁹⁷ STF, RE n. 268.479 AgRg/RS, Min. Sydney Sanches, 1ª Turma, DJ 01/02/2002.

³⁹⁸ STF, RE n. 293.379/RS, Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 08/08/2002.

³⁹⁹ STF, AI n. 468.961/MG, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 05/05/2004.

⁴⁰⁰ STF, RE n. 411.557/DF, Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ 26/10/2004.

⁴⁰¹ STF, RE n. 342.413/PR, Min. Ellen Gracie, decisão monocrática, DJ 09/11/2004.

⁴⁰² STF, RE n. 297.276/SP, Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ 17/11/2004.

⁴⁰³ STF, AI n. 486.816 AgRg/RJ, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 06/05/2005.

⁴⁰⁴ STF, AI n. 597.182 AgRg/RS, Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ 06/11/2006.

⁴⁰⁵ STF, AI n. 635.766/RS, Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 13/03/2007.

⁴⁰⁶ STF, AI n. 622.703/RS, Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, DJ 16/03/2007.

Atualmente estão pendentes os julgamentos de dois recursos extraordinários, cuja repercussão geral foi admitida pelo Tribunal, relativos à questão dos medicamentos. Um tratando da obrigação do Estado de fornecer medicamentos de alto custo – o RE n. 566.471/RS, relatado pelo Min. Marco Aurélio⁴⁰⁸ – e outro referente à possibilidade de bloqueio de verbas públicas para garantir o cumprimento de decisão que determine o fornecimento de medicamento pelo Estado – o RE n. 607.582/RS, relatado pelo Min. Ellen Gracie.⁴⁰⁹

3.5.2 Garantia de ensino básico pré-escolar – a questão das creches

Outro exemplo famoso de interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas é aquele que se relaciona com a garantia de acesso de crianças, de zero a seis anos, ao ensino pré-escolar. A história aqui não é muito distinta daquela do fornecimento de medicamentos. Fazendo a trajetória da questão, pelo prisma do STF, é possível encontrar, como um primo mais novo – talvez a ovelha negra da família – da linha de precedentes que solidificaria a posição do Tribunal a respeito da matéria, a Pet n. 2.836 QO/RJ, em que Supremo Tribunal deu efeito suspensivo a recurso extraordinário, interposto pelo Município do Rio de Janeiro que havia sido condenado pelo Tribunal de Justiça daquele Estado a construir, no prazo de um ano, creches em diversos bairros da cidade de modo a garantir que 100% das crianças tivessem acesso ao ensino pré-escolar.⁴¹⁰ Segundo o Min. Carlos Velloso, decisão como aquela dada pelo Tribunal *a quo* violaria o art. 2º da CRFB/88, bem como a determinação constitucional de previsão orçamentária para realização de gasto público (art. 167 da CRFB/88).⁴¹¹

Depois, disso o Min. Nelson Jobim se negou a conhecer de recurso extraordinário interposto pelo Município de Santo André contra acórdão que presumivelmente garantiu a criança vaga em creche na cidade. Presumivelmente porque a única menção ao mérito da questão está na ementa. O resto do acórdão se limitou a decidir que o recurso não poderia ser

⁴⁰⁷ STF, AI n. 669.479/RS, Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, DJ 18/12/2009.

⁴⁰⁸ Repercussão Geral admitida no RE n. 566.471 RG/RS, Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 07/12/2007.

⁴⁰⁹ Repercussão Geral admitida no RE n. 607.582 RG/RS, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 27/08/2010.

⁴¹⁰ STF, Pet n. 2.836 QO/RJ, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 14/03/2003.

⁴¹¹ STF, Pet n. 2.836 QO/RJ, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 14/03/2003.

conhecido em virtude da ausência de prequestionamento.⁴¹² Coisa semelhante se deu em outro recurso ajuizado pelo mesmo Município, cujo mérito era idêntico e que não foi conhecido porque, dessa vez, não haviam se esgotado os recursos ordinários, tendo sido interposto o extraordinário quando ainda eram cabíveis embargos infringentes.⁴¹³

A primeira vez que algum dos Ministros do STF enfrentou o tema, ainda que para também não conhecer do recurso extraordinário interposto pela municipalidade, aconteceu no AI n. 455.802/SP,⁴¹⁴ no qual o Min. Marco Aurélio afirma – em decisão replicada em outras oportunidades, por exemplo, no RE n. 411.518/SP⁴¹⁵ e no RE n. 401.673/SP⁴¹⁶ – depois de lembrar dos objetivos fundamentais da República plasmados no art. 3º da Constituição e antes de lamentar as atitudes nefastas de menosprezo “àqueles que não têm como prover as despesas necessárias a uma vida em sociedade que se mostre consentânea com a natureza humana”⁴¹⁷, que:

[C]onforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa. Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga.⁴¹⁸

Dois meses depois desse provimento, o Min. Carlos Velloso, citando as decisões acima mencionadas, também expressou entendimento mais substancial sobre a questão, quando lembrou que a EC n. 14/96 acrescentou o § 2º ao art. 211 da CRFB/88 determinando que: “Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.”⁴¹⁹ Além disso, o Ministro entendeu que:

[N]ão há falar haja o acórdão contrariado o disposto no art. 2º, C.F. É que cabe ao Judiciário fazer valer, no conflito de interesses, a vontade concreta da lei e da Constituição. Se assim procede, estando num dos pólos da ação o Estado, o fato de o Judiciário decidir contra a pretensão deste não implica, evidentemente, ofensa ao princípio da separação dos poderes, convindo esclarecer que, conforme lição de Balladore Palieri, constitui característica do Estado de Direito sujeitar-se o Estado à Jurisdição.⁴²⁰

⁴¹² STF, AI n. 410.646 AgRg/SP, Min. Nelson Jobim, 2ª Turma, DJ 19/09/2003.

⁴¹³ STF, AI n. 403.822 AgRg/SP, Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 26/09/2003.

⁴¹⁴ STF, AI n. 455.802/SP, Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 05/03/2004.

⁴¹⁵ STF, RE n. 411.518/SP, Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 26/03/2004.

⁴¹⁶ STF, RE n. 401.673/SP, Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 19/04/2004.

⁴¹⁷ STF, AI n. 455.802/SP, Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 05/03/2004. s/p.

⁴¹⁸ STF, AI n. 455.802/SP, Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 05/03/2004. s/p.

⁴¹⁹ STF, RE n. 402.024/SP, Min. Carlos Velloso, decisão monocrática, DJ 27/10/2004. s/p.

⁴²⁰ STF, RE n. 402.024/SP, Min. Carlos Velloso, decisão monocrática, DJ 27/10/2004. s/p.

De modo semelhante ao que se deu com a questão de fornecimento de medicamentos, depois de já assentados alguns precedentes e delineada a orientação da Corte, o Min. Celso de Mello proferiu decisão mais substancial sobre a questão que depois se tornou paradigmática. No caso ora tratado, isso se deu no RE n. 436.996/SP.⁴²¹ O Ministro começa seu raciocínio indicando que o direito à educação é dos mais importantes entre aqueles consignados na Constituição e que seu adimplemento:

[I]mpõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num "facere", pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, "às crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV).⁴²²

O Min. Celso de Mello continua aduzindo que, desse modo, a garantia desse direito não pode ser menosprezada pelo Poder Público “sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípua destinatário.”⁴²³ Portanto, a inação do Estado, em virtude do caráter constitucional do direito à educação, configuraria “uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público”.⁴²⁴ Dessa forma, dada “a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte”,⁴²⁵ caberia ao STF “tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais”.⁴²⁶ Do contrário, “restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público.”⁴²⁷

O Ministro concede que não cabe, ordinariamente, ao Judiciário se incumbir da formulação e implantação de políticas públicas, questões mais afetas ao Executivo e ao Legislativo. Todavia, caberá ao Judiciário assumir tal missão quando:

[O]s órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal

⁴²¹ STF, RE n. 436.996/SP, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 07/11/2005.

⁴²² STF, RE n. 436.996/SP, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 07/11/2005. s/p.

⁴²³ STF, RE n. 436.996/SP, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 07/11/2005. s/p.

⁴²⁴ STF, RE n. 436.996/SP, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 07/11/2005. s/p.

⁴²⁵ STF, RE n. 436.996/SP, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 07/11/2005. s/p.

⁴²⁶ STF, RE n. 436.996/SP, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 07/11/2005. s/p.

⁴²⁷ STF, RE n. 436.996/SP, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 07/11/2005. s/p.

comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.⁴²⁸

Ademais, conforme se posiciona o Min. Celso de Mello, não obstante haver que se considerar que a implementação de certos direitos garantidos pela Constituição dependa das possibilidades orçamentárias e financeiras do Ente Público, não será lícito que o Estado se furte à implementação de tais direitos, “quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”⁴²⁹ De tal maneira, o Município não pode olvidar de suas responsabilidades constitucionais “com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade”.⁴³⁰ Remata o Min. Celso de Mello que:

[A] ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, § 2º), da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário “às crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV).⁴³¹

Como dito, a referida decisão se tornou base para a jurisprudência posterior do Tribunal sobre o assunto, sendo não apenas replicada pelo Min. Celso de Mello em diversas ocasiões como, por exemplo, no RE n. 410.715 AgRg/SP⁴³² e no RE n. 472.707/SP,⁴³³ e não somente para manter as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, como também, para reformar acórdão desse Tribunal proferido em desconformidade com a jurisprudência do STF, tal como se deu no RE n. 600.419/SP,⁴³⁴ como também servindo de fundamento de decisões de outros Ministros, como por exemplo, no RE n. 438.493/SP.⁴³⁵

⁴²⁸ STF, RE n. 436.996/SP, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 07/11/2005. s/p.

⁴²⁹ STF, RE n. 436.996/SP, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 07/11/2005. s/p.

⁴³⁰ STF, RE n. 436.996/SP, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 07/11/2005. s/p.

⁴³¹ STF, RE n. 436.996/SP, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 07/11/2005. s/p.

⁴³² STF, RE n. 410.715 AgRg/SP, Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 03/02/2006.

⁴³³ STF, RE n. 472.707/SP, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 04/04/2006.

⁴³⁴ STF, RE n. 600.419/SP, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 25/09/2009.

⁴³⁵ STF, RE n. 438.493/SP, Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, DJ 12/12/2005.

A Min. Carmen Lúcia, em suas decisões, como naquela dada no AI n. 564.035/SP,⁴³⁶ acrescenta, por sobre a jurisprudência consolidada do Tribunal, que:

De se enfatizar que a educação compõe o mínimo existencial, de atendimento estritamente obrigatório pelo Poder Público, dele não podendo se eximir qualquer das entidades que exercem as funções estatais. O mínimo existencial afirma o conjunto de direitos fundamentais sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada. E não se há de admitir ser esse princípio mito jurídico ou ilusão da civilização, mas dado constitucional de cumprimento incontornável, que encarece o valor de humanidade que todo ser humano ostenta desde o nascimento e que se impõe ao respeito de todos.⁴³⁷

Destarte, conforme dito pela Min. Ellen Gracie, em acórdão recente sobre a matéria:

Ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal consolidaram entendimento em torno da matéria para reconhecer que a educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, devendo o Estado criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares.⁴³⁸

3.6 Iniciando o desvendamento do ativismo judicial: a comparação estrutural entre o Recurso Extraordinário n. 579.951/RN e o Mandado de Segurança n. 27.483/DF

É preciso que se diga, de início, que as alegações de que certas decisões do STF estariam impregnadas de ativismo judicial têm mérito. No entanto, o que se pretende aqui é demonstrar que o mérito dessas alegações tem que ser melhor analisado, à luz de outras premissas. Já se tratou de algumas questões que, segundo a melhor doutrina, teriam sido decididas pelo Supremo Tribunal Federal em infração aos limites a ele impostos pela Constituição. Cumpre agora escrutinar a estrutura argumentativa desses acórdãos para tentar divisar o que é que eles têm de tão especial, para tentar entender o que o STF teria feito de diferente nesses casos que teria tornado sua atuação ilegítima. Um bom primeiro teste para esse método é a comparação entre a estrutura argumentativa do RE n. 579.951/RN⁴³⁹ – que tratou do nepotismo e que foi indicado como uma hipótese na qual o Supremo teria imposto ao Poder Público condutas sem bases constitucionais explícitas para tal – e o MS n.

⁴³⁶ STF, AI n. 564.035/SP, Min. Carmen Lúcia, decisão monocrática, DJ 15/05/2007.

⁴³⁷ STF, AI n. 564.035/SP, Min. Carmen Lúcia, decisão monocrática, DJ 15/05/2007. s/p.

⁴³⁸ STF, RE n. 464.143 AgR/SP, Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 19/02/2010. p. 558.

⁴³⁹ STF, RE n. 579.951/RN, Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 24/10/2008.

27.483/DF⁴⁴⁰ – que trata da delimitação de competência das CPI's e no qual o Tribunal, apesar de interferir no funcionamento de um outro Poder, não teria extrapolado a sua competência.

3.6.1 A estrutura argumentativa do Mandado de Segurança n. 27.483/DF

No caso das CPI's tinha-se um conflito de normas. Aparentemente, o § 3º do art. 58 da Constituição da República de 1988 determinava que a Companhia Telefônica deveria entregar as informações protegidas pelo sigilo. Por outro lado, o art. 325 do Código Penal e o art. 10 c/c art. 1º da Lei Ordinária n. 9.296/96 determinavam a conduta diversa. A Corte decidiu que o dispositivo constitucional não tinha o alcance que o Poder Legislativo entendia e que, na verdade, não estaria incluído dentro dos seus poderes aquele de requisitar informações obtidas por meio de escutas telefônicas que estivessem sob o pálio de sigilo judicial. Em que base ela tomou tal decisão será analisado em seguida.

O Tribunal partiu da premissa de que alguns poderes das autoridades judiciais não são extensíveis às CPI's, tudo isso apesar do texto aparentemente claro do § 3º do art. 58 da CRFB/88. Isso porque, com base em outras normas constitucionais, foi possível determinar que a norma expressa pelo § 3º do art. 58 não é exatamente aquela que se pode ler do texto desse dispositivo. O Tribunal se utilizou de uma série de argumentos – que os Ministros entendem calcados na Constituição – para dizer que, na verdade, a norma contida no citado dispositivo constitucional é, não exatamente aquela ali expressa, mas algo como: “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, *exceto aqueles que fazem parte de matéria de reserva jurisdicional*, [...]”. Conforme enunciou o Min. Cezar Peluso, existem certas matérias que são “de competência privativa do Poder Judiciário, ou seja, matéria da chamada **reserva jurisdicional**, onde o Judiciário tem, não apenas a primeira, mas também a última palavra.”⁴⁴¹ Desse modo, conforme consta da ementa do acórdão, é oponente às CPI's o sigilo de justiça das informações obtidas por meio de escutas telefônicas.

Parece certo que em dado momento a discussão passou pela questão de saber se a requisição de informações obtidas por meio de escutas telefônicas sob sigilo judicial seria

⁴⁴⁰ STF, MS n. 27.483 Ref-MC/DF, Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 10/10/2008.

⁴⁴¹ STF, MS n. 27.483 Ref-MC/DF, Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 10/10/2008. p. 194.

poder de investigação ou não, o que tornaria a discussão, nesse sentido, de conteúdo preponderantemente semântico. Isso pode ser observado inclusive na ementa do acórdão que contém o seguinte: “Requisição, às operadoras, de cópias de ordens judiciais e dos mandados de interceptação. Inadmissibilidade. Poder que não tem caráter instrutório ou de investigação.”⁴⁴² Todavia, fosse esse o fundamento da decisão, ela seria uma decisão fraca e facilmente criticável. Isso porque a discussão passaria a girar em torno da definição do conceito de “poder de investigação” e, nessa linha, seria simples argumentar que, em certas investigações, o poder de requisitar informações que estão sob sigilo judicial é fundamental e que, dessa forma, não se pode considerar esse poder como não sendo de investigação. O Min. Celso de Mello, discutindo se a Corte Suprema teria o poder de requisitar informações, cujo sigilo foi decretado por outra autoridade judicial, coloca um argumento que torna muito claro o que acima foi dito. Assim aduz o Ministro que:

Não é oponível, ao Relator da causa nesta Corte Suprema, **bem assim** a este próprio Tribunal, **o sigilo judicial** referente a matéria sob investigação penal **ou** veiculada em processo judicial, **sob pena** de as autoridades apontadas como coatoras – **sejam elas** autoridades judiciárias, policiais **ou** administrativas – criarem, em torno de si, **um inadmissível** círculo de proteção, que, **encobridores** eventuais atos arbitrários, ilícitos ou abusivos, **culmine por frustrar** o exercício da jurisdição que a Constituição da República **outorgou** ao Supremo Tribunal Federal.⁴⁴³

Portanto, seguindo a linha do Min. Celso de Mello, o poder de requisitar informações sob sigilo judicial é de investigação e é próprio de autoridade judicial, de tal modo que ele deveria pertencer também às CPI’s, o que, contudo, não deve ser o caso. Porque não é o caso? Para o Min. Cezar Peluso não estaria de acordo com o sistema constitucional pátrio que as CPI’s tenham poderes de modificar ou reformar decisões dadas por membros do Judiciário, inclusive aquela que determina o segredo de justiça nalgum processo. Ademais, a Constituição deixa “à estima exclusiva do Poder Judiciário”⁴⁴⁴ o poder de interferir no direito garantido no art. 5º, X, da CRFB/88, não sendo esse extensível às CPI’s. O que se pode perceber disso é que a *ratio* da decisão está ligada à separação entre os Poderes determinada pela Constituição e ao respeito ao direito de intimidade daqueles cujos processos correm em segredo de justiça.

No decorrer do processo esse argumento foi evoluindo e tomando mais corpo. O Min. Cezar Peluso, mais à frente, afirma que não cabe às CPI’s atuarem como corregedoria

⁴⁴² STF, MS n. 27.483 Ref-MC/DF, Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 10/10/2008. p. 189.

⁴⁴³ STF, MS n. 27.483 Ref-MC/DF, Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 10/10/2008. p. 220.

⁴⁴⁴ STF, MS n. 27.483 Ref-MC/DF, Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 10/10/2008. p. 195.

judicial. Nesse ponto, a Min. Carmen Lúcia intervém: “Nesse caso, quebra-se o princípio da separação dos Poderes.”⁴⁴⁵ Com isso, o argumento da violação à separação de poderes ganha mais corpo. Quer dizer, não só é vedado às CPI’s requisitar informações de processos sob sigilo de justiça porque isso importaria em as Comissões modificarem decisão de um membro do Judiciário, mas também porque não caberia a elas atuarem na fiscalização deste. Esse argumento se baseia, assim, numa ideia muito mais geral, aquela contida no art. 2º da Constituição, segundo o qual os Poderes são independentes e harmônicos. Nesse sentido, quanto menos um Poder interferir no outro, melhor seria do ponto vista constitucional. Em outras palavras, com esse argumento a Corte quer dizer que os poderes das autoridades judiciais que se estendem às CPI’s devem ser determinados levando em consideração a separação dos Poderes. Assim, conforme argumentou a Corte, esses poderes não devem se estender a ponto de dar às CPI’s prerrogativa de interferir em questões que são próprias do Judiciário. Dentre elas está aquela de servir de órgão revisor ou de Corregedoria Judicial. Até porque, a Constituição já tem mecanismos próprios para o exercício de cada uma dessas funções.

A questão nesse argumento é, contudo, pouco palpável e outros pontos poderiam ter entrado na discussão. Por exemplo, dizer que as CPI’s não têm poderes de investigação sobre atos de outros Poderes é retirar dela prerrogativas que talvez não sejam consentâneas com o esquema constitucional brasileiro. É certo que cabe às CPI’s fiscalizarem a atuação do Executivo. Seria esse dever de fiscalização voltado apenas aos atos do Executivo – a par do que dispõe o art. 49, X, da Constituição – não se estendendo ele aos atos do Judiciário – dada a falta de previsão constitucional expressa de que cabe ao Legislativo fiscalizar também a atuação do Judiciário – ou, pelo contrário – até em face do que dispõe o art. 52, II, da CRFB/88 e, talvez, até da ideia de freios e contrapesos sob a qual foi construído o sistema de separação de Poderes – dependendo do fato, poderia o Legislativo investigar, inclusive através de CPI, fatos relativos ao Poder Judiciário? São várias perguntas, dentre outras que alguém mais poderia lembrar, que devem ser levadas em consideração na discussão que envolve a limitação do art. 58, §3º em face do art. 2º, ambos da CRFB/88, questão que se torna ainda mais complexa se levado em conta que, ao final, a Corte entendeu que as CPI’s poderiam ter acesso a certas informações relativas às escutas telefônicas. Em termos mais teóricos, a limitação do conteúdo normativo da regra contida no art. 58, § 3º da Constituição, em face do princípio da separação dos Poderes, daria ao acórdão, se fosse apenas disso que se

⁴⁴⁵ STF, MS n. 27.483 Ref-MC/DF, Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 10/10/2008. p. 222.

tratasse, uma feição completamente distinta daquela que de fato teve a decisão. Dessa maneira, essas diversas discussões possíveis não entraram na equação do Mandado de Segurança ora discutido, até porque a Corte não se aprofundou no argumento da separação de Poderes, conquanto seja razoável supor que esse princípio tenha ficado subjacente a todo o raciocínio desenvolvido. O importante aqui é só verificar que esses raciocínios subjacentes, até porque a decisão, nas palavras do Min. Cezar Peluso, era intuitiva e porque ela estava calcada na jurisprudência da Casa sobre o assunto, são fundamentais para construir a racionalidade da Corte em torno dessa decisão e expor a sua estrutura.

Contudo, o Min. Carlos Britto acabou, em um parágrafo, fora de seu voto, em uma discussão com os outros Ministros, fornecendo o argumento que talvez seja o mais consistente do acórdão. Segundo ele:

Os poderes investigatórios ou instrutórios que são próprios dos juízes as CPI's também têm, mas para cumprimento dos fins que são próprios das CPI's. Dentre esses fins, não se encaixam, rigorosamente, a investigação criminal, a instrução criminal, usadas pela Constituição para o específico fim de quebra de sigilo telefônico, mediante ordem judicial.⁴⁴⁶

A menção é ao inciso XII do art. 5º do Diploma Constitucional:

Art. 5º. [...]

[...]

XII – É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Argumento semelhante já havia sido utilizado pela Corte em pelo menos duas oportunidades,⁴⁴⁷ quando o Min. Celso de Mello afirmou que o princípio constitucional da reserva de jurisdição “incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação de prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI).”⁴⁴⁸

O argumento do Min. Carlos de Britto, que espelha o do Min. Celso de Mello, é interessante porque combina de maneira orgânica as duas linhas argumentativas trilhadas pela Corte. Ele aponta uma aparente incompatibilidade entre dispositivos constitucionais. Aparente porque no caso não há qualquer conflito. A questão, subjacente ao argumento do Min. Carlos

⁴⁴⁶ STF, MS n. 27.483, Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 10/10/2008. p. 222.

⁴⁴⁷ STF, MS n. 23.452/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 12/05/2000 e no MS n. 23.652/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 16/02/2001.

⁴⁴⁸ STF, MS n. 23.652/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 16.02.2001. p. 132.

Britto, pode ser reduzida a termos lógicos. As CPI's têm os mesmos poderes que as autoridades judiciais (art. 58, §3º, da CRFB/88). As autoridades judiciais podem violar o sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação penal ou instrução processual penal. A promoção da responsabilidade criminal de fatos apurados pela CPI's se dá posteriormente pelo Ministério Público. Logo, as investigações na seara das CPI's não têm caráter instrutório criminal ou processual penal, por consequência, elas não têm o poder de quebrar o sigilo telefônico de alguém.

O raciocínio segue: Ao requisitar informações que estão sob sigilo por serem fruto de interceptação telefônica, que só foi possível em vista da sua utilidade na instrução de processos criminais, as CPI's estão violando o sigilo telefônico de alguém sem ser para fim de instrução criminal. Logo, levando em conta as premissas acima, as CPI's não poderiam ter acesso a essas informações sem violar o disposto no art. 5º, XII, da Constituição. Portanto, não pode estar incluído entre os poderes das CPI's aquele de ter acesso a interceptações telefônicas porque esse poder, conquanto inerente às autoridades judiciárias, só pode ser usado, mesmo por elas, para instrução criminal.

Esse argumento é interessante porque, sem se perder nos meandros de dispositivos como aqueles contidos nos arts. 2º e 5º, X, da CRFB/88, busca uma fundamentação mais direta e concreta no art. 5º, XII, da CRFB/88, levando, contudo, a uma solução que privilegia os valores protegidos naqueles outros dispositivos. Isso é importante se se leva em consideração que seria possível argumentar, por exemplo, que como o material coletado pelas CPI's, caso encaminhado para o Ministério Público, acaba se tornando parte da instrução criminal, servindo, ao menos indiretamente, para o fim determinado constitucionalmente. O argumento se torna relevante aí porque, nesse ponto, em que se oferecem duas soluções possíveis, a consideração de que a não extensão desse tipo de poder à CPI pode ser mais consentânea com o esquema constitucional é determinante. Isso porque, independente do conceito de instrução criminal que se queira utilizar, atenderia melhor ao quadro geral da Constituição uma solução como essa, que leva em conta o conteúdo normativo, não só do dispositivo discutido (art. 5º, XII, CRFB/88), mas também do art. 2º e do art. 5º, X, ambos da CRFB/88, do que aquela outra decisão que estenda esse poder às CPI's.

Posto isso, cumpre lembrar que a decisão foi além. No final das contas, o Tribunal entendeu que as CPI's poderiam obter diversos dados sobre as escutas telefônicas autorizadas pela Justiça, elas só não poderiam ter acesso àqueles dados que poderiam levar à identificação das pessoas escutadas e dos processos nos quais elas foram autorizadas. Essa lembrança é interessante por uma série de motivos, por ora o importante é focar no porquê de a Corte ter

entendido que as CPI's tinham poder para requisitar algumas informações sobre a questão ora tratada. O Min. Cezar Peluso lembra, nesse sentido, que “nem sequer as próprias atividades estatais de repressão a crime podem, no Estado Democrático de direito, desenvolver-se à margem ou a revelia da lei.”⁴⁴⁹ Seria, então, da competência desse órgão do Legislativo investigar a atuação do Judiciário como um todo, na verificação, através de dados desprendidos de ações individuais, do exercício de suas prerrogativas legais e constitucionais. Mais uma vez pode-se dizer que subjacente ao argumento está o disposto no art. 2º da CRFB/88, dessa vez, funcionando em favor do Legislativo. Tudo isso, sem perder de vista o que determina o art. 5º, X, da CRFB/88 com o objetivo de preservá-lo. Quer dizer, as informações que o Supremo afirmou poderem ser requisitadas pelas CPI's não violam a intimidade de alguém – além do que já havia se dado com a escuta original – porque não indica quem ou o quê foi ouvido.

Portanto, pode-se determinar que a linha argumentativa final da decisão é a de que as CPI's não têm poderes para obter informações decorrentes de interceptações telefônicas porque essas só podem ser utilizadas para fins de instrução penal, não sendo possível que se entenda que essa instrução possa abranger também os trabalhos da CPI,⁴⁵⁰ porque isso se coaduna com uma divisão harmônica e independente dos Poderes e com os direito à intimidade daqueles cujas comunicações telefônicas foram ouvidas. As CPI's, por outro lado, têm poderes para requisitar uma série de informações que podem levar a uma apreciação da atuação do Judiciário, devendo ser preservado, contudo, o sigilo do conteúdo das escutas e da identidade dos escutados.

3.6.2 A estrutura argumentativa do Recurso Extraordinário n. 579.951/RN

No Recurso Extraordinário⁴⁵¹ em comento o problema que se apresentou à Corte era o seguinte: na falta de uma norma específica – seja constitucional, seja legal, que determinasse a proibição de indicação para ocupação de cargo público de livre nomeação de parente de servidor público, da mesma forma que o art. 297 do Código de Processo Civil determina que o prazo para contestar é de 15 dias – essa conduta é permitida em face do que estabelece o art.

⁴⁴⁹ STF, MS n. 27.483, Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 10/10/2008. p. 198.

⁴⁵⁰ Inclusive em deferência ao STF, HC n. 71.039/RJ, Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, RDA 199/205 que determinou que as CPI's não têm poderes penais.

⁴⁵¹ STF, RE n. 579.951/RN, Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 24/10/2008.

37, *caput*, da Constituição da República de 1988. De início, apesar da grande notoriedade, é interessante trazer seu texto, com a redação que lhe foi dada pela EC n. 19/98: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

Assim, diante do problema colocado pelo Recurso Extraordinário, conforme acima mencionado, cumpria à Corte julgar se, ao nomear parentes de servidores públicos para cargos públicos de livre nomeação, esses servidores, integrantes da Administração Pública, estariam desobedecendo a algum dos princípios elencados no art. 37. A decisão da Corte partiu da ideia de que o *caput* do art. 37 estabelece algumas normas, normas essas que condicionam a validade dos atos administrativos. Assim, o ato administrativo que não obedecer à legalidade, à impessoalidade, à moralidade, à publicidade e à eficiência deverá ser considerado, ao menos *prima facie*, inválido. Nesse ponto, é interessante notar que um problema que é enfrentado pelo acórdão logo no início é o semântico. Com efeito, as significantes legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência não encontram definição semântica inequívoca e, por consequência, não existe acordo sobre quais são as condutas que são exigidas, proibidas ou permitidas com base em normas que determinem a obediência a tais termos, justamente como se dá com o *caput* do art. 37. Todavia, tal como expresso pelo Min. Gilmar Mendes: “A indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não podem ser um obstáculo à determinação da regra de proibição ao nepotismo.”⁴⁵² Em outras palavras, a Corte entendeu que, efetivamente, o princípios insculpidos no *caput* do art. 37 prescrevem certas condutas, mesmo que não fosse possível, a princípio, individuar exatamente quais seriam elas. Apesar dessa incerteza, o dado inicial do problema indica que ao menos algumas condutas, posto que não todas, podem ser tidas como comandadas, proibidas ou permitidas com base nesse dispositivo constitucional.

Isso ficou comprovado, por exemplo, quando, em outra oportunidade, o Min. Nelson Jobim sequer gastou caneta, possivelmente por entender curial, para suspender regra editalícia que estabelecia que não deveriam ser divulgados os nomes dos candidatos aprovados em um concurso público, mas apenas o seu número de inscrição, se limitando a dizer que nesse caso “há aparente ofensa ao princípio da publicidade”.⁴⁵³ Assim, assentado que o *caput* do art. 37 da CRFB/88 pode efetivamente prescrever condutas específicas à Administração Pública, cumpre apenas saber se dentre as condutas proibidas por esse dispositivo está a prática do

⁴⁵² STF, ADC n. 12 MC/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 01/09/2006. p. 73.

⁴⁵³ STF, ADI n. 2.206 MC/AL, Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, DJ 01/08/2003. p. 6.975.

nepotismo. Como visto a Corte entendeu que sim. Isso não foi feito através de uma profunda discussão semântica sobre qual é exatamente o significado dos termos constantes do dispositivo constitucional sob comento, mas por meio do entendimento de que essa norma tinha uma finalidade, de que ela protegia um valor e que a prática do nepotismo não estava de acordo com essa finalidade, com esse valor. O Min. Ricardo Lewandowski deixa isso muito claro: “A Constituição de 1988, em seu art. 37, *caput*, preceitua que a Administração Pública rege-se por princípios destinados a resguardar o interesse público na tutela dos bens coletivos”.⁴⁵⁴ Essa é a finalidade que a Corte enxergou no citado dispositivo: resguardar o interesse público na tutela dos bens coletivos. Quer dizer, não se tratou aqui, como visto, de determinar o significados dos termos contidos no dispositivo. Como notado, a discussão não é semântica. O Tribunal não ficou debatendo regras para o correto uso do termo impessoalidade, na esperança que, uma vez determinadas tais regras semânticas de utilização desse termo, se tornasse claro se ele permitia ou não a conduta examinada. Muito antes pelo contrário, não apenas nesse acórdão, mas em outros analisados, a questão semântica nunca passou da periferia da linha argumentativa central, cujo fundamento sempre esteve no princípio que justifica a adoção da norma, em outras palavras, na sua finalidade. Uma vez fixada a finalidade do art. 37, a Corte pode facilmente constatar, independente de qual é exatamente o significado de cada um dos termos desse dispositivo, que *não* resguarda o interesse público, na maior parte dos casos, a contratação de parentes de servidores públicos para cargo de livre nomeação. Destarte, no final das contas, foi a finalidade que a Corte enxergou na norma que balizou a determinação das condutas que eram prescritas por ele.

Essa conclusão se reforça ainda mais se levarmos em conta as considerações foram feitas pelo Tribunal em seguida. O Min. Ricardo Lewandowski enxerga que a moralidade e a impessoalidade: “exigem que o agente público paute a sua conduta por padrões éticos que têm como fim último lograr a consecução do bem comum, seja qual for a esfera de poder ou nível político-administrativo da Federação que atue.”⁴⁵⁵ Ele também menciona que o Constituinte, originário e derivado, “instituiu balizas de natureza cogente para coibir quaisquer práticas, por parte dos administradores públicos que, de alguma forma, pudessem buscar finalidade diversa do interesse público.”⁴⁵⁶

Portanto, a linha argumentativa da Corte nesse caso é muito clara: O *caput* do art. 37 tem carga normativa própria, podendo, por si, estabelecer condutas que são prescritas,

⁴⁵⁴ STF, RE n. 579.951/RN, Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 24/10/2008. p. 1.890.

⁴⁵⁵ STF, RE n. 579.951/RN, Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 24/10/2008. p. 1.891.

⁴⁵⁶ STF, RE n. 579.951/RN, Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 24/10/2008. p. 1.891.

proibidas ou permitidas, ficando a determinação dessas condutas dependente da finalidade desse dispositivo que é resguardar o interesse público na administração dos bens coletivos.

3.6.3 As semelhanças e distinções estruturais:

Recapitulando a estrutura das decisões: No caso das CPI's, a determinação do conteúdo normativo de um dispositivo (art. 58, §3º, da CRFB/88) foi determinado segundo uma interpretação que melhor privilegiava outras normas constitucionais pertinentes (art. 2º e art. 5º, X, ambos da CRFB/88), com a aplicação de uma norma constitucional específica ao caso (art. 5º, XII, CRFB/88). No caso do nepotismo, afirmou-se que um dado dispositivo constitucional (art. 37, *caput*, CRFB/88) vedava uma certa conduta.

No final das contas, tanto um, quanto outro, foram decididos com a aplicação de uma única norma constitucional. É inegável, todavia, que as decisões têm uma diferença fundamental. No caso das CPI's havia uma norma que poderia ser aplicada diretamente à espécie. O art. 5º, XII, da CRFB/88, trata especificamente das escutas telefônicas e limita a sua constitucionalidade à utilização para fins de instrução penal. Ou seja, qualquer utilização que não seja para esses fins, importa em quebra inconstitucional do direito à intimidade e do sigilo das comunicações telefônicas das pessoas. Por outro lado, o *caput* do art. 37 da CRFB/88 não trata especificamente da contratação de parentes.

Nesse ponto, fica claro o que o Prof. Barroso quer dizer com suas duas categorias. Nas decisões que ele entende serem legítimas, o Supremo se limitou a aplicar ao caso concreto uma norma constitucional cujo suporte fático pode ser preenchido pelos fatos sob julgamento. O art. 5º, XII determina que é proibida a violação do sigilo da comunicação telefônica salvo por ordem judicial e para fins de investigação penal ou instrução processual penal. Ao requisitar informações decorrentes de interceptação telefônica para fins outros que não a investigação penal ou a instrução processual penal, a CPI realizou conduta típica prevista no art. 5º, XII, da CRFB/88, e ao fazê-lo em desconformidade com a citada norma constitucional, restou sua ação ilegal.

Como qualquer regra, o disposto no citado dispositivo constitucional teve que ser interpretado para ser aplicado e a sua interpretação privilegiou, sem dúvida, a eficácia de dispositivos constitucionais que contém princípios. Nesses casos, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal aplicou ao menos dois princípios no julgamento do caso concreto e

que a aplicação dessas normas foi determinante para o resultado final. No entanto, esses princípios foram mediatizados pelo disposto em uma regra, condicionando a sua interpretação e, nesse sentido, o estabelecimento do seu conteúdo normativo. A solução do caso, assim, foi dada pela aplicação de uma regra a um caso concreto que preenchia seu suporte normativo.

Por outro lado, nas decisões que o Professor julgou ilegítimas não se pode falar propriamente em realização de conduta típica. Da mesma forma que não seria aceitável um tipo penal que estabelecesse que: comete crime aquele que age injustamente,⁴⁵⁷ ou um tipo tributário – hipótese de incidência – que determinasse que: deve pagar tributo aquele que manifesta capacidade contributiva; não seria igualmente aceitável que alguma conduta fosse tida por proibida, permitida ou comandada porque o art. 37 da CRFB/88 dispõe que a Administração Pública deve respeitar a impessoalidade, a moralidade e a eficiência. Desse modo, da mesma forma como a Constituição impõe que, para que se estabelecesse alguma ação como criminosa (art. 5º, XXXIX, CRFB/88) ou tributável (art. 150, I, CRFB/88), o Congresso Nacional votasse uma lei e o Presidente da República a sancionasse, o mesmo procedimento seria, outrossim, exigível para que alguma conduta específica ficasse proibida, permitida ou comandada com base no que dispõe o art. 37 da CRFB/88.

Portanto, apenas seriam legítimas as decisões do Supremo que aplicam diretamente a Constituição ao caso concreto quando se puder divisar que o Constituinte efetivamente tomou uma decisão concreta para aquele tipo de caso. Assim, como existe uma decisão concreta na Constituição de que as interceptações telefônicas apenas podem ser usadas para fins de instrução e investigação penal, a regra do art. 5º, XII, da CRFB/88 é aplicável nas situações em que isso for pertinente, por outro lado, naquelas em que não pode ser vislumbrada na Constituição uma decisão política concreta, mas apenas uma decisão abstrata de que certo valor ou finalidade deve ser perseguido, não caberia ao Judiciário impor, em um processo, algumas condutas específicas com base nesse dispositivo, pois ele estaria extrapolando sua competência.

Assim, os dispositivos da Constituição que têm esse tipo de conteúdo funcionariam como guia para o caminho que deveria ser tomado pelo Legislativo – os representantes do povo, de quem todo poder deriva (art.1º, parágrafo único, da CRFB/88) – a quem caberia especificar quais são efetivamente as condutas exigíveis com base naquelas normas constitucionais. Caberia ao Judiciário, no máximo, atuar negativamente, ou seja, se a Casa

⁴⁵⁷ Na ADPF n. 46/DF, Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 26/02/2010, a Corte entendeu que o art. 42 da Lei Ordinária n. 6.538/78, que tipifica o crime de violação do privilégio postal da ECT, deveria ser interpretado em face do art. 9º do mesmo diploma, pois o seu texto puro e simples, por ser demasiadamente aberto, não estava de acordo com a Constituição.

Legislativa, eventualmente, criasse uma lei que, patentemente, não estivesse em acordo com aquelas outras normas citadas, caberia aos Juízes fulminá-la por inconstitucional.

No entanto, em diversas decisões proferidas pelo STF, o fundamento residiu justamente na aplicação direta desses princípios constitucionais por meio da derivação de normas constitucionais. São elas, na verdade, as grandes vilãs dessa história. Ninguém parece ver problema em o Supremo Tribunal Federal julgar seus casos conforme as regras estabelecidas pela Constituição, o que não se aceita é que ele adote regras novas para decidir. Assim, a análise minuciosa da estrutura argumentativa das decisões dadas nessas bases se faz então necessária, pois, apenas compreendendo as justificativas utilizadas pelo Tribunal para agir dessa maneira será possível ter uma noção melhor sobre a estrutura teórica necessária para investigar a legitimidade dessas decisões dentro do quadro constitucional pátrio.⁴⁵⁸

3.7 A lógica do sistema e a perda do mandato do parlamentar infiel

O que pode ser observado do acórdão que modificou o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da questão do parlamentar eleito pelo sistema proporcional que se desfilia do partido político pelo qual foi eleito é que houve derivação de uma norma constitucional como decorrência natural da lógica do sistema de representação proporcional para certos órgãos legislativos estabelecido pela Constituição.

A questão é saber porque essa lógica não foi, também, suficiente para fazer valer essa norma constitucional derivada em 1989. O texto e, em certo sentido, a interpretação do art. 45 da CRFB/88, eram os mesmos tanto na alvorada da Constituição de 1988 quanto atualmente. A primeira resposta para essa pergunta é indubitavelmente histórica e o depoimento do Min. Francisco Rezek é revelador nesse sentido. De fato, é estranho que a Constituição, tão prolífica para tratar de certos assuntos, tenha silenciado sobre a questão. Aqui se volta novamente à árida questão das lacunas tratada no primeiro capítulo e, como lá aduzido, tentar

⁴⁵⁸ IBAÑEZ. 2003. “O juiz não é um agente político nem um órgão de representação, pois lhe compete o desempenho de uma função de garantia, em última instância, da efectividade dos direitos fundamentais e, em geral, da observância da legalidade; daí decorre, como corolário, a sua exclusiva sujeição à Constituição e à lei e o seu distanciamento em relação ao sistema dos partidos. Porque a sua legitimação não pode depender do sufrágio, mas sim do cumprimento das exigências legais necessárias para o acesso à função, a legitimação adquire-se (ou não) pelo correcto exercício da função dentro dos parâmetros constitucionais e legais. Quer dizer, mediante a observância das prescrições estatutárias e das regras do processo contraditório; e dentre estas, muito em particular, o imperativo da motivação das decisões em matéria de facto e de direito.” s/p.

divisar se a lacuna é voluntária ou involuntária não é de grande ajuda. Não se trata aqui também de caso de lacuna técnica, dado que a falta de uma regra constitucional sobre as consequências normativas para mudança de partido durante o mandato não impossibilita a aplicação de qualquer outra regra constitucional – ou ao menos não no mesmo sentido que a falta de uma lei estabelecendo um salário para categoria impossibilitava o cumprimento de uma outra norma que determinava que alguém deveria receber o salário mínimo da categoria, tal como se deu no RE n. 235.643/PA.⁴⁵⁹ Poder-se-ia até dizer que a falta de norma constitucional nesse sentido prejudica a aplicação do art. 45 da CRFB/88 em sua plenitude e quem dissessem isso talvez não estivesse longe da linha argumentativa da Corte. Porém, no caso da lacuna técnica, o que se dá é a impossibilidade de aplicação de uma norma em virtude da ausência de outras e isso é diferente de dizer que a falta de uma regra expressa sobre fidelidade partidária impacta no correto desenvolvimento do sistema proporcional de eleições preconizado pela Constituição. Seria o caso de lacuna técnica se não houvesse regra sobre como as eleições proporcionais deveriam se dar ou a falta de especificações normativas sobre como deve se dar o cálculo do quociente eleitoral e do quociente partidário ou sobre a divisão das vagas nas Casas Legislativas em razão desses quocientes. Não é disso que se trata no caso ora discutido. Com efeito, existem todas as normas jurídicas necessárias para que se viabilize uma eleição pelo sistema proporcional, a questão é apenas que se passou a entender que a possibilidade de o parlamentar mudar de partido durante o mandato fraudava a vontade das urnas.

3.7.1 O convencionalismo

Dessa maneira, não se trata, em tese, de aplicação da norma geral inclusiva, mas sim da aplicação da função integradora da legalidade. A legalidade, nesse caso, determinaria que, na ausência de uma norma que estabelecesse a perda de mandato do parlamentar que deixasse o partido pelo qual foi eleito, não poderia advir qualquer consequência jurídica da realização dessa conduta, pois, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CRFB/88). O Min. Sepúlveda Pertence expressou, em seu voto no MS n. 20.916/DF, julgado em 1989, de forma muito clara essa posição. Ele lembra que não

⁴⁵⁹ STF, RE n. 235.643/PA, Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 30/06/2000.

mais sobreviviam no ordenamento pátrio as disposições relativas à fidelidade partidária que existiam até a EC n. 25/85, pois a “atual Constituição não cuida de nada parecido, limitando-se a dizer que os Estatutos partidários prescreverão normas de disciplina partidária.”⁴⁶⁰ Desse modo, o Tribunal deveria “fugir à tentativa de inserir no direito positivo as nossas convicções sobre o que ele deveria ser.”⁴⁶¹

Em dissertação que trata especificamente da questão da infidelidade partidária em face das decisões judiciais aqui analisadas, Gustavo Swain Kfourri afirma que:

Como fixadas, as decisões judiciais analisadas são inválidas, seja no que diz respeito a sua natureza material, que identifica a ausência de base constitucional apta a amparar a medida; seja no âmbito formal-metodológico, visto que a prerrogativa constitucional para operacionalizar uma reforma política deveria perpassar os caminhos do Congresso Nacional; pelo que resta incompetente o Poder Judiciário.⁴⁶²

Ele chega a essa conclusão por entender que:

[E]m razão de argumentos morais, de alguns princípios implícitos inerentes à autonomia dos partidos e à fidelidade partidária e, com o objetivo de fortalecimento e preservação, os partidos políticos, o TSE e depois o STF, promoveram interferências na vida política do país, legislando acerca de temas que não se encontram positivamente tratados na ordem jurídico-constitucional vigente. Incorrem, dessa maneira, em ativismo judicial, já que regularam matérias próprias, essenciais à preservação dos procedimentos democráticos.⁴⁶³

Essa posição, de certa maneira, se identifica, com o que se chamou acima de concepção de Estado de Direito centrada no texto legal. Essa concepção está ligada ao que Dworkin chama de convencionalismo, uma concepção do Direito, segundo a qual:

A força coletiva deve ser usada contra indivíduos, apenas quando alguma decisão política licenciou que isso se desse de uma forma explícita, de modo que todos advogados e juízes competentes possam concordar sobre qual era essa decisão, não importando o quanto eles discordem sobre moralidade e política.⁴⁶⁴

Trazendo o autor para o caso concreto ora tratado e tomando como base o argumento anunciado acima de que as decisões seriam inválidas, tem-se que o STF não poderia, com base em “argumentos morais” e “alguns princípios implícitos”, determinar que deveriam

⁴⁶⁰ STF, MS n. 20.916/DF, Min. Carlos Madeira, Tribunal Pleno, DJ 26/03/1993. p. 374.

⁴⁶¹ STF, MS n. 20.916/DF, Min. Carlos Madeira, Tribunal Pleno, DJ 26/03/1993. p. 374.

⁴⁶² KFOURI. 2009. p. 176.

⁴⁶³ KFOURI. 2009. p. 166.

⁴⁶⁴ DWORKIN. 2001. p. 115. “*Collective force should be trained against individuals only when some past political decision has licensed this explicitly in such way that competent lawyers and judges will all agree about what that decision was, no matter how much they disagree about morality and politics.*”

perder o mandato aqueles parlamentares que trocassem de partido no meio do mandato, porque não existia uma decisão política explícita determinando esse efeito para a citada conduta com a qual todos os advogados e juizes pudessem concordar. Com efeito, apenas uma decisão do Congresso Nacional nesse sentido poderia determinar a perda do mandato parlamentar nessas circunstâncias.

Essa concepção do Direito:

Explica como o conteúdo de decisões políticas passadas podem se tornar explícitas e não contestáveis. Ela faz com que o direito dependa de convenções sociais específicas que ela chama de convenções legais; em particular em convenções sobre que tipo de instituição devem ter o poder de fazer o Direito e como.⁴⁶⁵

Segundo essa concepção “a prática legal, entendida propriamente, é uma questão de respeito e aplicação dessas convenções”.⁴⁶⁶ Dworkin afirma, assim, que o convencionalismo parte de dois pressupostos pós-interpretativos: a) “que os juizes devem respeitar as convenções legais estabelecidas da sua comunidade exceto em situações raras. Ela [essa concepção de Direito] insiste, em outras palavras, que eles devem tratar como lei aquilo que a convenção estipula ser a lei.”⁴⁶⁷; e b) “que não existe direito – nenhum direito que flua de decisões políticas passadas – à parte do direito auferido, daquelas decisões, por técnicas que são elas mesmas uma questão de convenção, de maneira que em alguns casos não existe direito a ser aplicado, de uma maneira ou de outra.”⁴⁶⁸

Esse segundo pressuposto não pode ser aceito tal como elaborado por Dworkin para avaliar a doutrina pátria. Isso porque a nossa prática legal não admite que não havendo regra a ser aplicável ao caso o juiz possa decidir da forma como bem entender, isso mesmo quando sequer se divisava a ideia de que algum dia se poderia dar carga normativa aos princípios. Como relatado acima, no primeiro capítulo dessa dissertação, a doutrina clássica entende que no caso do juiz se ver diante de uma lacuna, ele tem que aplicar, conforme for o caso, ou a função integradora da legalidade ou a norma geral inclusiva. Isso, no entanto, não influi na conclusão de que feito esse reparo no segundo pressuposto, chamado de negativo por

⁴⁶⁵ DWORKIN. 2001. p. 114. “explains how the content of past political decisions can be made explicit and noncontestable. It makes law depend on distinct social conventions it designates as legal conventions; in particular on conventions about which institutions should have the power to make law and how.”

⁴⁶⁶ DWORKIN. 2001. p. 115. “legal practice, properly understood, is a matter of respecting and enforcing these conventions”.

⁴⁶⁷ DWORKIN. 2001. p. 116. “that judges must respect the established conventions of their community except in rare circumstances. It [this conception of law] insists, in other words, that they must treat as law what convention stipulates is law.”

⁴⁶⁸ DWORKIN. 2001. p. 116. “that there is no law – no right flowing from those past political decisions – apart from the law drawn from those techniques that are themselves matters of convention, and therefore that on some issues there is no law either way.”

Dworkin, não se possa aceitar que essa concepção possa ser testada em face do Direito brasileiro, para saber se ele é uma interpretação adequada da prática jurídica do País e se ele a justifica. Com essa modificação, esse convencionalismo abasileirado se torna bem parecido com o que o próprio autor chamou de “convencionalismo unilateral”. Nesse tipo de convencionalismo, uma parte só tem direito a uma decisão do Judiciário em seu favor se ela puder alegar que a sua pretensão está albergada por uma convenção legal explícita. Assim, da mesma forma que alguém só pode ser condenado por um crime se houver uma lei específica e anterior nesse sentido, só poderia perder o mandato o parlamentar que mudasse de partido se houvesse uma decisão constitucional ou do Congresso Nacional explicitamente nesse sentido. Na ausência de uma regra como: “deverá perder o mandato o parlamentar que mudar de partido político” não seria possível que isso se desse, não tendo o Judiciário o poder para criar tal norma.

O apelo dessa concepção está no fato de que ela justifica a utilização da coerção pelo Estado apenas em situações muito claras, ou seja, quando existe uma decisão da comunidade explicitamente nesse sentido. Apenas se justificaria que os parlamentares fossem coagidos a se manter no mesmo partido pelo qual foram eleitos se existisse uma regra explícita anterior que deixasse muito claro que se eles trocassem de partido eles perderiam o mandato, mesmo que o Judiciário “pense que uma [decisão] diferente seria mais justa ou mais sábia.”⁴⁶⁹ Dessa maneira, o convencionalismo “insiste que o passado não concede um direito que possa ser sustentado em uma Corte, exceto se essas [as decisões políticas do passado] se tornarem incontroversas no que todo mundo sabe e espera.”⁴⁷⁰ De tal forma, decisões como aquela segundo a qual de fazer eleições para certas Casas Legislativas pelo sistema proporcional, não poderiam, segundo essa concepção, ser utilizadas para justificar a perda de mandato do parlamentar que mude de partido em meio ao mandato, pois é controverso que uma coisa implique a outra. Isso não quer dizer que em circunstâncias especialmente dramáticas o Judiciário não possa decidir em contrariedade às convenções, porém, nesses casos excepcionais, o Tribunal deveria “deixar claro para o público a natureza excepcional de sua decisão [admitindo que ele] estava mudando a lei por razões extrajurídicas”.⁴⁷¹

Assim, segundo o convencionalismo, um juiz deve fazer cumprir o que as convenções declaram como sendo lei nos casos concretos, “independente dele aprovar dessa lei ou

⁴⁶⁹ DWORKIN. 2001. p. 117. “*think a different one [decision] would have been fairer or wiser.*”

⁴⁷⁰ DWORKIN. 2001. p. 118. “*insists that the past yields no rights tenable in court, except as these [past political decisions] are made uncontroversial by what everybody knows and expects.*”

⁴⁷¹ DWORKIN. 2001. p. 119. “*should have made plain to the public the exceptional nature of its decision, [admitting] that it should have admitted it was changing the law for nonlegal reasons.*”

não.”⁴⁷² Todavia, para fazer isso “ele deve decidir o que o conteúdo de cada convenção realmente é.”⁴⁷³ O problema é que, como já mostrado, em diversas oportunidades os juízes discordam sobre o que, ao certo, essa disposição normativa determina. Isso gera certa ambiguidade no pressuposto teórico básico do convencionalismo, pois, em várias oportunidades, não é possível saber o que uma convenção, como uma regra constitucional ou legal, determina, dando uma abertura à interpretação da convenção e, por consequência, gerando a possibilidade de que pessoas diferentes cheguem a conclusões distintas sobre o que ela determina, implicando, pois, a impossibilidade de derivar de uma dada convenção direitos indiscutíveis. Isso acaba gerando uma tensão entre os dois pressupostos do convencionalismo, pois em uma situação em que uma convenção é claramente aplicável, tem que se deixar de aplicá-la porque ela não parece conter uma solução explícita para aquele caso, atraindo, então, o pressuposto negativo, segundo o qual, nesse caso, deve-se aplicar a função integradora da legalidade. Dworkin dá um exemplo para ilustrar a questão.⁴⁷⁴ Supõe-se que exista uma regra segundo a qual o juiz deve dar igual oportunidade às duas partes. Todo mundo concorda que isso quer dizer que os dois lados devem ser ouvidos, mas existem pessoas que entendem que aqueles que têm uma defesa mais complexa, por algum motivo, devem ter mais tempo para se manifestar, enquanto outros acham que a regra implica as duas partes terem o mesmo tempo, independente da complexidade da sua defesa. Nesse caso, os defensores da cada lado da questão entendem que a regra acima enunciada determina que se aja conforme sua interpretação. Assim, para que o convencionalismo, como uma concepção da prática jurídica, não fique totalmente enfraquecido, é preciso encontrar uma solução para hipóteses como essa, na qual sua maior virtude, a previsibilidade, se perde.

Para isso Dworkin, divide o convencionalismo em duas correntes distintas: o estrito e o ameno. O convencionalista estrito admite como fluído das convenções legais apenas direitos que estão na “extensão explícita” dela. Ele explica que “extensão” é o conjunto de normas que podem ser depreendidas de certa convenção e à qual estão submetidos aqueles que a aceitam. A extensão explícita seria, assim, aquele conjunto de normas que quase todo mundo aceita como decorrentes da convenção. O convencionalista ameno é aquele que, por outro lado, aceita além da extensão explícita, a implícita, que é o conjunto de normas que se segue da melhor interpretação da convenção. Assim, em volta de uma disposição legal –

⁴⁷² DWORKIN. 2001. p. 121. “*whether he approves of that law or not.*”

⁴⁷³ DWORKIN. 2001. p. 122. “*he must decide what the content of each convention really is.*”

⁴⁷⁴ DWORKIN. 2001.

exemplo paradigmático do que Dworkin chama de convenção jurídica – poderiam ser encontrados dois tipos de extensão.

O caso da fidelidade partidária ilustra bem essa situação. Do dispositivo expresso pelo art. 45 da CRFB/88 pode-se depreender claramente, da simples leitura do seu texto, que as eleições para a Câmara dos Deputados devem se dar pelo sistema proporcional. Essa norma, portanto, faz parte da extensão explícita da convenção. Por outro lado, aquela segundo a qual o deputado que mude de partido no decorrer do mandato deve perdê-lo decorre, na visão do Supremo Tribunal Federal, da melhor interpretação dessa convenção, compondo, por esse motivo, então, a extensão implícita do dispositivo.

Dworkin nota que uma concepção de Direito que partisse de um convencionalismo estrito seria uma concepção muito restritiva, porque as extensões explícitas das nossas convenções acabam por não ter um papel relevante nos litígios que vêm ao Judiciário, uma vez que, normalmente, as normas ali contidas, por serem incontroversas por definição, não dariam ensejo a litígios, ao menos aqueles baseados em discussões normativas. Conforme assenta o autor, para um convencionalista estrito, um direito apenas contaria como decisivo, perante o Judiciário, na seguinte situação:

Se as palavras de dada lei admitissem apenas um sentido, não importando em qual contexto elas são utilizadas, e se nós não tivéssemos razão para duvidar que esse era o sentido entendido por todos os legisladores que votaram em favor dessa lei e que seria entendido por todos os membros do público para quem ela é direcionada e não pudesse ser pensado por qualquer pessoa sensível como violando qualquer limite substantivo ou procedimental da Constituição ou de outra forma ofendesse qualquer visão geral sobre justiça e eficiência legislativa, aí a proposição contida nessa lei, entendida dessa forma, seria parte do Direito da comunidade.⁴⁷⁵

Nesse caso, em qualquer outra situação, dever-se-ia aplicar a função integradora da legalidade. O Direito brasileiro não parece ser assim. Pelo menos, não é possível encontrar na prática judiciária brasileira exemplo de quem tenha defendido uma posição tão extremista, conquanto, qualquer pessoa que defenda certa interpretação da Constituição como absoluta, como se ela tivesse um *status* ontológico próprio – fora de um processo interpretativo complexo – ou que defenda que apenas se pode retirar das normas constitucionais os direitos expressamente e indiscutivelmente plasmados nela, se aproxima bastante da posição acima

⁴⁷⁵ DWORKIN. 2001. p. 124-125. “*If the words of a statute admit only one meaning, no matter what context they are uttered, and if we have no reason to doubt that this is the meaning understood by all the legislators who voted for it and would be so understood by all the members of the public to whom it is addressed, and could not be thought by any sensible person to violate any of the substantive or procedural constraints of the Constitution, or otherwise offended any widely held view about fairness or efficiency in legislation, then the propositions contained in that statute, understood in that way, are part of the community’s law.*”

expressa, reduzindo a Constituição a uma espécie de minuciosa e exaustiva lista de supermercado jurídica.⁴⁷⁶ Portanto, mesmo os convencionalistas têm que aceitar que as convenções de uma comunidade contém uma extensão implícita e que, portanto, os direitos que podem fluir de uma dada convenção devem ser aqueles que decorrem da sua melhor interpretação.

Uma vez que se aceite esse pressuposto, se torna claro que esse convencionalismo ameno sequer pode ser chamado propriamente de convencionalismo, pois, se essa concepção determina que se deve buscar na extensão implícita da convenção os direitos que as pessoas podem dela auferir, aquilo que a tornava atraente se torna, em verdade, inviável. Em outras palavras, quando se aceita que direitos podem fluir da extensão implícita e que essa, por natureza, é controversa, não é mais possível dizer que essa é a melhor concepção do Direito porque garante maior previsibilidade à aplicação das regras jurídicas, isso é, que a coerção estatal será utilizada apenas em hipóteses claramente pré-determinadas. Desse modo, o convencionalismo estrito, que seria o único capaz de sustentar o ideal de previsibilidade da sanção, não é adequado à nossa prática judiciária e nem a justifica de uma forma que se julgue aceitável, muito antes pelo contrário, na contramão da História, ele menospreza a força normativa da Constituição.

3.7.2 Revisitando a função integradora da legalidade

Em vista dos desenvolvimentos feitos no segundo capítulo e no presente, tomando como paradigma não a concepção centrada no texto legal, mas aquela centrada nos direitos, é possível ver a função integradora da legalidade por outro parâmetro, pois, claramente não é mais possível dizer que ela é a muleta normativa do ordenamento que entra em cena quando nenhuma das partes em um processo pode se reportar à extensão explícita de uma convenção para justificar suas pretensões. Essa revisitação começa assentando uma nova

⁴⁷⁶ É interessante a advertência que Ibañez (2003) faz sobre as consequências que concepções nesse sentido podem ter sobre os juizes, ainda que não se possa aceitar a conclusão a respeito da “discricionariedade inevitável”: “Curiosamente, contribuíram não pouco para produzir esse resultado – a partir do meio acadêmico – autores que, preocupados com o *megapoder* do juiz e com os riscos do activismo judicial, se esforçaram por mantê-lo sujeito ao mais bafiento dos paleoformalismos. Desta forma se contribui para criar e perpetuar o tipo mais perigoso de juiz: o que opera com base numa consciência falseada dos contornos reais do seu próprio papel, da natureza do poder que exerce. A insistência – grosseira ou mais elaborada – na apologia do formalismo interpretativo e até do paradigma exegético, leva directamente à difusão de atitudes judiciais irresponsáveis, presididas pelo uso irreflectido, por inconsciente, da discricionariedade inevitável.” s/p.

premissa: a função integradora da legalidade não é a expressão do art. 5º, II, da CRFB/88, mas, apenas, *uma* expressão dele. Isso porque, na medida em que se atribui força normativa aos princípios – movimento que de certa maneira resulta diretamente da noção de que a extensão implícita de algumas decisões políticas deve também ser fonte de direitos – deve se dar ao vocábulo *lei* no referido dispositivo uma nova interpretação. Não pode ele mais se referir apenas àquelas convenções do ordenamento jurídico pátrio que garantam um direito definido ou, ao menos, que pretendam resolver uma situação definitivamente, ele deve também tocar aos princípios. Significa dizer que alguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude única e exclusivamente de um princípio. Nesse sentido, os administradores públicos foram obrigados a não contratar seus parentes para cargos de livre nomeação porque assim determinava o princípio da moralidade.

Já foi pontuado acima que a função integradora da legalidade é preterida nas situações em que o Judiciário enxerga lacuna própria no ordenamento. Agora é possível entender porque isso se dá. Longe da ficção das lacunas próprias, o entendimento dessa dinâmica se dá pelo prisma dos princípios. Isso porque, diante desse novo quadro estrutural normativo, também a função integradora da legalidade, agora retrabalhada – no sentido de que, se não existe uma convenção da qual se pode derivar explicitamente uma diretiva de conduta no ordenamento é porque ela está permitida – deve ser vista como um princípio. Um princípio que concorre com outros pela solução do caso concreto. Assim, em um dado caso a ser apreciado por um Tribunal, não podendo ser encontrada no ordenamento jurídico regra que comande ou proíba a conduta que se pretenda que a Corte estabeleça como comandada ou proibida, uma das soluções possíveis – aquela dada pela função integradora da legalidade – é a de que a conduta está permitida.⁴⁷⁷ Todavia, podem existir outros princípio que também oferecem soluções ao caso e que levam à conclusão contrária – de que a referida conduta não está permitida – que se mostram mais relevantes no caso, determinando, assim, a decisão, ou melhor dizendo, que, tudo considerado, dão origem a uma decisão mais consentânea com a melhor interpretação do ordenamento jurídico. Isso porque a concepção centrada nos direitos “supõe que o livro de regras representa as tentativas da comunidade para captar direitos

⁴⁷⁷ A função integradora da legalidade tem diversas funções no ordenamento jurídico, de modo que nem sempre o resultado da sua aplicação resulta na conclusão de que o que se pede ao Judiciário está permitido. Como discutido acima, em se tratando do Estado a solução poderá ser diferente; da mesma forma, se alguém requerer ao Judiciário um direito real não previsto em lei, a solução fornecida pela função integradora da legalidade não seria de que esse direito real estaria permitido, o que não faria qualquer sentido. Para uma discussão mais profunda sobre a questão ver Capítulo 1 da presente dissertação, principalmente item 1.2. Para os fins ora tratados, a visão da função integradora da legalidade apenas do ponto de vista das liberdades é suficiente.

morais”,⁴⁷⁸ quer dizer, de forma radicalmente contrária àquela centrada no texto legal, essa concepção insiste que a fonte genuína, de direitos, em um nível bem fundamental, são os princípios e não as regras. Dessa maneira, tudo passa a ser uma questão de princípio, inclusive a competência normativa dos órgãos da comunidade, como o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional e, conquanto seja impossível organizar uma sociedade sem regras, apenas com base em princípios, a própria noção de ser necessária e desejável a existência das regras é em si fruto de uma questão de princípios.

3.7.3 Os princípios e o tempo

No caso da fidelidade partidária, a função integradora da legalidade, indicaria que o parlamentar que mudasse de partido no meio do mandato não deveria perdê-lo, pois, não existe nenhuma regra no ordenamento pátrio que estabeleça claramente essa consequência normativa para a referida conduta. Em 1989, o STF entendeu que esse princípio era o preponderante e que ele, então deveria determinar a decisão do Tribunal. Naquele momento histórico, essa preferência pela função integradora da legalidade se justificava, sem dúvida, pela falta de clareza a respeito do seu estatuto estrutural como princípio, mas também, e em grande parte, em virtude do contexto histórico no qual a Corte estava inserida, ainda durante o período de transição democrática.⁴⁷⁹ Cumpre lembrar o que naquela oportunidade foi dito pelo Min. Aldir Passarinho, que votou com a maioria – portanto no sentido de que não deveria o parlamentar perder o posto de suplente em virtude da mudança de partido –, que: “o ideal seria a prevalência da vinculação aos partidos políticos, e a Constituição atual está cheia de princípios nesse sentido.”⁴⁸⁰ Devem ser ressaltadas duas questões pertinentes ao contexto histórico.

A primeira é a preocupação com a carga antidemocrática da norma da fidelidade partidária contida no art. 152, § 5º da EC n. 1/69 e da forma como ela foi utilizada pelo Governo dos militares para a manutenção e controle de suas bancadas congressistas, com

⁴⁷⁸ DWORKIN. 2001a. p. 16.

⁴⁷⁹ CARVALHO. 2004. “O certo é que, no Brasil, em momentos de grave crise, como na crise de governabilidade que se abateu no final da década de 1980 e início da década de 1990, é possível notar uma opção clara do STF pela não-interferência. Esse comportamento de cautela não é exclusivo do Brasil. Países que passaram do autoritarismo para a democracia, como Espanha e Portugal, também tiveram experiência semelhante.” p. 120.

⁴⁸⁰ STF, MS n. 20.927/DF, Min. Moreira Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 15/04/1994. p. 177.

objetivos de perpetuação do sistema à época vigente. Paulo Bonavides, citado pelo Min. Gilmar Mendes, é claro nesse sentido, tratando do art. 152, § 5º da EC n. 1/69. O constitucionalista afirma que:

Era a consagração do princípio da fidelidade partidária em toda a sua latitude, indispensável naquela conjuntura aos desígnios governistas de conservação da artificial organização partidária vigente no País, debaixo de um modelo que se apartava consideravelmente da realidade e fazia, como já dissemos, o culto das aparências democráticas. Nele o espírito de obediência passiva e resignada à usurpação do poder invadira todas as instituições da república e mantinha abertas as duas Casas do Congresso, onde se elegia tranquilamente, pelas vias indiretas, a dinastia presidencial dos generais que se sucediam no exercício da suprema magistratura da Nação.⁴⁸¹

Inclui-se ainda que o dispositivo constitucional citado foi revogado pela histórica EC n. 25/85 que estabeleceu a volta das eleições diretas para Presidente da República, depois do extraordinário clamor popular que foi o movimento das “Diretas Já”.

A segunda é a imperfeita compreensão da nefasta exploração do sistema feita por certos parlamentares que trocavam de legenda várias vezes no mesmo mandato, no mais das vezes em desfavor da oposição. Não era possível aos Ministros do Tribunal, naquele momento histórico, com poucos meses de vivência com a nova Constituição, divisar as distorções que sobreviriam em virtude da falta de uma norma estabelecendo consequências normativas para a troca de partido em meio ao mandato, mesmo que a situação, como mencionado pelo Min. Sepúlveda Pertence em seu voto no MS n. 20.916/DF,⁴⁸² já fosse deplorável à época. A realidade histórica que os Ministros tinham perto de si não era a do “troca-troca” de partidos quase compulsivo de alguns parlamentares, mas aquela da experiência ditatorial. Naquele momento não era possível divisar com clareza a dimensão que a questão tomaria e quão gravemente ela interferiria no sistema de representação parlamentar dividido pela Constituição. As palavras do Min. Francisco Rezek são expressivas nesse sentido:

A fidelidade é uma sublime virtude em todos os seus domínios de aplicação. Eu me sentiria, entretanto, mais à vontade para cultuá-la no domínio eleitoral se não vivêssemos esta fase turbulenta de transição, se já estivéssemos a experimentar situação semelhante à daqueles países onde bandeiras partidárias, muito nítidas na sua coloração ideológica e nos seus programas, têm mencionado maior reverência da parte de seus filiados.⁴⁸³

⁴⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Reflexões: política e direito*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998. p. 443 *apud* MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 614.

⁴⁸² STF, MS n. 20.916/DF, Min. Carlos Madeira, Tribunal Pleno, DJ 26/03/1993.

⁴⁸³ STF, MS n. 20.916/DF, Min. Carlos Madeira, Tribunal Pleno, DJ 26/03/1993. p. 411.

Com isso não se quer dizer que a situação atual é tal qual aquela mencionada pelo Min. Francisco Rezek, mas a vivência democrática de quase 20 anos consolidou certas posições partidárias e, não obstante distorções ainda existentes, há muito se deixou para trás a fase da transição. O Min. Gilmar, Mendes fazendo menção à posição do Min. Francisco Rezek, afirma que: “Talvez o quadro partidário imaginando por Rezek ainda não se tenha concretizado no Brasil, mas hoje já podemos perceber, claramente, a necessidade de mudança da orientação firmada naquele julgamento.”⁴⁸⁴

É indubitável que tanto em 1989 quanto em 2008 não existia convenção cuja extensão explícita, mesmo entendida de forma mais branda do que aquela afirmada por Dworkin, que permitisse ao STF chegar à conclusão que chegou no MS n. 26.603/DF.⁴⁸⁵ Todavia, nesse momento, a afetação da situação normativa vigente sobre princípios constitucionais pesou decisivamente. Não mais se aceitou que a função integradora da legalidade ditasse o resultado. As circunstâncias eram outras, a experiência constitucional era outra. É nesse sentido, que o Min. Gilmar Mendes ressalta que: “interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade política.”⁴⁸⁶ É interessante ressaltar como a aplicação de uma norma jurídica semelhante em contextos normativos completamente distintos gera consequências, outrossim, diferentes. Enquanto a norma da fidelidade partidária foi utilizada no período ditatorial em prol do Governo central e da situação, no atual ordenamento a sua aplicação se dá, ao menos na visão do Supremo Tribunal Federal, em benefício das minorias e da oposição.

Portanto, foi possível a criação da norma constitucional derivada determinando a perda do mandato daquele parlamentar que muda de partido durante o mandato em 2008, porque se entendeu que a falta de texto expresso não era impedimento para a sua imposição. Pelo contrário, entendeu-se, na extensão do que Dworkin chamaria de extensão implícita de certas convenções constitucionais, que a primazia dada aos partidos políticos pela Constituição, o sistema eleitoral escolhido por ela para fins de composição de certas Casas Legislativas, a impossibilidade de existência de candidatura desvinculada de um partido político e a proteção dos direitos das minorias eram mais do que suficientes para suplantar a função integradora legalidade e, considerando as regras que veiculam as decisões constitucionais acima como tentativas da comunidade de concretizar algum princípio, fica muito simples a compreensão de porque se adotou a decisão que privilegiava a fidelidade partidária. Quer dizer, entendeu-se

⁴⁸⁴ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 601.

⁴⁸⁵ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008.

⁴⁸⁶ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 613.

que poderia até não existir uma regra no sentido acima mencionado, mas que uma interpretação adequada da Constituição e dos princípios que ela incorpora determinava que se proibisse uma dada conduta. Diversas decisões institucionais da comunidade, plasmadas na CRFB/88, dentre elas aquela de realizar eleições pelo sistema proporcional, indicavam que não se deveria tolerar certa conduta, pois ela não estaria de acordo com essa história constitucional, uma vez que a sua não proibição implicaria no falseamento de decisões constitucionais pretéritas, julgadas, em um caso específico, mais relevantes que a decisão da comunidade de proibir consequências que não estejam expressas previamente em uma outra decisão da comunidade.

3.7.4 O ativismo judicial e os princípios formais

A função integradora da legalidade é um princípio formal parente próximo daquele segundo o qual as normas promulgadas pelo Congresso Nacional, segundo as regras constitucionais, devem ser seguidas. Porém, como já visto, conquanto tenham que ser levados em consideração, admite-se que esses princípios formais nem sempre tenham precedência. No julgamento da fidelidade partidária de 2008 foi o que se deu.

Aqui, se pode observar também que as acusações de ativismo judicial têm tudo a ver com a aplicação de princípios diretamente ao caso concreto, em detrimento dos princípios formais que informam a questão. Pode-se observar que isso se dá não apenas quando o princípio formal relevado é o de aplicação das normas aprovadas pelas Casas Legislativas, o que se deu, por exemplo, no caso da verticalização das coligações, mas também quando não existe uma norma aplicável à espécie, tal como se deu na questão ora discutida e também naquela do nepotismo. O problema é que, em todos esses casos, aqueles que criticam a decisão partem do pressuposto que por não haver uma convenção explícita albergando a decisão – e que mais do que isso, no caso da fidelidade partidária, em virtude da decisão política tomada pela EC n. 25/85, retirando do ordenamento uma convenção explícita nesse sentido – que o Supremo extrapolou a sua competência por ter chegado a conclusão diversa daquela inicialmente indicada por esse cenário. No entanto, isso em si não é exatamente um problema, pois apesar desses dois fatores, que indubitavelmente são relevantes – alguns

diriam determinantes – a função integradora da legalidade não se aplica por *default*.⁴⁸⁷ A constatação de inexistência de um padrão normativo expresso em um dado sentido não é mais do que o ponto de partida para a sua aplicação, pois a função integradora da legalidade vista como princípio, oferece apenas uma solução *prima facie*. A sua aplicação definitiva depende, assim, muito mais de uma argumentação que enuncie uma justificativa racional, demonstrando que ela deve determinar a solução, porque, naquelas circunstâncias específicas, ela é a melhor interpretação da prática jurídica brasileira. A derivação dessa argumentação se dá, não em um plano diferente daquele em que se deu a do STF no MS n. 26.603/DF,⁴⁸⁸ mas calcada nas mesmas bases, sobre as mesmas dúvidas e discordâncias a respeito da extensão das convenções constitucionais aceitas em nossa comunidade e dos princípios que lhes são pertinentes.

É por isso que é possível agora afirmar que o convencionalismo e as concepções do Direito pautadas no texto legal não são uma interpretação adequada à prática judiciária brasileira, mostrando-se a concepção centrada nos direitos muito mais consentânea com a estrutura das decisões acima analisadas, pois, elas apresentam uma explicação e uma interpretação tremendamente mais consistente sobre a forma como essas questões são decididas.

Posto isso, é preciso que se analise uma outra concepção que concorre com aquela centrada nos direitos e, apesar de Dworkin tratar delas apenas em outro contexto, caberia dizer que ela está centrada não no texto legal, ou nos direitos, mas nas estratégias políticas e, como se verá, ela é um desafiante muito mais perigoso à Tese dos direitos. A questão do fornecimento de medicamentos e da garantia de vaga escolar para crianças em creches oferece uma boa oportunidade para ressaltar as bases dessa nova contenda.

3.8 Os princípios e as políticas públicas

3.8.1 Uma análise da jurisprudência sobre o fornecimento de medicamentos

⁴⁸⁷ REITER. 1980.

⁴⁸⁸ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008.

As questões do fornecimento de medicamentos e da oferta de vagas em creche para crianças de zero a seis anos são testemunhas do nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em ambas foi um Tribunal Estadual quem tomou a dianteira da questão, o do Rio Grande do Sul para a primeira e o de São Paulo na segunda, mesmo que seja difícil se falar em primazia em qualquer dos casos, dado que tanto em um quanto em outro, foi possível encontrar decisões de outros Tribunais Estaduais, de Santa Catarina na primeira e do Rio de Janeiro na segunda, que chegaram à Corte antes.

O STF se limitou principalmente naquele momento, quando a jurisprudência estava se formando, a não conhecer dos recursos interpostos pelos Entes Públicos com o objetivo de mudar as decisões dos Tribunais Estaduais, por vezes, por questões meramente adjetivas. Ademais, nos dois casos, na ausência de decisão do Plenário, não obstante o tratamento absolutamente pacífico da matéria, o Min. Celso de Mello, atual decano da Corte, foi quem se deu ao trabalho de elaborar uma decisão mais circunstanciada para as matérias.

Independente disso, é certo que se pode perceber das decisões, que o Supremo Tribunal Federal entende que quando a Constituição estabelece que a saúde e a educação são direitos de todos e dever do Estado (art. 196 e art. 205, CRFB/88) que essas determinações devem ser levadas a sério. Elas não são meras recomendações orçamentárias ao Legislativo, mas fonte de direitos subjetivos que podem e devem ser perseguidos judicialmente. Isso porque, nas felizes palavras da Min. Carmen Lúcia, eles compõem “o mínimo existencial, de atendimento estritamente obrigatório pelo Poder Público”.⁴⁸⁹ Aqui também se está diante de um caso de norma constitucional derivada. Como afirma Alexy, esse tipo de norma é necessária também quando existe uma indeterminação estrutural do direito, quer dizer, a Constituição determina que alguém tem certo direito, como aqueles à educação ou à saúde, mas não determina como esse direito deverá ser operacionalizado. Assim, nos casos tratados acima, relativos ao fornecimento de medicamentos e de garantia de vaga em escola pré-escolar, foi derivada uma norma segundo a qual, bem nos moldes do que diz o Min. Celso de Mello,⁴⁹⁰ o Estado tem o dever de agir positivamente no sentido da implementação desse direito.

3.8.2 Os argumentos de princípio e de estratégia política

⁴⁸⁹ STF, AI n. 564.035/SP, Min. Carmen Lúcia, decisão monocrática, DJ 15/05/2007. s/p.

⁴⁹⁰ STF, RE n. 267.612/RS, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 23/08/2000.

As acusações de ativismo judicial passam, assim, novamente pela derivação de uma norma constitucional. No entanto, nesse caso, como em outros, essas acusações se identificam também com uma convicção largamente difundida de que cabe ao Judiciário levar em consideração em seu julgamento apenas questões propriamente jurídicas, não cabendo às suas decisões avançar, a não ser colateralmente, objetivos sociais, por mais relevantes que o Judiciário entenda que eles possam ser. Em outras palavras, não seria função do Judiciário julgar as questões com o objetivo de tornar a comunidade melhor no futuro, mas apenas pensando nos direitos que cada parte possa ter. Aqueles que julgam que o STF atua politicamente nesse sentido o fazem por entender que decisões como aquelas que obrigam o Estado a fornecer medicamentos e vagas em creche o fazem não com base nos direitos que essas crianças e pacientes possam eventualmente ter, mas porque entendem que o Supremo toma essas decisões pautado pela ideia de que uma comunidade na qual o Estado garante aos seus pacientes graves e humildes tratamento compatível e vaga em pré-escola para crianças de baixa-renda de zero a seis anos é um Estado melhor. Colocado dessa forma, esse posicionamento parece um pouco extremado, mas, reformulado no sentido de que o Judiciário não seria o órgão estatal mais competente para determinar os meios pelos quais devem avançar os objetivos sociais, ele passa a ser bem mais palatável. Com efeito, conforme segue dizendo essa corrente, o Judiciário não teria legitimidade ou capacidade técnica para determinar como devem ser alocados os recursos públicos, as decisões judiciais, nesse sentido, seriam verdadeiras camas de Procrusto, nas quais o benefício daqueles poucos que procuram o Judiciário se daria em detrimento de outros tantos que não tomam esse caminho.

Já foi ressaltado acima que Dworkin distingue entre dois tipos de padrão normativo: as regras e os princípios. Para que se possa aprofundar mais na análise das difíceis questões colocadas acima, é necessário que se estude com mais cuidado os princípios e em que medida é legítimo que eles gerem decisões particulares. Dworkin entende que, de modo geral, princípios são todos esses padrões que não são regras e que, nesse sentido, “enuncia[m] uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita[m] uma decisão particular.”⁴⁹¹ Os princípios, portanto, enunciam uma razão porque um dado bem jurídico ou objetivo político x deve ser buscado, protegido ou implementado. Quer dizer, x deve ser buscado, implementado ou protegido porque y , em que y é uma razão enunciada pelo princípio z . Assim, deve-se garantir a A receber medicamentos caros do Estado porque A tem

⁴⁹¹ DWORKIN. 2002. p. 41.

um direito a isso em virtude de um princípio segundo o qual todos têm direito à saúde. Ocorre, todavia, que, quando Dworkin fala de princípios nesse sentido genérico não necessariamente ele está pensado em uma estrutura como aquela exemplificada. Isso porque não necessariamente o princípio enuncia uma razão ligada a direitos, em alguns casos ele pode enunciar uma razão utilitária – por exemplo, baseada na maximização das riquezas da comunidade como um todo. No primeiro caso se estaria diante de um princípio estrito senso e no segundo diante do que Dworkin chama de *policy*. Desse modo, princípio é um gênero que engloba tanto os princípios estrito senso, quanto as *policies*. Nas palavras do autor:

Como muita frequência, utilizarei o termo ‘princípio’ de maneira genérica, para indicar todo esse conjunto de padrões que não são regras; eventualmente, porém, serei mais preciso e estabelecerei uma distinção entre princípios e políticas. Ainda que o presente argumento nada vá depender dessa distinção, devo expor como cheguei a ela. Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio.⁴⁹²

Levando-se em consideração a definição de princípio adotada pelo autor é preciso que se advirta da diferença não apenas entre princípios estrito senso e políticas como também entre os próprios padrões considerados e dos argumentos ou razões que eles implicam. Assim:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. Estes dois tipos de argumento não esgotam a argumentação política, como a de permitir isenções extras de imposto de renda para os cegos, pode ser defendida como um ato de generosidade ou virtude pública, e não com base em sua natureza de política ou de princípio. Ainda assim, os princípios e as políticas são os fundamentos essenciais de justificação política.⁴⁹³

Em outra parte, de maneira mais explícita:

⁴⁹² DWORKIN. 2002. p. 36.

⁴⁹³ DWORKIN. 2002. pp. 129-130.

Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos.⁴⁹⁴

Em homenagem à clareza, se fazem necessários alguns reparos terminológicos antes que se possa seguir. Os termos “política” e “argumentos de política” talvez não passem exatamente o que se pretende. O termo “política”, assim sozinho, não expressa exatamente o que *policy* exprime em inglês. Da mesma forma, o termo “argumentos de política” pode gerar confusão. Por isso, termos melhores para destacar a distinção, ao menos em português, talvez sejam “políticas públicas” para o padrão e “argumentos de estratégia política” para as razões que são com base nele desenvolvidas. Essa denominação deixa muito mais clara a diferença entre os termos.

Quer dizer, uma política pública é a expressão de uma meta coletiva. Em uma dada situação concreta é possível aduzir certos argumentos com base nessa meta coletiva, argumentos que justificam a adoção de uma decisão que a privilegie. Uma prefeitura pode adotar uma meta coletiva de expandir as áreas verdes da cidade. Essa meta coletiva é assim expressão de uma política pública. Essa política pública pode rivalizar em uma situação concreta com outras. Nesse caso, com base nessa meta coletiva, é possível aduzir argumentos de que ela deva ser adotada em detrimento de outras, por exemplo, porque essas áreas verdes aumentam a felicidade geral dos habitantes do local.

Mutatis mutandis, isso se dá em relação aos princípios e os argumentos de princípio. Por exemplo, um princípio pode determinar que as pessoas têm direito à saúde em face do Estado. Baseado nesse princípio, alguém pode alegar um argumento de princípio, segundo o qual ele teria direito a medicamentos caros caso não pudesse arcar com o seu custo e a sua saúde dependesse deles.

Em diversas situações concretas a diferença entre princípios e políticas públicas fica borrada. Todavia, quando se está diante de dispositivos que podem ser interpretados como garantindo direitos individuais costuma ser fácil fazer a distinção. É o caso do fornecimento de medicamentos e da garantia de acesso à pré-escola. Os argumentos utilizados pela Corte, acima relatados, claramente se baseiam na noção de que as pessoas têm esses direitos e que cabe ao Estado provê-los, não porque isso vá trazer algum benefício para a comunidade como um todo ou porque se vá avançar alguma meta pública, mas sim, porque cada um dos cidadãos tem um direito individual à saúde ou a frequentar a uma pré-escola. A Corte vai

⁴⁹⁴ DWORIN. 2002. p. 141.

inclusive mais além quando afirma que argumentos utilizados pela Administração Pública, que se enquadrariam na classificação ora feita nitidamente como argumentos de estratégia política, não são suficientes para inclinar a sua decisão em outra direção.

Quando uma parlamentar faz um discurso pedindo a aprovação de um orçamento melhor para a saúde, ela não precisa afirmar que esses recursos a mais são devidos em virtude de algum direito difuso da população à saúde. Talvez para ela, fosse melhor dizer, nessas circunstâncias, que recursos a mais para saúde poderiam ser aplicados em programas profiláticos e que alguns estudos demonstram que o investimento em prevenção gera benefícios para todo o sistema de saúde, diminuindo, por exemplo, gastos hospitalares com internação. Desse modo, um investimento maior na profilaxia equivaleria em economia para todo o sistema de saúde. Esses argumentos utilizados são típicos argumentos de estratégia política.

O argumento da parlamentar sobre a otimização dos recursos investidos na saúde é totalmente distinto daquele utilizado pelo STF para garantir a pacientes carentes o recebimento de medicamentos e cuidados especiais custosos. Como pode ser visto acima, eles se baseiam na ideia de que as pessoas têm um direito subjetivo em face do Estado de que esse lhes garanta uma sobrevivência minimamente digna, pois, a Constituição determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Poderia até ser dito que, em certo sentido, uma decisão como essa avança objetivos sociais importantes da comunidade, no entanto, a diferença aí é a justificativa. Quer dizer, o Supremo Tribunal não está dizendo que o Estado deve fornecer medicamentos *porque* isso poderia trazer algum benefício político, social ou econômico, pelo contrário, ele está dizendo que mesmo que isso pudesse trazer um malefício político, social ou econômico, ainda assim, o Estado deveria fornecer o medicamento *porque* é um direito daquele que está reclamando. Nesse sentido, esses são argumentos de princípio, pois, em todos os casos está em jogo o direito individual de alguém. Dworkin aponta que é possível encontrar argumentos dos dois tipos – tanto de princípio, quanto de estratégia política – para suportar as decisões políticas da comunidade. No entanto, mesmo quando isso é possível, os argumentos de princípio costumam ser muito mais fortes que o de estratégia política, pois seria mais fácil demonstrar que a comunidade estaria melhor caso tomada a decisão contrária àquela sugerida pelo argumento de princípio, do que encontrar argumentos de princípios mais cogentes para suplantá-la.⁴⁹⁵

⁴⁹⁵ DWORKIN. 2002.

3.8.3 Os princípios e as políticas públicas no contexto das normas que protegem bens coletivos e constitucionalizam políticas públicas

Ocorre, no entanto, que no contexto da prolixa Constituição brasileira, a distinção entre esses quatro termos – princípios, políticas públicas, argumentos de princípio e argumentos de estratégia política – tem que ser bem pensada. Isso porque existe uma série de dispositivos na Constituição que pretendem avançar objetivos coletivos. O exemplo mais claro disso é o art. 3º que estabelece quais são os objetivos fundamentais da República. De maneira semelhante, existem alguns dispositivos que tutelam bens coletivos, como o *caput* do art. 37 que estabelece uma série princípios nesse sentido. De outro lado, dispositivos como os citados arts. 196 e 205, apesar de textualmente concederem direitos, podem ser interpretados como expressões de políticas públicas.

Levando-se em conta que, tal como já assentado, tudo quanto está contido na Constituição deve ser visto do ponto de vista normativo, deve-se concluir que algumas políticas públicas, entendidas no sentido amplo de objetivos coletivos, foram constitucionalizadas. Isso quer dizer que essas políticas públicas específicas podem passar a dar origem não apenas a argumentos de estratégia política, mas, também de princípio. Dessa forma, a institucionalização constitucional de certas políticas públicas gera direitos transindividuais que podem ser tutelados com base em argumentos de princípio. Em outras palavras, essas políticas públicas institucionalizadas devem ser perseguidas e protegidas, não em virtude de algum eventual e hipotético benefício social, político ou econômico que elas possam trazer para a comunidade como um todo, mas porque a coletividade como um todo tem um *direito* a isso, independentemente desse direito poder ser individualizado ou não.

Isso tem uma implicação muito importante. O objetivo de Dworkin com essa distinção é demonstrar que: “nos casos difíceis, as decisões judiciais são caracteristicamente geradas por princípios, não por políticas.”⁴⁹⁶ A questão é, que tomada essa distinção assim, sem maiores refinamentos, em face da citada constitucionalização de certas políticas públicas, ter-se-ia que concluir pela inaplicabilidade ao menos dessa parte da teoria ao direito pátrio. Porém o que se pretende demonstrar é que se se entender a afirmação acima como se referindo não à política pública propriamente dita, mas sim, no sentido de que esse tipo de

⁴⁹⁶ DWORKIN. 2002. p. 151.

decisão judicial não se deve basear em argumentos de estratégia política e sim em argumento de princípio, é possível manter a distinção.

Isso pode ser visto nos casos em que o STF aplica as normas constitucionais que tutelam bens públicos ou, de qualquer outra forma, pretendam avançar metas coletivas políticas, econômicas ou sociais. O argumento é no sentido de que certa norma foi adotada pelo Legislador Ordinário ou pelo Constituinte com dado objetivo político e que a proteção desse objetivo demanda certa decisão. Esse argumento foi, por exemplo, bastante utilizado no caso do nepotismo, no sentido de que o Constituinte teria adotado os princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência para evitar que a máquina administrativa-política fosse inquinada de práticas que a tornassem menos apta a servir à população. Nesse sentido, em passagem já citada acima, o Min. Ricardo Lewandowski para quem: “A Constituição de 1988, em seu art. 37, *caput*, preceitua que a Administração Pública rege-se por princípios destinados a resguardar o interesse público na tutela dos bens coletivos”.⁴⁹⁷ Assim, o estabelecimento desses princípios como norteadores da conduta administrativa poderia ser entendido como uma estratégia para alcançar a tutela dos bens coletivos. Todavia, dizer que certo preceito deve ser aplicado porque promulgado com certo interesse político, não é propriamente um argumento de estratégia política. Dworkin explica que:

Muitas vezes, quando o queixoso expõe seu caso indicando uma lei que, como fato histórico, foi aprovada porque o legislativo pensou que o público se beneficiaria como um todo, numa espécie de solução utilitarista, se pessoas como o réu tivessem um direito jurídico ao que a lei especifica. (Ou seja, a lei foi aprovada por razões não de princípio, mas de política.) Não obstante, a reivindicação do queixoso, baseada nessa lei, é uma reivindicação de direito.⁴⁹⁸

Isso porque, no momento em que uma lei específica, feita com objetivos políticos-estratégicos, é promulgada ela passa a gerar direitos. Assim, mesmo que o *caput* do art. 37 da Constituição tenha sido criado como expressão de uma estratégia política – por exemplo, tutelar os bens públicos – a decisão que determina algo com base nesse dispositivo é uma decisão baseada em princípio. O objetivo que até então era meramente político passa a ser jurídico, quer dizer, passa a gerar deveres e direitos. Assim, em um Tribunal, a moralidade, a impessoalidade e a eficiência administrativas deixam de ser perseguidas porque elas são estratégias para tutelar os bens públicos e passam a ser aplicadas porque se trata de um dever jurídico constitucionalmente determinado. Da mesma maneira, é possível encontrar diversas normas constitucionais que têm como claro objetivo trazer alguma melhoria em aspectos

⁴⁹⁷ STF, RE n. 579.951/RN, Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 24/10/2008, p. 1.890.

⁴⁹⁸ DWORKIN. 2001a. p. 107.

políticos, econômicos e sociais e que não necessariamente garantem a alguém, individualmente, um direito que possa ser aduzido judicialmente. Isso não quer dizer que o bem jurídico tutelado por essas normas não possa ser garantido por uma decisão judicial ou que a tutela judicial nesses casos se dá em virtude de argumentos de estratégia política. Dworkin aponta que mesmo quando um Tribunal entende que uma política pública deve triunfar sobre um princípio:

Seu argumento será um argumento de princípio, se respeitar as exigências distributivas de tais argumentos e se observar a restrição mencionada na seção anterior: aquela segundo a qual o peso de um princípio concorrente pode ser menor que o peso da política paralela apropriada.⁴⁹⁹

Assim, é importante que não se tome os argumentos de princípio de que fala Dworkin em sentido restritivo – no sentido de que eles só abrangerem as normas que garantam direitos individuais – pois, ao menos no direito brasileiro, a constitucionalização de certas políticas públicas gera a possibilidade de existirem argumentos de princípio baseados tanto nelas quanto em princípios que garantem direitos individuais. Dessa maneira, na medida em que certas políticas públicas foram constitucionalizadas elas se tornaram indistintas normativa e estruturalmente dos princípios.

Como já dito, existem subjacentes, a dispositivos individuais, princípios que são essenciais para determinação de seu sentido, ou seja, do que é que eles comandam. Esses princípios que estão na base desses dispositivos legais podem ter por objetivo tanto garantir direitos individuais, quanto determinar que certos objetivos políticos devam ser perseguidos. Quando normas jurídicas desse último tipo são invocadas em um Tribunal, a interpretação e a derivação do que é efetivamente que se deve fazer, passa necessariamente pelo exame do objetivo político que lhe é subjacente e argumentos da Corte que levem tal objetivo, plasmado em uma norma jurídica, em conta, não são argumentos de estratégia política, pois, aquela estratégia não está sendo adotada porque se julga que ela é a mais adequada para atingir o fim perseguido, mas porque ela foi determinada pela melhor interpretação de uma norma ou de um conjunto de normas jurídicas. Assim, o Tribunal não pode fundamentar uma decisão com base no argumento de que ela trará um benefício político específico, por exemplo, tutelar melhor os bens públicos, ou fortalecer os partidos políticos, mas a ele não está vedado basear essa mesma decisão na melhor interpretação de uma norma jurídica que favoreça a melhor tutela dos bens públicos ou que fortaleça os partidos políticos. Existe uma diferença entre

⁴⁹⁹ DWORKIN. 2002. pp. 156-157.

tomar uma decisão em prol de um objetivo político e tomar uma decisão que, não obstante favoreça um objetivo político, foi exigida por uma leitura sólida da Constituição. Dworkin pontua que:

[U]m argumento de princípio nem sempre se fundamenta em pressupostos sobre a natureza e intensidade de diferentes interesses e necessidades distribuídos por toda a comunidade. Ao contrário, um argumento de princípio estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve, uma vantagem cuja natureza torna irrelevantes as sutis discriminações de qualquer argumento de política que a ela se pudesse opor.⁵⁰⁰

Por exemplo, na questão da fidelidade partidária, o argumento de que não atenderia aos interesses gerais da comunidade que se desse importância e se fortalecesse os partidos políticos porque eles não passariam de grupos voltados para a defesa de objetivos particulares, nada republicanos, em descompasso com as aspirações gerais, não teria grande relevância, porque, nesse caso, se reconheceu que uma leitura sólida da Constituição levava à conclusão de que ela dá grande importância a eles. Dessa maneira, mesmo que fosse verdade sobre as agremiações políticas o que se disse acima, ainda assim, ficaria intacta a conclusão de que elas recebem certo prestígio constitucional e que, por isso – também por outros motivos – elas têm direito a tantos postos legislativos quantos conseguidos por sua coligação segundo as normas eleitorais. Em outras palavras, não cabe ao Judiciário discutir a sabedoria ou a oportunidade de uma dada norma – ressalvada, evidentemente, a hipótese de que a falta de sabedoria ou oportunidade dela resvale para a inconstitucionalidade – mas apenas sua melhor interpretação em face do quadro jurídico existente. Enquanto a interpretação de dada prática restar a mesma, mesmo que os argumentos de estratégia política que sustentaram a sua promulgação se mostrarem equivocados, ela deverá ser mantida e aqueles que reclamarem seus direitos com base nela devem ser socorridos pelo Judiciário. Portanto, não se admite apenas argumentos de princípio ligados à garantia direitos individuais, mas também aqueles ligados à tutela de bens coletivos, desde que essa proteção seja exigida por uma interpretação sólida da Constituição que se dê, ela mesma, em argumentos de princípio, estruturada sobre bases que levem em conta não os benefícios que a eleição desse princípio possa ter sobre a comunidade como um todo, mas na ideia de que as decisões políticas ali consignadas determinam a sua adoção.

⁵⁰⁰ DWORGIN. 2002. p. 134.

3.8.4 A utilização de argumentos de estratégia política pelo Supremo Tribunal Federal

É inevitável, por outro lado, que se diga que existem oportunidades em que os Ministros do Supremo Tribunal Federal aduzem argumentos de estratégia política, não no sentido acima tratado, mas como justificativa adicional para o posicionamento que estão adotando, quer dizer, independentemente de qualquer questão propriamente jurídica, isso é, dos direitos que alguém possa ter individualmente ou coletivamente, mas no sentido de que aquela decisão específica pode vir a avançar dado objetivo ou meta social. O Min. Cezar Peluso aduziu, nesse sentido, que:

A crise de representatividade pode, segundo uso de licença retórica a que recorreu uma primorosa sustentação oral na data de ontem, ser comparada à febre, como um dos sintomas, talvez o mais eloquente, da crise de identidade e de credibilidade ideológica e funcional dos partidos políticos e da própria cultura sobre a seriedade da vida parlamentar. Mas essa comparação está até aquém do seu propósito semântico. A crise de fidelidade não é um sintoma; é, antes, uma das graves doenças do quadro mórbido da crise partidária; é um ingrediente importante da patologia política. Tal é a razão por que não se pode deixar de reconhecer que a exigência constitucional da fidelidade partidária e, sobretudo, sua completa observância no mundo dos fatos, constitui um dos remédios capazes de concorrer para a remissão da crise e de restaurar ou, quem sabe, concretizar a pureza do sistema eleitoral e parlamentar, nos limites de sua possibilidade histórica.⁵⁰¹

Ou seja, a observância da fidelidade partidária poderia concorrer para uma importante meta política: a remissão da crise de representatividade parlamentar e a concretização da pureza do sistema eleitoral. Nesse caso, o Ministro não está dizendo que a Constituição exige qualquer dessas coisas, quer dizer, pode até ser que ela de fato assim o determine, mas o argumento não passa pelo que a Constituição estabelece, e sim, pela noção de que a adoção de uma decisão que privilegie a fidelidade partidária ajudaria a concretizar alguma política pública ou objetivo coletivo. Em outras palavras, o Min. Cezar Peluso aduziu, no caso acima mencionado, um argumento de estratégia política, um argumento que demonstra os benefícios que podem advir para a comunidade como um todo da adoção de uma particular decisão. Todavia, o importante aqui é, lembrando da longa explanação feita acima, da fundamentação utilizada pela Corte para a adoção dessa decisão, ressaltar que esse ponto não passou de *obiter dictum*. Pode até ser – e é provável que seja – que vantagens tais quais aquela mencionada pelo Ministro estivessem na cabeça dos Ministros quando eles decidiram, porém, dizer que essa decisão foi proferida pelo STF *porque* ela tendia a remir a “crise de representatividade

⁵⁰¹ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 567.

parlamentar” e concretizar “a pureza do sistema eleitoral” é desconsiderar completamente todos os outros fundamentos utilizados, principalmente, os que compuseram a *ratio decidendi* claramente fulcrados em argumentos de princípio, ou seja, em termos do que exigia a escolha do sistema proporcional pela Constituição.

3.8.5 O contexto da distinção: Utilitarismo

É preciso lembrar que Dworkin pensa todas essas questões tendo em vista a sua aplicação em questões cíveis.⁵⁰² A maioria dos casos discutidos por ele não envolvem a tutela de bens coletivos, mas sim a discussão a respeito de direitos individuais, a maioria, inclusive, seria tratada no Brasil como questões de Direito Privado. Ele menciona, nesse sentido, o caso *Elmer*,⁵⁰³ que é uma questão sucessória, e os casos *McLoughlin*⁵⁰⁴ e *Spartan Steel*⁵⁰⁵ que tratam de responsabilidade civil. É certo que ele adota como exemplo o caso *Brown*⁵⁰⁶ a respeito da segregação social, mas aí, também, conquanto a questão seja propriamente constitucional – relativa à interpretação de direitos fundamentais – se tratou do direito de alguém de frequentar uma escola de sua escolha.⁵⁰⁷

Nesses casos, parece mesmo estranho que argumentos relativos a objetivos sociais possam compor a decisão e o que Dworkin pretende com as distinções acima mencionadas é demonstrar que em casos em que duas pessoas se apresentam ao Judiciário alegando interpretações diferentes do Direito, o litígio entre elas deve ser decidido, mesmo na ausência de respostas claras do ordenamento jurídico, com base em argumentos que tentem demonstrar qual delas tenha, de fato, o direito pleiteado, dado os princípios subjacentes às decisões políticas tomadas no passado pela comunidade em casos semelhantes. Não sendo cabível, nessa hipótese, que a decisão tenha como parâmetro considerações a respeito do que seria melhor para a comunidade como um todo.

⁵⁰² DWORKIN. 2002.

⁵⁰³ *Riggs v. Palmer*, 115, NY, 506, 22 N.E. 188 (1889)

⁵⁰⁴ *McLoughlin v. O'Brian* [1982] UKHL 3.

⁵⁰⁵ *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co.*, [1972] EWCA Civ 3.

⁵⁰⁶ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. (1954)

⁵⁰⁷ Essa ênfase de Dworkin em casos de natureza privada, portanto, em relações processuais entre particulares, é interessante, principalmente, se se notar que no Supremo Tribunal Federal apenas uma minoria das causas não tem em um dos polos processuais algum Ente Público. Em uma pesquisa quantitativa feita por Castro (1997) na qual foram examinados todos os acórdãos do STF publicados nos meses de abril e maio de 1994, num total de 1.240 acórdãos, segundo o autor cerca 15% do total dos acórdãos publicados naquele ano, apenas 62, ou 5,47% deles, não tinham um Ente Público em um dos polos processuais.

Toda essa discussão está ligada a uma concepção ética muito presente no contexto norte-americano: o Utilitarismo de Bentham e Stuart Mill. Para Bentham:

A natureza colocou a humanidade sob o governo de dois mestres soberanos, *dor* e *prazer*. Cabe a eles apenas apontar o que devemos fazer, bem como o que iremos fazer. Por um lado o padrão de certo e errado, e do outro lado a corrente de causas e efeitos, estão presos ao seu trono.⁵⁰⁸

Para Mill: “O credo que aceita como a fundação da moral, a Utilidade, ou o Princípio da Maior Felicidade, mantém que as ações estão certas na proporção que elas tendem a promover a felicidade, erradas quando elas tendem a produzir o contrário da felicidade.”⁵⁰⁹ No entanto, o parâmetro não é apenas o indivíduo assim considerado, mas, em vista da lição aristotélica, a sua felicidade no seio da sua comunidade. Assim deve ser ressaltado que: “uma coisa é dita como promovendo o interesse, ou que é do interesse, de um indivíduo, quando ela tende a adicionar à soma total de seus prazeres”.⁵¹⁰ O interesse da comunidade, dessa forma, “é a soma dos interesses dos seus vários membros que a compõem.”⁵¹¹ Portanto:

Uma medida de governo (que não é nada mais do que um tipo de ação, realizada por uma particular pessoa ou pessoas) pode ser dita como em conformidade com ou ditada pelo princípio da utilidade, quando, em maneira semelhante, a tendência que ela tem de aumentar a felicidade da comunidade é maior do que aquela que tem para diminuí-la.⁵¹²

Dessa maneira, sendo essa a tese moral fundamental do Utilitarismo, poderia ser dito que uma decisão judicial está moralmente correta, devendo por isso ser adotada, quando ela satisfizer esse teste, ou seja, o seu resultado redundar em uma maior felicidade para comunidade. Dworkin se opõe a isso. Para ele o foro para discussões utilitaristas não é o Judiciário, mas são o Legislativo e o Executivo, e que qualquer interpretação dessa prática que tente mostrá-la por essa luz não poderá ser adequada, pois, a análise das decisões

⁵⁰⁸ BENTHAM. 2000. p. 14. “*Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do. On the one hand the standard of right and wrong, on the other the chain of causes and effects, are fastened to their throne.*”

⁵⁰⁹ MILL. 1867. p. 9. “*The creed which accepts as the foundation of morals, Utility, or the Greatest Happiness Principle, holds that actions are right in proportion as they tend to promote happiness, wrong as they tend to produce the reverse of happiness.*”

⁵¹⁰ BENTHAM. 2000. p. 15. “*A thing is said to promote the interest, or to be for the interest, of an individual, when it tends to add to the sum total of his pleasures*”.

⁵¹¹ BENTHAM. 2000. p. 15. “*the sum of the interests of the several members who compose it.*”

⁵¹² BENTHAM. 2000. p. 15. “*A measure of government (which is but a particular kind of action, performed by a particular person or persons) may be said to be conformable to or dictated by the principle of utility, when in like manner the tendency which it has to augment the happiness of the community is greater than any which it has to diminish it.*”

demonstra que os juízes estão menos preocupados com as consequências que suas decisões possam ter para a comunidade e mais com os direitos das partes envolvidas no litígio.

Assim, quando Dworkin afirma que as decisões judiciais em casos difíceis devem se basear em questões de princípio e não no que possa estar no interesse da comunidade considerada como um todo, no final das contas, ele quer apenas dizer que decisões judiciais não podem ser dadas com base em cálculos utilitaristas, ou, pelo menos, que esse tipo de cálculo utilitarista não pode ser utilizado sem uma série de qualificações e modificações.

A prática judiciária pode até, por vezes, envolver cálculos utilitaristas e o grande trunfo daqueles que interpretam o Direito por esse prisma é o de dizer que os diversos argumentos de princípio utilizados pelo Judiciário são um mero invólucro estético para as intenções mais profundas do julgador, baseadas, elas sim, em julgamentos utilitaristas, principalmente de cunho econômico. Negar isso, todavia, é tão inútil quanto afirmar. O que pode ser lido do extrato das decisões judiciais são argumentos de princípio, se eles são fruto de cálculos utilitaristas mais profundos e implícitos é questão que se pode apenas especular. Muito pouco se ganha com a postulação desse tipo de hipótese contrafactual, mesmo quando parece evidente a todos que ela é verdadeira, é o mesmo que lutar com um fantasma, desferindo golpes para todos os lados e não acertando nada mais do que ar. O único subsídio que se tem para criticar uma decisão são as razões expedidas pelos juízes em suas decisões, é apenas por esse parâmetro que elas podem ser analisadas. Nesse sentido, elas são decisões melhores ou piores conforme sejam fruto de uma interpretação mais ou menos sólida dos argumentos de princípio envolvidos, independente de cálculos utilitaristas que possam eventualmente lhe terem sido subjacentes.

3.8.6 O pragmatismo e os direitos de “faz-de-conta”

Não parece, além disso, ser verdadeiro que esse fantasmagórico cálculo utilitarista subjacente seja uma regra na prática judiciária. Dworkin lida com a questão. Ele trata de uma concepção de Direito baseada no Utilitarismo, que ele chama de pragmatismo. Segundo o autor:

[O] pragmatismo, ao contrário, nega que as pessoas tenham quaisquer direitos; adota o ponto de vista de que elas nunca terão direito àquilo que seria pior para a

comunidade apenas porque alguma legislação assim o estabeleceu, ou porque uma longa fileira de juízes decidiu que outras pessoas tinham tal direito.⁵¹³

O autor admite que uma noção de Direito que reconhece que as pessoas possam ter direitos está tão arraigada na cultura jurídica que é difícil pensar o Direito sem dizer concomitantemente que as pessoas têm direito a alguma coisa. Os pragmatistas explicam, no entanto, que a própria utilidade exige que os juízes, em uma série de casos, ajam como se as pessoas efetivamente tivessem direitos, pois apenas a Legislatura pode lidar adequadamente com uma série de questões e, desse modo, “se se entendesse que os juízes estavam selecionando e escolhendo para aplicar apenas as leis que eles aprovam, isso levaria ao fracasso do objetivo pragmatista, pois, em vez de melhorar as coisas, acabariam por torná-las muito piores.”⁵¹⁴ Assim, o pragmatismo poderia ser uma boa interpretação do Direito, caso a prática judiciária demonstrasse que os juízes apenas afirmassem que as pessoas têm direitos em casos em que “um juiz conscientemente pragmatista se comportasse como se fosse verdade que elas o têm.”⁵¹⁵

Assim, um julgador pragmático iria buscar um equilíbrio entre o respeito a certos direitos garantidos pelas leis à população, de modo a manter a sua farsa, mas, por outro lado, manteria um espaço aberto para mudar aquelas normas que não atendem ao cálculo utilitarista, por exemplo, quando não estiver claro na legislação quais são exatamente os direitos envolvidos na causa, ou, para usar um outro termo, quando a resolução do caso envolver questões normativas. Esse juiz pragmatista, portanto, se preocuparia em descobrir o que é que o Direito vigente determina até o momento em que fique claro que existe uma dúvida razoável, desse momento em diante, qualquer direito que as partes pudessem eventualmente ter se tornaria de todo irrelevante e ele se voltaria para o cálculo utilitarista. Posto esse quadro, o pragmatismo apenas seria uma interpretação adequada da prática judiciária se:

[N]ão tomarmos as decisões judiciais, de maneira alguma, da forma como elas se apresentam; devemos tratar todos os juízes que se preocupam com leis ou precedentes problemáticos como se eles estivessem praticando alguma forma imotivada de fraude. Eles teriam que ser vistos como inventando novas regras para o futuro de acordo com as suas próprias convicções sobre o que é melhor para a

⁵¹³ DWORKIN. 2001. p. 152. “*Pragmatism, on the contrary, denies that people ever have legal rights, it takes the bracing view that they are never entitled to what would otherwise be worse for the community just because some legislature said so or a long string of judges decided other people were.*”

⁵¹⁴ DWORKIN. 2001. p. 153. “*If judges were seen to pick and choose among legislation, enforcing only those statutes they approved, this would defeat the pragmatism’s goal because it would make thing not better but much worse.*”

⁵¹⁵ DWORKIN. 2001. p. 153. “*a self-consciously pragmatist judge would pretend that they did.*”

sociedade como um todo, livres de quaisquer pretensos direitos que fluiriam de algum tipo de consistência, mas os apresentando por razões desconhecidas nas falsas vestes de regras desenterradas do passado.⁵¹⁶

O pragmatista, portanto, adota uma postura segundo a qual as pessoas não têm qualquer tipo de direito. Assim, na hipótese de alguém alegar que tem um direito, o reconhecimento dessa pretensão apenas se dará caso se consiga demonstrar, segundo um cálculo utilitarista, que o reconhecimento desse direito torna a comunidade melhor como um todo. Dessa maneira, o pragmatista arguiria que não seria necessário se preocupar, em casos difíceis, com os supostos direitos que as partes possam ter. Com efeito, não faria qualquer sentido para ele tentar encontrar nos princípios subjacentes às decisões passadas, uma narrativa que lhe possibilitasse, em nome da consistência com esses princípios, chegar a alguma conclusão sobre os direitos que as partes pudessem eventualmente ter. Até porque, não estaria, de forma alguma, claro o que essa suposta consistência de princípios demandaria. De modo que muito melhor do que se preocupar com essas questões despiciendas, seria passar à análise que realmente interessa: aquela que quer saber qual decisão tornaria melhor a comunidade como um todo no futuro.

Como dito mais atrás, o pragmatismo é de fato uma concepção de Direito muito mais adequada do que o convencionalismo ou o positivismo kelseniano. Isso porque ele oferece uma resposta sobre como o Judiciário deve solucionar as questões normativas. Com efeito, ele difere da Tese dos direitos, apenas no fato de que ele entende que os direitos que pessoas devam ter decorrem não de algum tipo de melhor interpretação de princípios conflitantes, mas de um cálculo utilitarista sofisticado. Um pragmatista pode até aceitar que, em casos difíceis, princípios diferentes ofereçam soluções diferentes para o caso. Um juiz pragmatista que esteja diante de diversas soluções tem – ao contrário de um positivista ou convencionalista – uma estrutura que lhe auxilie na determinação de qual daquelas soluções possíveis é a mais justa. Sendo que, para o pragmatismo, é mais justa e correta a decisão que torne a comunidade melhor como um todo, independente do direito que as pessoas possam ter. Isso não quer dizer que um pragmatista, como alertado, vá sempre desconsiderar as normas vigentes na comunidade. Tal se dá porque o pragmatista também leva em conta princípios formais. Como dito, se ele deixar de aplicar alguma regra que claramente determina que se faça algo, mesmo que ele ache que a consequência normativa da aplicação dessa regra deixará a comunidade

⁵¹⁶ DWORKIN. 2001. pp. 159-160. “we do not take judicial opinions at face value at all; we must treat all judges who worry about problematical statutes and precedents as practicing some unmotivated form of deception. They must be seen as inventing new rules for the future in accordance with their convictions about what is the best for society as a whole, freed from any supposed rights flowing from consistency, but presenting these for unknown reasons in the false uniform of rules dug out of the past.”

pior como um todo, ele ainda assim a aplicará, pois, consequência mais nefasta para o bem estar da comunidade seria auferida se a lei perdesse sua autoridade. Desse modo, a descrição ora feita do pragmatismo não leva a conclusões teratológicas, como se poderia supor. Não se está supondo, por exemplo, que um juiz pragmatista determinaria a execução de chefe do tráfico de drogas que continuasse suas atividades criminosas dentro do presídio, apenas porque ele entende que isso traria um benefício para a comunidade, tornando-a melhor do ponto de vista geral, pois esse mesmo juiz entenderia que, para fazer isso, ele teria que ignorar o disposto no art. 5º, XLVII, *a*, da CRFB/88 e ele compreenderia que fazer isso seria muito pior para a comunidade que acatar a regra constitucional e manter o criminoso vivo. Como já dito, o argumento pragmatista toma força nos casos difíceis.

Diante dessa argumentação, é impossível não lembrar dos acórdãos sobre a fidelidade partidária. De como em 1989, diversos Ministros do Supremo Tribunal Federal afirmaram que apesar de acharem que a comunidade estaria melhor com a proclamação da fidelidade, não viam como entender que a Constituição permitisse que se retirasse o mandato do parlamentar que deixasse o partido durante o seu curso. De como depois, em 2008, a Corte mudou sua orientação para, então, entender que a Constituição determinava, sim, esse efeito. É impossível não pensar que o Tribunal mudou sua jurisprudência porque entendeu que a nova orientação era um caminho melhor para a comunidade como um todo. Assim, ao contrário do que pode parecer, o pragmatismo é sim uma interpretação razoável da prática judiciária, como alerta Dworkin,⁵¹⁷ salvo se se puder demonstrar que o Tribunal efetivamente entende que as pessoas têm direitos em casos controversos e que eles devem prevalecer mesmo que isso não seja o melhor para a comunidade. Isso se torna especialmente relevante em face do dever do Estado de punir. Mormente quando existem bases legais que sufragam algum tipo de cálculo utilitarista, como é o caso do art. 312 do Código de Processo Penal, segundo o qual:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Fernando da Costa Tourinho Filho, comentando o dispositivo, afirma que: “é de concluir que toda e qualquer antecipação de pena violenta a Constituição Federal, a não ser que as circunstâncias tornem tal prisão estritamente necessária.”⁵¹⁸ De toda maneira, admite-se que a liberdade de alguém seja constringida, mesmo na ausência de sentença penal

⁵¹⁷ DWORKIN. 2001.

⁵¹⁸ TOURINHO FILHO. 2008. p. 807.

condenatória transitada em julgado, para “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal”. Nesse sentido, o mesmo autor pontua que:

Como a prisão preventiva tem caráter eminentemente cautelar, fácil concluir que as duas últimas circunstâncias autorizadoras da medida extrema (garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica) repousam na conveniência da sociedade ou têm um critério meramente utilitário.⁵¹⁹

Ocorre que, entendido dessa maneira, o encarceramento cautelar do acusado nessas bases redundaria em “um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão ‘ordem pública’ diz tudo e não diz nada.”⁵²⁰ A questão aqui não é deixar que a consideração do que seja a garantia da ordem pública se torne um pretexto para manter o acusado preso apenas porque a comunidade como um todo estaria melhor com o afastamento desse indivíduo do convívio social. É por isso que o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, vem interpretando o dispositivo e expedindo normas derivadas, determinando o que se deve entender como “garantia da ordem pública”. Dessa maneira, elementos como “o estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, **não pode** justificar, **só por si**, a decretação da prisão cautelar”,⁵²¹ também não motiva a prisão preventiva a gravidade do crime cometido.⁵²² Com efeito, conforme o Tribunal decidiu: “a garantia da ordem pública é representada pelo imperativo de se impedir a reiteração das práticas criminosas”.⁵²³ Essa questão demonstra que, conquanto se admita que princípios que tutelam bens coletivos – como a segurança pública – possam, em certas circunstâncias, limitar o exercício de direitos fundamentais, os critérios que devem ser utilizados para essa limitação não devem se pautar em cálculos utilitários. Desse modo, mesmo quando a lei protege bens coletivos sem estabelecer parâmetros claros de como isso se dará, deixando a sua fixação concreta ao Judiciário, a adoção de normas derivadas para a concretização dessa proteção deve se dar baseada na melhor interpretação dos princípios que pretendam determinar a decisão, segundo argumentos de princípio, e não baseada em cálculos utilitaristas, segundo argumentos de estratégia política.

Esse é o pano de fundo em que se desenrola a distinção entre princípios e políticas públicas e de como Dworkin pretende demonstrar que o pragmatismo não é uma interpretação

⁵¹⁹ TOURINHO FILHO. 2008. p. 809.

⁵²⁰ TOURINHO FILHO. 2008. p. 814.

⁵²¹ STF, HC n. 80.719/SP, Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 28/09/2001. p. 143.

⁵²² STF, HC n. 90.064/SP, Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 22/06/2007.

⁵²³ STF, HC n. 89.143/PR, Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 27/06/2008. p. 407.

adequada para a prática judiciária, uma vez que argumentos de estratégia política não são normalmente utilizados. Ao contrário, a distinção demonstra que, mesmo nos casos difíceis, o Judiciário procura por argumentos de princípio que justificam a sua decisão.

Destarte, quando o STF invoca dispositivos constitucionais que tutelam bens coletivos ou estabelecem metas coletivas, isso não quer dizer, segundo a teoria de Dworkin, que ele está se apoiando em argumentos de estratégia política para decidir alguma questão, pois mesmo quando ele atua dessa forma ele não empreende qualquer cálculo utilitarista. Pelo contrário, ele trata essas normas constitucionais como qualquer outra que conceda direito individual a alguém. Em ambos os casos, o Supremo usa dessas normas para aduzir argumentos de princípio e não de estratégia política. Dessa forma, medicamentos e acesso a creches são garantidos a pessoas carentes e o deputado que muda de partido perde seu mandato não porque a comunidade como um todo ficará melhor assim, mas porque a Constituição determina que assim seja.

Assim, uma vez assentado que as acusações de ativismo judicial se vinculam à adoção de normas constitucionais derivadas pelo Supremo Tribunal Federal, cumpre agora tratar de uma situação em que essa derivação se deu de forma, no mínimo, descuidada. Trata-se da questão da verticalização das coligações e ela oferece uma ótima oportunidade para continuar pensando sobre a legitimidade das decisões pautadas em considerações de princípio.

3.9 O real fundamento das acusações de ativismo judicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.685/DF

Como visto acima, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o art. 2º da EC n. 52/06, que determinava que a modificação por ela introduzida no § 1º do art. 17 da CRFB/88 teria vigência e eficácia imediata, aplicando-se à eleição do mesmo ano da sua publicação, porque entendeu que esse dispositivo era incompatível com o art. 16 da Constituição. Como esse dispositivo é expressão dos princípios amplos da segurança jurídica e do devido processo legal – normas que contêm paradigmáticas garantias individuais – ao teor do disposto no art. 60, § 4º, IV do mesmo Diploma Constitucional, a Emenda Constitucional não poderia ter sido sequer deliberada pelo Congresso Nacional, motivo pelo qual a sua promulgação se deu de forma inválida.

3.9.1 Premissa inicial

A história da verticalização pode, sem dúvida, ser vista pelo prisma meramente político. Inquestionavelmente, é válida a interpretação de que tudo não passou de uma “queda-de-braço”, uma guerra de poder entre os Poderes. Com isso, explicar-se-iam os posicionamentos de um lado e de outro como resultantes de mera conveniência política de momento, sendo os argumentos legais expedidos no contexto judicial mera “purpurina” para justificar fins ulteriores e que transbordariam, em muito, o que é meramente jurídico. São indicativos disso, as ilações mais ou menos veladas, lançadas pelos Ministros, sejam em direção ao Congresso e aos partidos políticos, sejam entre eles próprios. Para aqueles que pretendam adotar essa narrativa, a discussão constante dos acórdãos das ADI’s n. 2.626/DF⁵²⁴ e 3.685/DF,⁵²⁵ entre os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio de um lado e o Min. Nelson Jobim do outro, são indispensáveis.

Não é, todavia, o que se pretende aqui. O objetivo é abstrair dessa dimensão tanto quanto possível, não porque ela seja irrelevante, mas porque ela não é pertinente ao presente trabalho. Não é possível a este autor, ou qualquer outro de que se tenha notícia, sondar o íntimo pensamento dos membros do Judiciário para procurar as “reais” intenções que cada um tinha ao proferir certa decisão ou voto. Aqui, aplica-se o mesmo que foi dito acima em relação àqueles que alegam que existe um cálculo utilitarista subjacente às decisões do Supremo Tribunal Federal. O que é dado ao público são os argumentos colocados pelos Ministros para justificar seus pontos de vista. Como nos ensina Dworkin,⁵²⁶ fazer de forma diferente equivale a desconsiderar inteiramente o que foi dito efetivamente pelo Judiciário e tomar como real fundamento da decisão intenções sub-reptícias que só podem ser supostas. Em outras palavras, é ignorar aquilo foi posto, por algo meramente suposto, transformando a análise das decisões judiciais em um complicadíssimo exercício contrafactual.

É com base nesses argumentos que se conduzirá a análise da questão – independentemente de ulteriores e supostas intenções ocultas – pois apenas com a sua consideração é que o mérito das decisões pode ser analisado. Na medida em que, por força do art. 93, IX, da CRFB/88, é mandatório que os julgamentos sejam fundamentados e esses

⁵²⁴ STF, ADI n. 2.626/DF, Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 18/04/2004.

⁵²⁵ STF, ADI n. 3.685/DF, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006.

⁵²⁶ DWORKIN. 2001.

fundamentos vinculam aqueles que os expedem. Assim, independente de serem as intenções boas ou más, puras ou contaminadas, republicanas ou egoísticas, o valor da decisão se mede apenas pelo peso ou pela deficiência da sua argumentação e, mesmo tendo o Supremo Tribunal Federal a responsabilidade de decidir por último, ele não tem a palavra final, essa pertence à História.

3.9.2 O fundamento da inconstitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional n. 52/06

A princípio, é necessário que se fixe qual é exatamente a base para a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da EC n. 52/06, para evitar confusões futuras que possam nublar o entendimento do que a seguir será argumentado. Ao contrário do que se possa pensar, o fundamento da inconstitucionalidade de tal dispositivo não é o art. 16 da CRFB/88.

Sem dúvida, as regras constantes nesses dois dispositivos são antinômicas. Uma vez assentado que o art. 1º da Emenda Constitucional citada modificou o processo eleitoral, tem-se que existe uma regra nesse Diploma que determina que a modificação deverá ter eficácia imediata e uma regra da Constituição que estabelece que ela só deverá ter eficácia um ano após sua promulgação. Portanto, se está diante de uma hipótese clara de antinomia, pois, o ordenamento estabelece consequências distintas para suportes fáticos iguais.

Dessa maneira, torna-se necessário saber qual regra seguir, aquela que manda que o dispositivo se aplique imediatamente ou aquela que estabelece que ele só poderá ser aplicado em um ano. Os critérios clássicos de antinomia são aqui de pouca valia. Ambas as regras têm *status* constitucional e é irrelevante se elas foram lá inseridas pelo Poder Constituinte Originário ou Derivado. É assim porque, salvo nos casos em que a própria Constituição estabelece limites ao poder de emenda do Congresso Nacional, o fato de que uma delas é originária não tem qualquer papel. Aqui não se descarta do fato de que a redação atual do art. 16 foi dada, ela também, por meio de emenda constitucional ou, ainda, de que a modificação no dispositivo não gerou qualquer consequência para a hipótese ora analisada. O critério hierárquico é irrelevante.

Pelos critérios temporais e da especialidade, ter-se-ia que concluir pela aplicabilidade do art. 2º da Emenda citada. Porém não se trata de um problema de antinomia, mas sim de competência. Trata-se de saber se o Congresso tinha ou não a competência para promulgar o último dispositivo citado. Portanto, a questão se resume ao art. 60, § 4º, da CRFB/88 que

subtrai a competência do Congresso de deliberar emendas constitucionais que tendam a abolir certas normas relativas às categorias jurídicas ali elencadas. Mais especificamente, o importante é determinar se a promulgação da emenda, tal qual aprovada pelo Congresso Nacional, tende a abolir as garantias e direitos individuais.

O Supremo enxergou no art. 16 uma garantia individual, baseando-se no *caput* e no inciso LIV do art. 5º, todos da Constituição. A regra contida no citado art. 16 teria por objetivo proteger o cidadão eleitor de mudanças no processo eleitoral que pudessem de algum modo deturpar a livre escolha do voto, coisa que é, conforme se argumentou, exigida pelos princípios encerrados nos dispositivos citados. O *modus operandi* dessa proteção se dá através do estabelecimento de um limite temporal.

Dessa forma, um ano antes das eleições devem estar definitivamente fixadas as regras que irão reger a disputa eleitoral. Foi exatamente isso que levou os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sua maioria, a fulminar a validade do art. 2º da EC n. 52/06, afirmando que o Congresso Nacional não tinha competência para promulgar essa regra, de modo que, ao fazê-lo ele violou o disposto no art. 60 § 4º, da CRFB/88. Isso porque, conforme entendeu o Tribunal, o art. 16 da Constituição não pode ser ignorado sem que sejam vulnerados o *caput* e o inciso LIV do art. 5º da CRFB/88. Naturalmente, nenhum desses dispositivos trata imediatamente do processo eleitoral, quer dizer, não está na extensão explícita de nenhum deles que o Poder Constituinte Derivado não tem poderes para modificar o processo eleitoral a menos de um ano da eleição. Isso não quer dizer, contudo, que eles não sejam aplicáveis à questão da modificação do processo eleitoral.

Em um processo de construção de uma interpretação coerente da Constituição, foi possível ao Tribunal apreender que ela continha uma regra que determinava a impossibilidade de modificação do processo eleitoral faltando menos de um ano para eleição e que o objetivo dessa regra era preservar o processo eleitoral de casuísmos e influências políticas indevidas que pudessem turvar a livre escolha do eleitor, beneficiando alguns grupos políticos em detrimento de outros. Observou-se mais, que a Constituição garantia a todos certa estabilidade jurídica e que ela também depositava especial atenção no procedimento pelos quais os cidadãos podem exercer seus direitos de um modo geral.

Tomou-se essas duas últimas garantias da Constituição como princípios e dessa maneira justificou-se que, fossem eles considerados, o Tribunal deveria se orientar no sentido de que era inconstitucional a modificação do processo eleitoral feita em desrespeito ao prazo estipulado no art. 16 do Diploma Constitucional, pois, do contrário, resultaria uma modificação de um dado procedimento pelo qual os cidadãos exercem seus direitos em

prejuízo de uma salvaguarda constitucional à estabilidade do ordenamento jurídico que estava, por sua vez, incorporada, ela mesma, dentro desse procedimento. Assim, julgou-se que era mais importante o respeito a esses princípios materiais do que a manutenção, nesse caso específico, dos poderes do Congresso Nacional de reforma da Constituição.

Em resultado disso, foi estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal uma regra constitucional derivada segundo a qual o Congresso Nacional, seja por que meio for, não tem competência para modificar o processo eleitoral a menos de um ano da realização da eleição. O problema de toda essa argumentação e, o que atiçou os ânimos de alguns Ministros, é que essa mesma linha e esses mesmos princípios, exigiriam que também os Tribunais não pudessem mudar a norma regente do processo eleitoral no mesmo período. Todavia, foi justamente o que fez o TSE nas eleições de 2002.

3.9.3 Sobre as formas como as normas podem ser modificadas

Em 1998, a norma contida no art. 6º da Lei Ordinária n. 9.504/97 foi interpretada, conforme testemunho dado pelo próprio presidente do TSE à época, acima citado, no sentido de que as circunscrições estaduais e a circunscrição federal eram absolutamente distintas. Dessa forma, não haveria que se falar em verticalização das coligações. Em outras palavras, a coligação feita no nível federal não vinculava os partidos no nível estadual. Portanto, a norma que regeu a eleição de 1998 determinava que não deveria haver vinculação.

Segundo o conceito de norma jurídica defendido, essa é um ente semântico, um sentido. Sentido esse auferido, na maior parte das vezes, de um texto legal, ou seja, de um dispositivo normativo. O dispositivo normativo não é, em si, mais do que um conjunto de símbolos colocados de forma justaposta. Apenas quando auferido o sentido dessa sentença linguística é que surge a norma, aquilo que efetivamente determina o que deve ser feito. A construção desse sentido se dá naturalmente, através de um processo interpretativo. Dessa maneira, o dever-ser é sempre fruto de um processo interpretativo.

Assim, quando um tribunal aplica uma regra, ele deriva a norma expressa no dispositivo veículo da regra por meio da interpretação da mesma forma, que alguém faz, diante de uma situação concreta, para determinar qual é a conduta legalmente esperada. Desse modo, dado certo contexto fático regulado pelo ordenamento jurídico, a conduta juridicamente prescrita provém de uma interpretação, de tal modo que para que se altere a

conduta juridicamente prescrita nesse mesmo contexto fático, ou seja, a norma que rege essa dada situação, é necessário que se modifique a interpretação do ordenamento jurídico acerca do que ele comanda nessa mesma dada circunstância.

Isso pode se dar, basicamente, de dois modos. Pode-se mudar o texto no qual se baseia prioritariamente a interpretação derivativa da norma ou, então, pode-se mudar apenas o sentido que se aufer de um mesmo texto. Em qualquer dos casos, no entanto, seja com a mudança do texto, seja com a mudança apenas do seu sentido, a norma resta modificada, ou seja, não mais se exige de alguém a conduta *a* em certo contexto fático, mas a conduta *b*.

Assim, ainda que a modificação do texto normativo esteja reservada para aqueles que têm competência para tal, segundo as regras de competência pertinentes, é possível que a norma seja modificada pela alteração da interpretação da qual ela é resultado. Em ambas as hipóteses, a consequência prática é a mesma, o sujeito à norma que antes se comportava de uma forma, deverá, se desejar atuar licitamente, agir de outra.

Uma questão importante que tem que ser dita é que, ao contrário do que se poderia pensar, não existe *a priori* nenhum problema na modificação da norma por mera alteração de interpretação. Com efeito, é inerente ao mister do Judiciário que, por vezes, a orientação quanto à interpretação de um certo dispositivo mude, cambiando, conseqüentemente, também a norma dele decorrente. Não é competência exclusiva do Legislativo estabelecer quais os direitos e deveres que existem em uma dada ordem jurídica.

Esse Poder tem, sem dúvida, a competência, nos termos do art. 48 da CRFB/88, para elaborar os diplomas mencionados no art. 59 da Constituição, ou seja, para estabelecer uma série de diplomas normativos que devem ser aplicados pelo Judiciário. Todavia, da simples existência da lei, nem sempre é possível derivar quais são os direitos e deveres dos sujeitos de direito, ainda que seja inegável que, na maior parte das vezes, é possível ao Judiciário determinar qual a conduta exigível.

Todavia, aplicação e interpretação são procedimentos indistinguíveis no direito, quer dizer, não é possível aplicar a lei, sem interpretá-la. Ao fazer isso, o Judiciário termina o trabalho do Legislativo, fixando as normas. Nesse procedimento, como mencionado, podem surgir dúvidas quanto à aplicação de um dado dispositivo, ou seja, os sujeitos de direito podem não saber ou entrar em conflito sobre qual o comportamento normativamente comandado e, nesses casos, cabe ao Judiciário resolver a lide e solucionar a dúvida, fixando a norma.

Dadas as circunstâncias, é mesmo possível que o Judiciário mude a interpretação de um dispositivo que se tinha anteriormente ou entenda que a forma como ele vinha sendo

aplicado estava equivocada. A análise das circunstâncias nas quais é legítimo que o Tribunal aja dessa forma não é relevante por ora, o importante é apenas constatar que é dado ao Judiciário, em tese, modificar uma norma, através da alteração da interpretação do dispositivo por meio do qual ela é veiculada, sem que com isso se possa dizer que ele está invadindo a competência legislativa. Assim, pode ser até que uma decisão judicial que altere uma norma seja questionável, mas o questionamento deve se fulcrar em outras bases, não na simples alegação de extrapolação de competência.

3.9.4 Da modulação temporal de efeitos da decisão de inconstitucionalidade

Uma questão relevante é a de que a modificação do texto do dispositivo tem, normalmente, efeito *ex nunc*, enquanto a modificação da interpretação tem, via de regra, efeito *ex tunc*. Existem uma série de barreiras na Constituição à aplicação retroativa das leis, dentre as quais sobressaem a garantia ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI) e a proibição de retroação da lei penal, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, XL). A garantia contra a modificação do ordenamento pátrio por novas leis encontra na Constituição, inclusive, proteções mais amplas que a mera proibição de retroação, como aquelas das garantias contidas nas alíneas *b* e *c* do art. 150, III, e a do próprio art. 16, que estabelecem limites temporais à eficácia de certas leis. Todavia, não existe o mesmo tipo de proteção para a modificação da norma jurídica decorrente de alteração de interpretação, ou, ao menos, elas não estão explícitas na Constituição como aquelas acima referidas.

Não se pode negar que já se despertou para o problema. Na doutrina pode-se colher lições a respeito do assunto em autores tão respeitados quanto Paulo Bonavides, que dedicou à questão uma seção em seu famoso *Curso*,⁵²⁷ e Misabel Abreu de Machado Derzi, que dedicou todo um livro às implicações tributárias das modificações jurisprudenciais.⁵²⁸

Pode-se citar uma situação na qual essa preocupação transbordou do campo teórico para o legislativo, aquela da declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo legal. Nesse sentido, cabe lembrar a existência do disposto no art. 27 da Lei Ordinária n. 9.868/99 que dispõe sobre a possibilidade de o STF modular os efeitos da declaração de

⁵²⁷ BONAVIDES. 2010.

⁵²⁸ DERZI. 2009.

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no controle concentrado de modo que a decisão só surta efeitos a partir de um marco temporal fixado pelo Tribunal.

Mesmo no controle difuso, o Supremo Tribunal Federal admite excepcionalmente a modulação de efeitos da decisão que declara incidentalmente a inconstitucionalidade de ato estatal. Tal admissão se deu, por exemplo, no RE n. 197.917/SP.⁵²⁹ Naquela ocasião, o Min. Gilmar Mendes, em seu voto, depois de fazer um histórico da questão na jurisprudência da Suprema Corte americana, retomando vários casos julgados por lá no quais se atribuiu efeito prospectivo à declaração de inconstitucionalidade, afirma: “Vê-se, pois, que o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade”.⁵³⁰ Assim, continua o Ministro “se o sistema constitucional legítima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, esta decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas.”⁵³¹

O Ministro registra, inclusive, a existência de um acórdão do STF de 1977,⁵³² no qual se discutiu, como *obiter dictum*, a possibilidade de adoção de certa modulação temporal nos efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade no controle de constitucionalidade difuso, citando, naquela oportunidade, a *Teoria Geral do Direito e do Estado* de Hans Kelsen em suporte ao argumento. O Ministro, depois, ainda levanta uma série de decisões do Supremo Tribunal Federal nas quais houve alguma forma de modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, destacando que: “no direito brasileiro, jamais se aceitou a ideia de que a nulidade da lei importaria na eventual nulidade de todos os atos que com base nela viessem a ser praticados.”⁵³³ E ele Conclui:

Nesses termos, resta evidente que a norma contida no art. 27 da Lei 9.868, de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor materializável sob a forma de interesse social.⁵³⁴

⁵²⁹ STF, RE n. 197.917/SP, Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 07/05/2004.

⁵³⁰ STF, RE n. 197.917/SP, Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 07/05/2004. p. 410.

⁵³¹ STF, RE n. 197.917/SP, Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 07/05/2004. p. 414.

⁵³² STF, RE n. 79.343/BA, Min. Leitão de Abreu, Segunda Turma, DJ 02/09/1977.

⁵³³ STF, RE n. 197.917/SP, Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 07/05/2004. p.421.

⁵³⁴ STF, RE n. 197.917/SP, Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 07/05/2004. p.437.

3.9.5 Da justificativa para a extensão da modulação temporal de efeitos para mudanças de interpretação

Do que foi dito pelo Min. Gilmar Mendes, é possível ir um pouco mais longe. Pois, se deve ser admitido que a regra do art. 27 da Lei n. 9.868/99 é meramente interpretativa, sendo uma expressão de princípios mais amplos da Constituição, não se pode também deixar de aceitar que esses mesmos princípios protejam o cidadão de mudanças jurisprudenciais que não impliquem a declaração de inconstitucionalidade de algum dispositivo. No caso da inconstitucionalidade é possível modular os efeitos porque até a declaração do Supremo presumia-se que a lei fulminada era constitucional. Quer dizer, tinha-se por certo uma interpretação da Constituição segundo a qual aquela norma era constitucional, interpretação essa que é mudada pelo Tribunal quando esse a declara inconstitucional. Assim, seja quando há mudança na interpretação de um dispositivo, seja quando um dispositivo é julgado inconstitucional, a decisão decorre de uma mudança interpretativa e não existe motivo para que se possa proteger os afetados por causa de uma mudança e não se possa protegê-los da alteração decorrente de outra.

A questão aqui é que a interpretação é constitutiva da norma.⁵³⁵ Isso porque só é possível saber o que certo dispositivo legal determina que se faça interpretando-o, só assim é possível extrair o seu sentido, seu dever-ser, a sua norma. Importante é a lição de Häberle, citada pelo Min. Menezes Direito, segundo quem:

O juiz não é o único intérprete da Constituição porque os cidadãos e todos aqueles que participam da sociedade, indivíduos e grupos, a opinião pública, são forças vigorosas de interpretação, partindo do pressuposto de que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada.⁵³⁶

⁵³⁵ DERZI. 2009. “Mas se toda sentença – seja ela declaratória, condenatória, ou constitutiva – é também criação do Direito, então toda sentença constitui Direito novo. Assim como a lei, que inova o mundo jurídico, passa a existir no momento de sua publicação, e esse marco temporal é de suma relevância para desencadear a formação da expectativa normativa legal que, por sua vez, desencadeia a compreensão de princípios constitucionais como a irretroatividade (das leis) e a proteção da confiança, também a sentença é ato de criação do Direito, a partir da sua publicação (em especial aquela qualificada pela coisa julgada) ou de outro marco temporal. Ela constitui a expectativa normativa judicial. Nesse sentido, toda sentença é constitutiva de Direito novo, que marca – se pronunciada em instância final – a formação de uma expectativa normativa.” p. 247.

⁵³⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional* – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1977 *apud* STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 481.

Nessa mesma direção, o Min. Gilmar Mendes afirma que “é preceito básico da hermenêutica constitucional que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada”⁵³⁷ e ainda que:

[É] somente no momento de sua aplicação aos casos ocorrentes que se revelam o sentido e o alcance dos enunciados normativos. Com base em Perez Luño e Reale, enfatiza-se que, em verdade, a norma jurídica não é pressuposto, mas o resultado do processo interpretativo ou que a *norma* é a sua interpretação.⁵³⁸

Dessa forma, conquanto seja inegável que todos os sujeitos de direito interpretam a norma, pois, só assim ela passa a existir propriamente como norma, em última instância, é a interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre dado dispositivo que fixa, finalmente, qual é a norma por ele expressa. As palavras do Min. Celso de Mello são representativas nesse sentido:

Daí a precisa observação de FRANCISCO CAMPOS (“**Direito Constitucional**”, vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), cujo **magistério** enfatiza, **corretamente**, que, no **poder de interpretar**, **inlui-se** a prerrogativa de formular e de revelar o próprio sentido do texto constitucional.⁵³⁹

Foi por isso que se disse que a mudança na interpretação de certo dispositivo implica a criação de uma nova norma. Isso não quer dizer, contudo, que o ato interpretativo se confunda com o ato interpretado e, muito menos, que um possa ser tomado pelo outro. São sem dúvida atos distintos, mas apenas do conhecimento daquele é que se pode saber, ao certo, o que é este exige.

O que foi dito tem um efeito prático importante, pois se a interpretação for mesmo constitutiva da norma e a mudança na interpretação gera uma nova norma, o ato interpretativo pode esbarrar nas mesmas limitações que são impostas à modificação da norma jurídica por meio da alteração no corpo do próprio ato interpretado, ou seja, na alteração do texto do dispositivo legal interpretado. Não se está dizendo com isso que se deva subverter a noção, arraigada no direito pátrio e essencial para que o Judiciário possa exercer sua principal função constitucional que é a de pacificação dos conflitos sociais,⁵⁴⁰ de que as decisões que

⁵³⁷ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 613.

⁵³⁸ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. pp. 631-632.

⁵³⁹ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 459.

⁵⁴⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. *Direito e democracia: a reforma global da justiça*. Porto: Afrontamento, 2001. *apud* CARVALHO. 2004. “A reforma judicial é um componente essencial do novo modelo de desenvolvimento e a base para a uma boa governação, devendo por isso, ser a prioridade do Estado não intervencionista. A administração da justiça é essencialmente um serviço prestado pelo Estado à comunidade, de

modifiquem entendimentos jurisprudenciais anteriores devam ter, em regra, efeito *ex nunc*. Mas apenas que, em certas situações, nas quais direitos e garantias individuais possam ser gravemente afetados pela modificação da jurisprudência, poderia ser considerado a hipótese de dar à decisão alteradora da jurisprudência efeitos *ex nunc*. Porque da mesma forma como se dá com a declaração de inconstitucionalidade, na mudança de interpretação da norma, seja para declarar constitucional norma que antes era tida inconstitucional, seja para julgar em face da Constituição ato de natureza não legislativa, seja para mudar interpretação de dispositivo legal em face da Constituição, tem-se que num momento – antes da decisão do Tribunal – dada situação fática é regida por uma certa norma, e no seguinte – depois da decisão do Tribunal – ela é regida por outra. Em outras palavras, do ponto de vista prático, em todas as hipóteses acima, o efeito é semelhante àquele da declaração da inconstitucionalidade de um ato normativo em controle concentrado.

O Tribunal caminhou nessa direção, por exemplo, no julgamento a respeito da fidelidade partidária, no qual modificou a sua jurisprudência a respeito da questão, quando determinou que só perderiam o mandato aqueles parlamentares, eleitos pelo sistema majoritário, que mudassem de partido em data posterior à resposta da Consulta n. 1.389/DF,⁵⁴¹ modulando os efeitos de uma decisão que não tratava de controle de constitucionalidade de ato normativo, sequer incidentalmente. O Min. Celso de Mello justificou da seguinte forma a modulação dos efeitos da decisão:

Esta Suprema Corte, **considerando os precedentes** por ela própria firmados, **analisados** sob a perspectiva **das múltiplas funções** que lhe são inerentes – **tais como conferir previsibilidade** às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, **atribuir estabilidade** às relações jurídicas constituídas sob a sua égide, **gerar certeza** quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados **de acordo** com esses mesmos precedentes e **preservar** assim, **em respeito** à ética do Direito, **a confiança** dos cidadãos nas ações do Estado –, **tem reconhecido** a possibilidade, **mesmo** em temas de índole constitucional (**RE 197.917/SP**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), **de determinar, nas hipóteses** de revisão **substancial** da jurisprudência, **derivada** da ruptura de paradigma, **a não-incidência**, sobre situações **previamente** consolidadas, **dos novos** critérios **consagrados** pelo Supremo Tribunal.⁵⁴²

Em outra oportunidade, o Min. Carlos Britto afirmou que:

O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões,

maneira a preservar a paz social e facilitar o desenvolvimento econômico por meio da resolução de conflitos.” p. 117.

⁵⁴¹ TSE, Consulta n. 1.389/DF, Min. Francisco César Asfor Rocha, DJ 08/05/2007.

⁵⁴² STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008. p. 465.

com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto.⁵⁴³

3.9.6 O voto do Ministro Sepúlveda Pertence na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.626/DF

Voltando à análise do imbróglie relativo à verticalização das coligações, depois dos necessários esclarecimento teóricos acima feitos, é possível dizer que, tal como já tratado, quando o TSE modificou a interpretação do citado dispositivo da Lei das Eleições, ele alterou a norma expressa por esse diploma normativo. Assim, os partidos políticos que antes podiam se coligar de maneira distinta nas eleições estaduais e federais, se viram vinculados pela verticalização depois da resposta à Consulta n. 715/DF.⁵⁴⁴ É normal que se questione a interpretação que um órgão do Judiciário dá a certo dispositivo legal, principalmente em questões jurídicas controvertidas, nos chamados *hard cases*, nos quais juristas razoáveis poderão ter opiniões distintas quanto à melhor solução para o caso. Todavia, não existe critério capaz de demonstrar matematicamente qual é a melhor decisão, ainda que se admita, em tese, que uma *melhor decisão* possa existir.⁵⁴⁵ Não obstante, o problema com a questão das coligações não se refere apenas ao mérito da decisão do TSE.

Com efeito, na ADI n. 2.626/DF foi alegado pelos partidos políticos autores que: a) o TSE havia extrapolado a sua competência, passando à posição de legislador, violando os arts. 5º, II; 22, I; e 48, *caput* da CRFB/88; b) a modificação procedida pelo TSE não respeitou o disposto no art. 16 da CRFB/88 e, nesse mesmo sentido, foi violado o devido processo legal do art. 5º, LIV, também da Constituição; e c) o TSE havia violado a liberdade organizacional dos partidos políticos garantida pelo § 1º do art. 17 da Constituição.⁵⁴⁶ Como já informado, o Supremo não conheceu da Ação Direta sob o fundamento de que essa não era a via correta para atacar ato secundário meramente interpretativo e, assim, a Corte nunca chegou a analisar propriamente as alegações acima. Porém, é importante ressaltar uma questão quanto a essa ADI. Conforme notado pelos Ministros que compuseram a maioria – principalmente o Min.

⁵⁴³ STF, CC n. 7.204/MG, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 09/12/2005. p. 304.

⁵⁴⁴ TSE, Consulta n. 715 – Brasília/DF, Resolução 21.002 de 26/02/2002, Min. Jacy Garcia Vieira, DJ 15/03/2002.

⁵⁴⁵ DWORKIN. 2001.

⁵⁴⁶ STF, ADI n. 2.626/DF, Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 18/04/2004.

Nelson Jobim e o Min. Carlos Velloso –, o não conhecimento da ação decorria de jurisprudência consolidada da Corte de que ato secundário não pode ser atacado por ação direta. O Min. Carlos Velloso se posicionou da seguinte maneira:

Sr. Presidente, considerando que estamos diante de um ato normativo secundário, não há como conhecer da ação. E não há falar, como li numa ou noutra publicação, hoje ou ontem, que uma decisão desse tipo representaria estar o Supremo Tribunal Federal lavando as suas mãos, tal qual Pilatos. Aqui, na verdade, ou se conhece da ação, ou não. Para conhecê-la, teremos de mudar a jurisprudência da Casa e não estou disposto a fazê-lo, porque ela se assenta, na verdade, em fundamentos científicos.⁵⁴⁷

Assim, quando a Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade da alteração da norma eleitoral, via modificação de interpretação, ela julgou que era mais importante a manutenção da sua própria jurisprudência relativa aos atos que podem ser impugnados por ação direta, do que a proteção constitucional a certa estabilidade da ordem jurídica, em especial dos procedimentos pelos quais os cidadãos exercem seus direitos de forma geral.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito, se apoia em um raciocínio muito singelo segundo o qual o autor teria investido contra o ato estatal errado. Como o TSE não fez mais do que interpretar a norma contida no art. 6º da Lei Ordinária n. 9.504/97 concedendo um sentido ao amontoado de palavras constantes do dispositivo, notadamente à expressão “dentro da mesma circunscrição”, o questionamento de que a norma gerada por essa interpretação é inconstitucional não poderia se dirigir à decisão que interpretou o dispositivo, pois, para todos os efeitos jurídicos, ela, em tese, apenas indicou qual era, efetivamente, a norma contida no referido dispositivo legal. Nesse sentido, se a nova norma é inconstitucional é ela que deve ser atacada por meio de ação direta. É esse o sentido da jurisprudência da Corte sobre a questão.

Em sendo assim, não obstante, não terem muito fundamento, em vista do que foi dito, as alegações de extrapolação de competência e de violação à liberdade de atuação dos partidos políticos, seja porque, no primeiro caso, é difícil, senão inteiramente impossível, estabelecer quais são os critérios para diferenciar interpretação de criação, até porque o processo interpretativo é, em certo sentido, criativo; seja porque, no segundo caso, era ao ato interpretado a que deveria se dirigir a impugnação e não ao ato interpretativo; a alegação de que a modificação na interpretação do TSE viola o art. 16 da Constituição parece ter mais substância.

⁵⁴⁷ STF, ADI n. 2.626/DF, Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 18/04/2004. p. 577.

Até porque seria possível conceder algum efeito à interpretação anterior, conforme demonstra a construção feita acima. Com efeito, a modificação normativa imprimida pela alteração da interpretação dada ao art. 6º da Lei n. 9.504/97, modificou o processo eleitoral e isso, como determinou o próprio Supremo Tribunal Federal alguns anos depois, afetava direitos e garantias individuais. Afetava de maneira tal que se justificou a invalidação de ato do Poder Constituinte Derivado com base nisso. Assim, no caso em tela, era possível, inclusive, se dizer que estava sendo comprometida a segurança jurídica e que existia excepcional interesse social de que fosse preservada a garantia do art. 16 da Constituição. Dessa maneira, poder-se-ia justificar até uma modulação de efeitos da decisão em reverência à incolumidade da Constituição.

É justamente o que se pode observar do voto do Min. Sepúlveda Pertence na ADI 2.626/DF.⁵⁴⁸ Ainda que o Ministro não tenha mencionado qualquer intenção de modular os efeitos da decisão do TSE, ele manifestou o entendimento de que cabia a aplicação do art. 16 no caso. Ele faz a seguinte reflexão sobre o mérito da ADI: “cuida-se de saber se o art. 16, da Constituição [...] aplica-se ou não [...] a atos de menor hierarquia, desde que inovem no chamado – por mim, na introdução do meu voto – ‘bloco da legislação eleitoral’”.⁵⁴⁹ Assim, “o ponto, então, a saber é se houve alteração da regulamentação ou da interpretação – se quiserem – da mesma lei, de um processo eleitoral para outro. Estou, Sr. Presidente, que a resposta é afirmativa.”⁵⁵⁰ Isso porque, conforme explica o Ministro, aplicou-se a norma de forma distinta nas eleições de 1998 e na de 2002, por força da novel interpretação dada a certo dispositivo pelo TSE. Portanto:

Em síntese, a invocação do art. 16 é adequada e põe questão constitucional, quando se assenta que houve alteração na interpretação normativa da mesma norma, pelo TSE, em dois processos eleitorais subsequentes. E torna, então, grave a questão constitucional de indagar-se se essa inovação, que não pode ser assentada por lei, poderá ser feita em instrumento, como tantas vezes se disse aqui, que é secundário mais do que o de outro. A interpretação da lei, no caso, está prenhe da solução de questões constitucionais, levando à divisão do TSE, de tal modo imbricadas no tema da validade da norma regulamentar questionada, que não é possível reduzir esse dispositivo impugnado ao resultado de uma leitura infraconstitucional da lei ordinária.⁵⁵¹

Dessa maneira, quando veio ao Supremo a ADI questionando a constitucionalidade do art. 2º da EC n. 52/06 às vésperas da eleição de 2006 e o Supremo tal como visto, lhe

⁵⁴⁸ STF, ADI n. 2.626/DF, Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 05/03/2004.

⁵⁴⁹ STF, ADI n. 2.626/DF, Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 05/03/2004. p. 510.

⁵⁵⁰ STF, ADI n. 2.626/DF, Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 05/03/2004. p. 511.

⁵⁵¹ STF, ADI n. 2.626/DF, Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 05/03/2004. p. 524.

fulminou a validade concedendo, com base nos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, o caráter de cláusula pétrea ao art. 16 da CRFB/88, ficou o sentimento de que algo não estava bem certo. Com efeito, o Supremo validou a modificação feita pelo TSE e invalidou aquela feita pelo Congresso Nacional, quando ambas alteraram o processo eleitoral a menos de um ano da eleição. A diferença é que a primeira operou a modificação a propósito de interpretar um dispositivo legal e a segunda a propósito de modificar a Constituição. Na primeira, a segurança jurídica foi utilizada para passar por cima do art. 16 da Constituição e na segunda ela foi a base da aplicação desse dispositivo. Isso demonstra a maleabilidade dos princípios, mas demonstra também a necessidade de parâmetros mais claros para a sua utilização.

Portanto, o grande problema não é uma postura proativa do Supremo Tribunal Federal na aplicação da Constituição. Os problemas eram o histórico da questão e a forma errática como os princípios foram ponderados nos acórdãos sobre a matéria e, tendo em vista o que foi colocado na premissa inicial acima, é a isso que se resume a situação, a um questionamento da forma como o Supremo aplicou a Constituição nos diferentes casos, dando dimensões diferentes e não necessariamente justificadas aos princípios constitucionais. Ou seja, era um problema de consistência principiológica e, se isso for verdade, a decisão não é ilegítima por ter interferido em competência do Congresso Nacional, ou por ter sido dada em virtude de uma guerra de egos, mas porque a decisão ignorou a integridade.

4 QUANDO A POLÍTICA É INTEGRA

4.1 Breve recapitulação

Historicamente, o Estado sempre foi utilizado como ferramenta de repressão e violência. Está em sua essência licenciar apenas a violência por ele impingida. Ele subjuga aqueles que estão sobre o seu bastião. Com as revoluções burguesas, passou-se a entender que a violência estatal deveria se dar não ao talante do déspota, pináculo do sistema político monárquico-imperial, mas nos termos da *lei*.

Essa noção básica traz consigo todas as dificuldades que foram discutidas até agora na presente dissertação. Entre elas, como se notou, uma das mais proeminentes é a da aplicação da *lei* pelo Judiciário, ou seja, a questão da determinação das situações nas quais se justifica que um juiz, ou um painel deles, imponha a alguém, violentamente, se necessário, alguma conduta.

A *lei* conteria uma série de padrões que determinariam o que é que deve ser feito por aqueles a ela sujeitos. Na circunstância em que alguma dessas pessoas não tenha agido conforme estabelecido por esses padrões, justificar-se-ia, então, que contra ela fosse imposta a violência estatal. Esses padrões, que determinam o que é que se deve fazer, sob pena de se ver na contingência de ser violentamente constrito a tal, são, segundo as teses aqui adotadas, normas. Alertou-se que existem normas que não justificam a utilização da força pelo Estado, mas que, por outro lado, todos aqueles padrões que têm essa característica são normas. Aduziu-se ainda, que algumas normas contêm compromissos específicos, com pretensões de estabelecer definitivamente qual deve ser a conduta adotada. Essas normas são positivadas por certos órgãos da comunidade que têm, segundo uma série de outras regras adotadas anteriormente, competência para elaborar essas novas regras. Afirmou-se ainda que existe um outro tipo de norma, do qual é possível derivar argumentos que justifiquem a adoção de uma dada decisão específica e que esses padrões não necessitam de ser promulgados por algum órgão da comunidade, conquanto possam sê-lo. Foi dito ainda que o primeiro tipo de norma são as regras e que o segundo são os princípios. Argumentou-se que as regras têm finalidades subjacentes que podem ser identificadas com princípios e que a determinação dessas finalidades é fruto de um processo interpretativo e que a conduta particular estabelecida por essas regras é sensível a essas finalidades subjacentes.

Nesse diapasão, foi introduzida a Tese dos direitos, segundo a qual esses princípios subjacentes às regras e outros eventualmente promulgados pelos órgãos da comunidade competentes para esse fim são as verdadeiras bases da licença do Estado para utilizar a violência, isso é, desde que a utilização da força se baseie na melhor interpretação desses princípios, ela seria justificável e legítima. Pontuou-se, contudo, que numa série de casos a conduta determinada por essa melhor interpretação seria controversa, ou seja, juristas competentes e de boa-fé discordariam sobre qual a melhor solução para um litígio posto diante deles. Nesses casos, caberia ao Judiciário definir como a força estatal seria utilizada. Isso se deveria dar com base em argumentos de princípio, ou seja, em argumentos sobre os direitos que as pessoas ou a coletividade têm, determinados conforme a melhor interpretação dos referidos princípios, e não com base naquela decisão que, segundo algum tipo de cálculo utilitarista, tornaria melhor a comunidade a longo prazo.

4.2 Os três ideais políticos

Chegou agora o momento de explorar melhor o que significa a Tese dos direitos e como os princípios podem ser a base do sistema político e de explicar porque eles são o melhor fundamento para justificar a utilização da violência pelo Estado. Para fazer isso é preciso que se volte a uma distinção que foi feita no Capítulo 2 entre os princípios de natureza substantiva e os princípios de natureza formal.

Não existe um teste semântico – ou algum tipo de critério *a priori* – para definir quais são os princípios substantivos e quais são os formais, ambos devem ser tratados como categorias interpretativas e, nesse sentido, a eles devem ser oferecidas certas concepções. Os princípios substantivos são, assim, aqueles identificados com a ideia de Justiça.⁵⁵² Por outro lado, os princípios formais podem ser tanto materiais, quanto procedimentais. Os princípios formais materiais, entre os quais se destaca a legalidade – e a sua função integradora – estão ligados à manutenção das decisões tomadas pelos órgãos representativos da comunidade, competentes para a promulgação de regras, identificando-se com a manutenção da vontade da

⁵⁵² Não se ignora aqui as dificuldades que identificar algo com a “ideia de Justiça” implica. Mais à frente o que é que se pretende com essa identificação ficará mais claro e conquanto outras pessoas possam discordar da utilização do termo feita pelo presente trabalho, pretende-se, pelo menos, que a sua utilização se dê de forma coerente.

maioria. Os princípios formais procedimentais, por sua vez, tratam, como o próprio nome indica, das formas de exercício do poder e dos direitos.

Sem dúvida, os dois tipos de princípios formais se relacionam também com a ideia de Justiça, no sentido de que uma concepção completa desse conceito que não os levasse em consideração seria incompleta. Assim, sem negar que, em última instância, é aceitável a conclusão de que esses princípios formais colapsam em princípios substantivos, sendo, nesse sentido e em certo grau, também expressões destes, não deixa, por outro lado, de ser prático e interessante do ponto de vista da análise teórica vê-los como entidades distintas.

Esses princípios se identificam com alguns ideais. Dworkin explica quais são eles: “uma justa distribuição de recursos e oportunidades”,⁵⁵³ “uma estrutura política equitativa”⁵⁵⁴ e “um processo equitativo de fazer vigorar as regras e regulamentos que os estabelecem”.⁵⁵⁵ Ele chama esses ideais respectivamente de justiça, *fairness*⁵⁵⁶ e devido processo. Ele alerta que: “Esses nomes são um tanto arbitrários; outros são comumente usados na filosofia política e, às vezes uma das virtudes que eu [Dworkin] distingo é tratada como sendo outra. O devido processo é normalmente caracterizado como um tipo de *fairness* ou um tipo de justiça, por exemplo.”⁵⁵⁷

Aqueles que aceitam o *fairness* como um ideal têm por objetivo tornar as decisões políticas da comunidade a melhor expressão possível da vontade dos cidadãos, de modo que todos eles possam influenciá-las igualmente, tornando-as, assim, expressões da vontade da maioria, no sentido de que essas decisões devam ser tão semelhantes quanto possível àquelas que eles mesmos tomariam em uma situação ideal, na qual eles pudessem, eles próprios, sem a necessidade de representantes e sem restrições de tempo, tomá-las de maneira informada e refletida, nos moldes de uma democracia direta perfeita. Nas palavras de Dworkin:

Fairness na política é uma questão de encontrar os procedimentos políticos – métodos de eleição de representantes e de tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado – que distribuam o poder político do jeito correto. Isso é geralmente entendido hoje, pelo menos nos Estados Unidos e no Reino Unido, como significando procedimentos e práticas que dão a todos os cidadãos, mais ou menos, igual influência nas decisões que os governam.⁵⁵⁸

⁵⁵³ DWORKIN. 2001. p. 164. “*a just distribution of resources and opportunities*”.

⁵⁵⁴ DWORKIN. 2001. p. 164. “*a fair political structure*”.

⁵⁵⁵ DWORKIN. 2001. p. 164. “*an equitable process of enforcing the rules and regulations that establish these*”.

⁵⁵⁶ É difícil encontrar uma tradução para *fairness*. Uma vez que já foi dado o seu significado, cometer-se-á o anglicismo de utilizar o termo assim mesmo, em inglês.

⁵⁵⁷ DWORKIN. 2001. p. 164. “*These names are somewhat arbitrary, different names are often used in political philosophy, and sometimes one of the virtues I distinguish is treated as a case of another. Procedural due process is often called a kind of fairness or a kind of justice, for example.*”

⁵⁵⁸ DWORKIN. 2001. p. 164. “*Fairness in politics is a matter of finding political procedures – methods of electing officials and making their decision responsive to the electorate – that distribute political power in the*

A justiça como ideal, por seu turno, levaria os órgãos da comunidade, em última instância, a tomar as decisões que distribuíssem da melhor maneira possível os recursos disponíveis, dando ainda eficácia ideal aos direitos fundamentais que cada cidadão tem, tomando sempre as decisões que reflitam, em mais alto grau, as decisões exigidas por algum tipo de razão prática kantiana, entendida aqui, talvez – conforme seria possível argumentar – segundo uma concepção baseada na teoria de justiça de John Rawls.⁵⁵⁹ Como colocado por Dworkin:

A justiça, ao contrário [do *fairness*], tem a ver com as decisões que as instituições políticas que existem, independente delas terem sido escolhidas de uma maneira que reflita os requisitos do *fairness*, devem tomar. Se aceitarmos a justiça como uma virtude política, nós vamos querer que os nossos legisladores e outras autoridades políticas distribuam os recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a assegurar um resultado moralmente defensável.⁵⁶⁰

Segundo o autor, a justiça é uma questão de resultado, no sentido de que “uma decisão política causa injustiça, independente de quão razoáveis forem os procedimentos que a produziram, quando ela nega às pessoas algum recurso, liberdade ou oportunidade que as melhores teorias de justiça lhes garantem.”⁵⁶¹

O ideal do devido processo exige que sejam utilizados os melhores procedimentos para determinar se algum cidadão violou a lei, oferecendo-lhe todas as ferramentas e meios cabíveis para que ele possa arguir sua versão dos fatos e sua interpretação do direito, com todos os recursos e revisões que se fizerem necessários, de modo a produzir uma decisão que seja fruto de uma apresentação dos argumentos das partes de maneira equilibrada. Para Dworkin:

O devido processo é uma questão dos procedimentos certos para julgar se algum cidadão violou as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos; se aceitarmos

right way. That is now generally understood, in the United States and in Britain at least, to mean procedures and practices that give all citizens more or less equal influence in the decisions that govern them.”

⁵⁵⁹ FORST. 2010. p. 33. “O ideal de pessoa de Rawls está no centro da sua tentativa de fornecer uma interpretação procedimental do conceito kantiano de autonomia. Para ele, a especificação da posição original tem a tarefa de conceitualizar o ponto de vista moral imparcial de pessoas autônomas, isto é, pessoas razoáveis livres e iguais.”

⁵⁶⁰ DWORKIN. 2001. p. 165. “*Justice, on the contrary [of fairness], is concerned with the decisions that the standing political institutions, whether or not they have been chosen fairly, ought to make. If we accept justice as a political virtue we want our legislators and other officials to distribute material resources and protect civil liberties so as to secure a morally defensible outcome.*”

⁵⁶¹ DWORKIN. 2001. p. 180. “*a political decision causes injustice, however fair the procedures that produce it, when it denies people some resource, liberty, or opportunity that the best theories of justice entitle them to have.*”

isso como uma virtude, nós vamos querer que as Cortes e instituições similares utilizem procedimentos de prova, de descoberta e revisão que prometam o grau correto de exatidão e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas de alguma violação como pessoas nessa situação devem ser tratadas.⁵⁶²

Sobre o que foi dito pelo autor, cumpre complementar que o ideal do devido processo abarca não só os procedimentos jurisdicionais, mas também outros presentes na comunidade, como o processo de criação dos atos normativos e, em certo sentido, o de eleição dos representantes políticos, ainda que, nesse último caso, as linhas entre ele e o *fairness* passem a ficar um pouco borradas.

Em uma comunidade perfeita esses três ideais funcionariam de forma orgânica. Todas as suas decisões refletiriam a vontade da maioria, no sentido acima expresso, distribuindo os recursos materiais da melhor maneira e respeitando os direitos básicos de todos os cidadãos, inclusive os da minoria, e seriam tomadas segundo os procedimentos mais adequados aos fins respectivamente buscados por elas. Por outro lado, em comunidades não utópicas as decisões que seriam exigidas por cada um desses ideais conflitam, quer dizer, cada um deles exige uma decisão distinta. Desse modo, como em comunidades normais o *fairness*, a justiça e o devido processo conflitam entre si, é necessária uma quarta virtude que possa servir como parâmetro para a definição de qual decisão deve ser adotada nesses casos. Dworkin chama essa virtude de integridade. “Ela exige que o governo fale com uma só voz, que aja em face de todos os seus cidadãos fundado em princípios e de uma maneira coerente, que ele estenda, para todos, os padrões substantivos de justiça e de *fairness* que ele usa para alguns.”⁵⁶³ A integridade é um ideal político que estabelece que, mesmo nos casos nos quais é controverso qual a decisão a ser tomada, quando as diferentes concepções de justiça presentes na comunidade levam a diferentes resultados em circunstâncias específicas, que os órgãos da comunidade dos quais se exige, apesar disso, a tomada dessa decisão, o façam de maneira coerente. Segundo Perry, a ideia central da integridade é a de que: “o Estado, agindo através de suas várias instituições e autoridades, deve sempre buscar assegurar que tanto as suas leis quanto as ações que ele toma para aplicar essas leis ‘expressem uma única e compreensiva visão de justiça’.”⁵⁶⁴

⁵⁶² DWORKIN. 2001. p. 165. “*Procedural due process is a matter of the right procedures for judging whether some citizen has violated law laid down by the political procedures; if we accept it as a virtue, we want courts and similar institutions to use procedures of evidence, discovery and review that promise the right level of accuracy and otherwise treat people accused of violation as people in that position ought to be treated.*”

⁵⁶³ DWORKIN. 2001. p. 165. “*It requires government to speak with one voice, to act in a principled and coherent manner toward all of its citizens, to extend to everyone the substantives standards of justice and fairness it uses for some.*”

⁵⁶⁴ PERRY. 2008. p. 198. “*the state, acting through its various institutions and officials, must always strive to ensure that both its laws and the actions it takes to enforce those laws ‘express a single and comprehensive vision of justice’.*”

Esse ideal se assemelha, assim, muito mais ao *fairness* e ao devido processo do que à justiça, em outras palavras, tal como os dois primeiros ele é um ideal formal e não substantivo como o último. Isso se dá porque ele não escolhe que se avance alguma concepção substantiva particular. É claro que, como árbitro entre os outros três ideais, ele é permeável a eles, inclusive à justiça, de modo que as concepções de cada um deles mantidas por cada pessoa responsável por tomar a decisão pela comunidade e o peso que ela atribui a cada um, afetarão a decisão final. A integridade determina à autoridade política que, ao tomar sua decisão, leve em consideração as decisões anteriores já tomadas pela comunidade, da qual ela agora age como órgão, e se pergunte se aquela decisão que agora ela pretende tomar, com base nas suas próprias concepções de justiça, *fairness* e devido processo, são adequadas àquelas e as justificam sob a melhor luz possível. Na hipótese de ela julgar que não é o caso, ela deverá, então, modificar a decisão para que ela passe a sê-lo.

A integridade, enquanto ideal, se relaciona com os outros ideais e com os conflitos que podem surgir entre eles, tentando impor-lhes alguma ordem. Assim, a integridade se relaciona com a justiça na medida em que ela exige que “os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões legislativas sejam reconhecidos no resto do direito”,⁵⁶⁵ com o *fairness* porque ela determina que “sejam dados aos princípios políticos necessários para justificar a presumida autoridade da legislatura completo efeito na decisão de qual é o significado das leis por ela adotadas”,⁵⁶⁶ e com o devido processo no sentido em que ela:

[I]nsiste que os procedimentos de julgamento que são tidos como tendo alcançado o correto balanço entre exatidão e eficiência na aplicação de alguma parte do direito sejam reconhecidos em outras partes, levando em consideração as diferenças no tipo e no grau de dano moral que veredictos menos que acurados impõem.⁵⁶⁷

Assim, em uma comunidade seminal, ao estilo daquela pensada por Rawls,⁵⁶⁸ enquanto os outros três ideais teriam papel relevante no estabelecimento das suas normas básicas, a integridade não teria qualquer papel. Quer dizer, num momento no qual não se reconhece a existência de alguma história política da comunidade, não faz, naturalmente, qualquer sentido exigir que se aja conforme essa – inexistente – história. É nesse sentido que

⁵⁶⁵ DWORKIN. 2001. p. 166. “*the moral principles necessary to justify the substance of its legislature’s decisions be recognized in the rest of law.*”

⁵⁶⁶ DWORKIN. 2001. p. 166. “*the political principles necessary to justify the legislature’s assumed authority be given full effect in deciding what a statute it has enacted means.*”

⁵⁶⁷ DWORKIN. 2001. pp. 166-167. “*insists that trial procedures that are counted as striking the right balance between accuracy and efficiency in enforcing some part of the law be recognized throughout, taking into account differences in the kind and degree of moral harm an inaccurate verdict imposes.*”

⁵⁶⁸ RAWLS. 1971.

se diz que a integridade não é um ideal substantivo tal qual a justiça, nem, muito menos, que ela exige que se avance, em abstrato, alguma concepção particular de justiça, quando então ela se confundiria com essa última.

Em certo sentido os ideais formais estão fulcrados em alguma concepção substantiva, pois, a sua simples postulação provém ela mesma dessa base, quer dizer, de uma valoração substantiva de que aquela estrutura formal é desejável por algum motivo material e, nesse sentido, como já dito, em última instância, os três outros ideais colapsariam na justiça. Porém, se se aceita como pertinente a distinção, até porque depois de adotados os ideais formais passam a se distinguir da justiça na forma acima discutida, deve-se também aceitar que a integridade tem um caráter muito mais formal e estrutural que substantivo.

4.3 As faces da integridade

Um importante estudioso de Dworkin, Stephen Perry, afirma que a integridade é uma teoria de caráter substantivo,⁵⁶⁹ posição essa que parece estar em contraste com o que acima foi postulado de que a integridade é um ideal estrutural. Aqui é necessário diferenciar a integridade como teoria do Direito, a integridade como ideal político e a integridade como estrutura de decisão, que são as faces básicas da concepção de Direito que ela defende. A primeira é uma teoria integrada que contém as duas últimas e que, sem dúvida, mantém com elas uma relação inextricável. A integridade como teoria do Direito é muito mais ampla, abrangendo uma teoria geral das obrigações políticas – que será abaixo explorada – e que tem a integridade como ideal, ao mesmo tempo, como produto básico de suas formulações e como objetivo supremo, nesse sentido ela é o que Alexy chama de uma teoria integrada. Para o autor uma teoria integrada é aquela que combina de maneira ótima as dimensões analítica, empírica e normativa do Direito de modo a conter “o conjunto mais extenso de proposições verdadeiras e corretas”.⁵⁷⁰ Dessa forma, o objetivo de uma teoria integrada é “criar tão ordenado quanto possível um sistema de corretas ou verdadeiras proposições de direitos constitucionais.”⁵⁷¹ Nesse sentido, “alguém só pode falar legitimamente de uma teoria de

⁵⁶⁹ PERRY. 2008. p. 186. “*law as integrity, which is a substantive theory about the grounds of law (...)*”.

⁵⁷⁰ ALEXY. 2004. p. 11. “*the most extensive set of true or correct statements*”.

⁵⁷¹ ALEXY. 2004. p. 11. “*create as clearly ordered a system of correct or true statements of constitutional rights as possible.*”

direitos constitucionais ideal aqui. Todas as existentes, e em certo sentido reais, teorias de direitos constitucionais podem apenas se aproximar desse ideal.”⁵⁷²

A integridade como estrutura de decisão está, em certo sentido, preocupada com questões analíticas, investigando, tal como Alexy postula que as teorias estruturais devem fazer, “conceitos de direitos constitucionais, a influência dos direitos constitucionais no sistema legal e a justificação constitucional em referência à função prática de uma teoria integrada”.⁵⁷³ A noção de que a integridade como estrutura de decisão tem um caráter substantivo é, com efeito, cabível, dada a sua íntima conexão com as outras duas dimensões da integridade. No entanto, não obstante a integridade como estrutura de decisão tenha alguma base substancial, calcada na integridade como teoria do Direito, ela sugere para a prática jurídica uma estrutura sobre como os casos devem ser julgados. Quer dizer, para que a integridade como teoria do Direito possa suceder no empreendimento de ser uma teoria integrada é necessário que ela apresente um modelo. A integridade como estrutura de decisão é esse modelo.

Esse modelo, por sua vez, é compatível com qualquer interpretação sobre os princípios em jogo, desde que essa interpretação não pretenda tratar casos semelhantes de forma distinta sem uma justificativa moralmente aceitável. A integridade aceita que pessoas que acolham igualmente cheguem a respostas distintas para questões jurídicas, pois, elas terão concepções distintas do Direito e, portanto, interpretações dessemelhantes do que é que as decisões passadas da comunidade determinam que se faça. Em outras palavras, essas pessoas podem concluir de forma diferente sobre a melhor decisão, a única que eles estão dispostos a entender como correta, aquela que é a mais coerente com os princípios subjacentes às decisões da comunidade que lhes antecederam, de modo que um adote uma solução e outro adote outra, cada uma abrigando uma concepção distinta. É nesse sentido que é possível afirmar que a integridade é uma teoria de Direito que contém uma estrutura formal que pretende avançar um método de escolha entre concepções distintas. Assim, àqueles que adotam o ideal, Dworkin sugere um caminho.

4.4 Os conceitos e suas concepções

⁵⁷² ALEXY. 2004. p. 11. “*One can legitimately speak of an ideal constitutional right theory here. Every existing, and in that sense real, theory of constitutional rights can only approximate this ideal.*”

⁵⁷³ ALEXY. 2004. p. 13. “*constitutional rights concepts, the influence of constitutional rights on the legal system, and constitutional justification with reference to the practical function of an integrated theory.*”

Brewer-Davis nota nesse sentido que “a maioria, se não todos, os desacordos políticos podem ser caracterizados como discussões a respeito da melhor concepção dos conceitos compartilhados da nação.”⁵⁷⁴ A autora se refere a uma distinção feita por Dworkin entre conceito e concepção. Ele introduz esse assunto apontando que, para que uma atitude interpretativa possa florescer em algum sistema jurídico, é necessário que exista, em um estágio pré-interpretativo, uma compreensão compartilhada, geral e grosseira, sobre os fenômenos que podem ser tidos e vistos como propriamente jurídicos. Isso não parece ser difícil em virtude dos diversos paradigmas mantidos pela comunidade a esse respeito. Assim, qualquer interpretação do Direito que não trate como parte do Direito nacional a CRFB/88, as leis adotadas pelo Congresso Nacional ou as decisões dos Tribunais seria, para dizer o mínimo, uma interpretação incompetente. Destarte, esses paradigmas básicos são a base na qual as discussões políticas sobre o Direito podem se desenvolver. Dessa forma, “[u]m filósofo do Direito, então, começa seu trabalho desfrutando de uma identificação pré-interpretativa bem razoável dos domínios do Direito e com paradigmas *prima facie* aceitáveis que dão sustentação ao seu argumento”.⁵⁷⁵ Sobre essa base pré-interpretativa ampla, algumas vezes, é possível defender uma proposição teórica caracterizando o objeto da interpretação abstrata em tal grau que aqueles envolvidos na discussão a aceitam como um conceito pertinente desse objeto. Uma vez aceito esse conceito, eles podem passar a discutir qual a melhor concepção para ele, isso é, qual a interpretação desse conceito é a mais adequada e a que melhor lhe justifica. Dworkin alerta que “[n]em a ciência do Direito, nem meus argumentos que apresentarei mais adiante nesse livro dependem de ser encontrada uma descrição abstrata nesse sentido.”⁵⁷⁶ Ainda assim, o autor sugere uma proposição geral que possa servir como um conceito de Direito, segundo o qual:

O Direito insiste que a força não seja usada ou refreada, não importando o quão útil isso possa ser para os fins em vista, não importando o quão benéficos ou nobres são esses fins, exceto quando licenciada ou exigida por direitos individuais ou responsabilidades que fluam de decisões políticas passadas sobre quando o uso da força coletiva é justificado.⁵⁷⁷

⁵⁷⁴ BREWER-DAVIS, 2011. p. 25. “Most, if not all, political disagreement can be characterized as disagreement over the best conception of the nation’s shared concepts.”

⁵⁷⁵ DWORKIN. 2001. p. 92. “A legal philosopher, then, begins his work enjoying a fairly uncontroversial preinterpretive identification of the domain of law, and with tentative paradigms to support his argument”.

⁵⁷⁶ DWORKIN. 2001. p. 93. “Neither jurisprudence nor my own arguments later in this book depend on finding an abstract description of that sort.”

⁵⁷⁷ DWORKIN. 2001. p. 93. “Law insists that force not be used or withheld, no matter how useful that would be to ends in view, no matter how beneficial or noble these ends, except as licensed or required by individual rights and responsibilities flowing from past decisions about when collective force is justified.”

Esse conceito é compatível com diversas concepções sobre o que significa ter direitos e sobre quais são as responsabilidades do Estado ou ainda sobre como a força coletiva deve ser utilizada. Naturalmente que nem todos concordariam com ele e alguns diriam que ele vai longe demais, enquanto outros o achariam acanhado ao extremo. Por outro lado, diversas concepções diferentes poderiam ver nele ao menos uma chama de verdade, de modo que, para Dworkin, ele parece ser adequado como estrutura, ou conceito, com o qual diversas concepções distintas podem se conectar. Essas concepções oferecem respostas diferentes a três questões inter-relacionadas: a) A suposta conexão entre Direito e coerção é justificada?; b) É pertinente exigir que a força estatal só seja usada em maneiras que sejam conforme os direitos e responsabilidade que fluem de decisões políticas passadas?; e c) Qual a noção de consistência com decisões políticas passadas serve melhor a esse fim?⁵⁷⁸

Não parece haver qualquer incompatibilidade entre o conceito geral de Direito dado por Dworkin e as perguntas que ele levanta e o contexto jurídico pátrio. Com efeito, tanto as normas constitucionais abstratamente consideradas, quanto a prática jurídica parecem estar de acordo com o conceito. O conceito é abstrato o suficiente para abarcar mesmo as teorias hermenêuticas clássicas, tal como o positivismo jurídico, discutidas perfunctoriamente no primeiro Capítulo da presente dissertação. Podem ser identificadas nas concepções de Direito que essas teorias oferecem, sem maiores problemas, respostas a essas perguntas. Tomando o normativismo kelseniano, por exemplo, seria possível notar que “a suposta conexão entre Direito e coerção é justificada” porque:

O ato de coação normado pela ordem jurídica pode – como veremos mais tarde – ser referido à unidade da ordem jurídica, ser atribuído à comunidade jurídica constituída pela mesma ordem jurídica, ser explicado como reação da comunidade jurídica contra uma situação de fato considerada socialmente nociva e, quando esta situação de fato é uma determinada conduta humana, como sanção.⁵⁷⁹

Quanto à segunda pergunta, é possível colher em Kelsen que:

Na medida em que o ato de coação estatuído pela ordem jurídica surge como reação contra a conduta de um indivíduo pela mesma ordem jurídica especificada, esse ato coativo tem o caráter de uma sanção e a conduta humana contra a qual ele é dirigido tem o caráter de uma conduta proibida, antijurídica, de um ato ilícito ou delito – quer dizer, é o contrário daquela conduta que deve ser considerada como prescrita ou conforme ao Direito, conduta através da qual será evitada a sanção. Dizer que o Direito é uma ordem coativa não significa – como às vezes se afirma –

⁵⁷⁸ DWORKIN. 2001.

⁵⁷⁹ KELSEN. 2003. p. 36.

que pertença à essência do Direito “forçar” (obter à força) a conduta conforme ao Direito, prescrita pela ordem jurídica. Esta conduta não é conseguida à força através da efetivação do ato coativo, pois o ato de coação deve precisamente ser efetivado quando se verifique, não a conduta prescrita, mas a conduta proibida, a conduta que é contrária ao Direito. Precisamente para este caso é que é estatuído o ato coativo, que funciona como sanção.⁵⁸⁰

A resposta à terceira pergunta pode ser encontrada na obra de Kelsen na sua comparação entre os atos feitos por autoridades estatais e aqueles de um bando de salteadores. O autor austríaco lembra que os atos daqueles se diferenciam destes porque podem ser vistos como fluindo de normas postas que conferem um sentido objetivo distinto a seus atos:

Isto fazemo-lo nós porque reconhecemos no ato do tribunal a efetivação de uma lei, isto é, de normas gerais que estatuem atos de coerção e que consideramos como sendo não só sentido subjetivo, mas também o sentido objetivo de um ato que foi posto por certos indivíduos que, por isso mesmo, consideramos ou interpretamos como órgão legislativo. E fazemos isso porque consideramos o ato de produção legislativa como a realização da Constituição, isto é, de normas gerais que, de conformidade com o seu sentido subjetivo, conferem àqueles mesmos indivíduos competência para estabelecer outras normas gerais que estatuem atos de coerção.⁵⁸¹

Sem dúvida, mesmo as respostas de Kelsen às perguntas aqui apresentadas são apenas um fragmento da concepção de Direito por ele esposada, o objetivo aqui, entretanto, é menos estudar e compreender suas ideias e mais demonstrar que mesmo concepções jurídicas tão díspares quanto as do autor austríaco e de Dworkin, podem aceitar como pertinente um conceito de Direito que ao menos parta do pressuposto acima levantado e que veja como necessário responder a essas perguntas. Desse modo, parece ser plausível a afirmação de que o conceito e as perguntas acima postas possam de fato ser o ponto de partida para uma discussão sobre a natureza do Direito.

Dworkin afirma que o conceito de Direito seria um platô sobre o qual se desenvolve a discussão entre as mais diversas concepções de Direito.⁵⁸² A integridade é uma concepção plantada nesse platô, mas as respostas que a concepção de Direito avançada pela integridade oferece a essas perguntas são ainda abstratas o suficiente para que ela possa, ainda, ser tomada como estrutural. Aceitar a integridade como ideal, sem dúvida, já preclui algumas respostas. Por exemplo, uma concepção em que não se aceite que os princípios possam ter caráter normativo ou uma em que os cidadãos não devem ser tratados com igual consideração, no entanto, ela é aberta e abstrata o suficiente para abrigar diversas concepções mais concretas sobre o que os princípios subjacentes às decisões passadas da comunidade determinam.

⁵⁸⁰ KELSEN. 2003. pp. 37-38.

⁵⁸¹ KELSEN. 2003. p. 51.

⁵⁸² DWORKIN. 2001.

Cumpra-se notar que as questões que a integridade preclui da discussão são pressupostos básicos para o entendimento do próprio sistema constitucional brasileiro. Em outras palavras, a prática constitucional brasileira recente, tal como ficou demonstrado acima, toma como paradigmático que os princípios têm caráter normativo e que as pessoas devem ser tratadas com igual consideração. A aceitação desses pressupostos básicos, contudo, não resolve problemas como o que efetivamente é determinado por esses princípios ou o que significa dizer que a Constituição exige que todos sejam tratados com igual consideração. A essas questões ainda podem ser dadas diversas respostas distintas e conflitantes.

Nesse sentido, como nota Brewer-Davis, mesmo aqueles que aceitam a integridade podem discordar apaixonadamente sobre o que deve ser feito com base no conjunto de princípios que eles pensam terem sido adotados pela comunidade.⁵⁸³ “Em um nível muito abstrato, eles concordam sobre a importância de valores como justiça, liberdade e igualdade; o desacordo entre eles reside em como entender esses princípios da melhor maneira e sobre como eles deveriam ser aplicados.”⁵⁸⁴ É por isso que se sugere que a integridade tem caráter suficientemente abstrato para que seja considerada como uma teoria estrutural, não obstante a preclusão de algumas questões jurídicas que sua aceitação implica.

4.5 A personificação da comunidade

É importante que se ressalte, nesse momento, para evitar desentendimentos futuros, uma consequência importante da integridade: ela personifica a comunidade. Quer dizer, ela toma as decisões dos órgãos políticos como decisões da própria comunidade e não como fruto daquelas pessoas que as tomam em prol da comunidade. Assim, uma lei é uma decisão política da comunidade em si e não de um grupo de pessoas às quais a Constituição dá o poder de formulá-las e promulgá-las. Nesse sentido, a integridade “supõe que a comunidade como um todo pode se comprometer com princípios de *fairness* ou de justiça ou de devido processo de forma análoga àquela que pessoas particulares se comprometem com convicções,

⁵⁸³ BREWER-DAVIS. 2011.

⁵⁸⁴ BREWER-DAVIS. 2011. p. 25. “At a very abstract level, they agree about the importance of values such as justice, liberty, and equality; their disagreement rests in how best to understand those principles, and how they should be applied.”

ideais ou projetos”.⁵⁸⁵ Isso não parece soar de maneira tão problemática quanto supõe Dworkin, ao menos não no contexto brasileiro. Com efeito, é paradigmático no Direito nacional que os Entes Públicos têm personalidade jurídica distinta das pessoas físicas que lhes compõem. É tal, inclusive, como estabelece o art. 41 do Código Civil. Interessante são os comentários de Pontes de Miranda a respeito do reconhecimento de personalidade às pessoas jurídicas.⁵⁸⁶ O autor postula que “as pessoas jurídicas, como as pessoas físicas, são criação do direito; é o sistema jurídico que atribui direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções a entes humanos ou entidades criadas por esses”.⁵⁸⁷ Assim, pessoa, nessa acepção, é aquele sujeito passível de direitos e obrigações. Desse modo, quando algum sujeito satisfaz essa condição, ele tem personalidade própria e os atos que dele provêm devem ser tidos como propriamente dele. Pontes de Miranda lembra que, em dados momentos históricos, mesmo alguns homens não foram reconhecidos como pessoa, no sentido de que eles não poderiam exercer direitos ou ter obrigações. Por outro lado, com o passar do tempo, o Direito já reconheceu como pessoa diversos sujeitos não-humanos ou supra-humanos. É por isso que o autor conclui que “as discussões sobre serem reais, ou não, as pessoas jurídicas é em torno de falsa questão: realidade, em tal sentido, é conceito do mundo fático; pessoa jurídica é conceito do mundo jurídico.”⁵⁸⁸ Da mesma forma que as pessoas físicas surgem, no mundo fático, por meio do nascimento; as pessoas jurídicas surgem ali por meio da criação. “É o homem que as cria; ainda em se tratando do Estado: alguns homens o criaram, no passado; talvez um só, ou alguns, ou, por alguns, todos, conforme lhes pertencia o *poder estatal*.”⁵⁸⁹ O nascimento da pessoa física e a criação da pessoa jurídica são ambos fatos jurídicos, quer dizer, fenômenos que se dão no mundo fático aos quais o Direito reconhece efeito. Dessa forma, “a pessoa jurídica é tão oriunda do fático quanto a pessoa física.”⁵⁹⁰

⁵⁸⁵ DWORKIN. 2001. p. 167. “supposes that the community as whole can be committed to principles of fairness and justice and procedural due process in some way analogous to the way particular people can be committed to convictions or ideals or projects.”

⁵⁸⁶ PONTES DE MIRANDA. 1999. Tomo I.

⁵⁸⁷ PONTES DE MIRANDA. 1999. Tomo I. § 75. p. 345. O administrativista italiano Giovanni Miele (*Principi di Diritto Amministrativo*, 2ª ed., Milano: Cedam, 1960. p. 81) citado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 27), em contexto completamente distinto invoca noções muito semelhantes àquelas aqui defendidas: “nada existe para o ordenamento jurídico se não existe nele e por ele, e toda figura, instituto ou relação com que nos encontramos, percorrendo as suas várias manifestações, tem uma realidade própria que não é menos real que qualquer outro produto do espírito humano em outros campos e direções. A realidade do ordenamento jurídico não tem outro termo de confronto senão ele mesmo: donde ser imprópria a comparação com outra realidade, com o fito de verificar se, porventura, as manifestações do primeiro conferem com aquela ou se se afastam das manifestações do mundo natural, histórico ou metafísico.”

⁵⁸⁸ PONTES DE MIRANDA. 1999. Tomo I. § 75. p. 345.

⁵⁸⁹ PONTES DE MIRANDA. 1999. Tomo I. § 75. p. 346.

⁵⁹⁰ PONTES DE MIRANDA. 1999. Tomo I. § 75. p. 346.

Sem dúvida, do reconhecimento de personalidade a uma pessoa jurídica, tal qual os Estados, não se segue imediatamente que seja possível também reconhecer, como pretende Dworkin, que essa mesma pessoa jurídica “possa estar comprometida com princípios de *fairness* ou justiça ou de devido processo”.⁵⁹¹ Porém, uma vez que se reconhece que “a pessoa jurídica é tão real quanto a pessoa física”⁵⁹² e que atua por meio de seus órgãos, apresentando-a nos negócios de seu interesse, torna-se simples entender que os atos realizados pelos órgãos das pessoas jurídicas, inclusive do Estado, são atos distintos daquelas pessoas físicas que, por ventura, tenham sido apontados, pelos atos sociais pertinentes, para ocupar aqueles órgãos.

Órgão é órgão, não é representante voluntário, nem legal: a personalidade do membro do órgão, ou do membro único, não aparece, não se leva em conta, o que não ocorreria se de representação se tratasse; o órgão atua e recebe, como braço, a mão, a boca, ou os ouvidos humanos; o ato e a receptividade são da pessoa jurídica.⁵⁹³

Desse modo, se pode dizer que: “ser pessoa jurídica é ser capaz de direitos e deveres, separadamente; isto é, distinguidos o seu patrimônio e os patrimônios dos que a compõem, ou dirigem.”⁵⁹⁴ A noção aí, ainda está imiscuída em elementos patrimoniais, como inclusive não poderia deixar de ser, dado o contexto onde está inserida. Todavia, é simples extrapolar essas concepções para campos extrapatrimoniais e reconhecer como próprios da pessoa jurídica os atos praticados por seus órgãos.

O Estado também tem seus órgãos e, tal como acontece com as outras pessoas jurídicas, a sua atuação se dá por meio deles e, outrossim, os atos realizados por esses órgãos devem ser tidos como sendo propriamente do Estado. Dado que o Estado realiza, ele mesmo, uma série de atos, fica mais fácil entender o que Dworkin pretende. Cada um desses atos, tais quais os atos de seres humanos, são realizados com alguma intenção ou finalidade. Como já dito, essas intenções e finalidades podem ser identificadas com princípios. Nesse diapasão, a teoria da integridade postula que esses princípios identificados com a intenção ou finalidade subjacente aos atos estatais vinculam o Estado de alguma maneira e que, portanto, deve-se exigir dele que atue segundo um esquema coerente de princípios. Em outras palavras, a integridade exige do Estado que seus atos não sejam erráticos. Em termos mais poéticos, a integridade pretende avançar a noção de que o Estado não é e não pode ser visto como uma

⁵⁹¹ DWORKIN, 2001. p. 167. “*can be committed to principles of fairness or justice or procedural due process*”.

⁵⁹² PONTES DE MIRANDA. 1999. Tomo I. § 75. p. 347.

⁵⁹³ PONTES DE MIRANDA. 1999. Tomo I. § 75. pp. 351-352.

⁵⁹⁴ PONTES DE MIRANDA. 1999. Tomo I. § 75. p. 353.

versão leviatânica de Dona Benedita, personagem cheia de veleidades do genial Machado de Assis.⁵⁹⁵

4.5.1 O método de dois estágios de personificação da comunidade e suas consequências

Dentro desse contexto é possível compreender Dworkin quando ele afirma que:

Quando eu digo da comunidade ser fiel a seus próprios princípios, eu não me refiro à sua moralidade convencional ou popular, às crenças e convicções da maioria dos seus cidadãos. Eu quero dizer que a comunidade tem seus próprios princípios, que ela pode honrar ou desonrar, que ela pode agir de boa ou má-fé, com integridade ou de forma hipócrita, da mesma forma que as pessoas.⁵⁹⁶

O autor alerta, todavia, que:

Eu não suponho que o componente mental último do universo seja alguma estranha e abrangente racionalidade que é mais real que pessoas de carne-e-osso, nem que nós devemos tratar o Estado ou a comunidade como uma pessoa real com interesses distintos ou pontos de vista ou mesmo um bem-estar próprio, nem que nós podemos perguntar uma série de questões sobre os princípios do Estado – por exemplo, se ele os aceitou livremente ou foi enganado; ou se os entendeu mal – que nós podemos perguntar sobre aspectos morais da vida de uma pessoa real. Eu pretendo apenas endossar uma forma complexa de raciocínio em duas etapas sobre a responsabilidade de autoridades e cidadãos que encontra expressão natural na personificação da comunidade e não pode ser reproduzida por uma tradução restritiva de exigência de autoridades e cidadãos individualmente considerados.⁵⁹⁷

Esse método complexo de raciocinar envolve um primeiro estágio no qual se deve considerar o ente coletivo analisado de forma personificada, como alguém distinto das pessoas que o compõem. Nesse ponto é possível perguntar quais são os deveres, direitos e responsabilidades desse ente diante de certos fatos, tomando-o como uma pessoa real. Depois

⁵⁹⁵ MACHADO DE ASSIS. 1994.

⁵⁹⁶ DWORKIN. 2001. p. 168. “*For when I speak of the community being faithful to its own principles I do not mean its conventional or popular morality, the beliefs and convictions of most citizens. I mean that the community has its own principles it can itself honor or dishonor, that it can act in good or bad faith, with integrity or hypocritically, just as people can.*”

⁵⁹⁷ DWORKIN. 2001. pp. 168-169. “*I do not suppose that the ultimate mental component of the universe is some spooky, all-embracing mind that is more real than flesh-and-blood people, nor that we should treat the state or community as a real person with a distinct interest or point of view or even welfare of its own, nor that we can ask the range of questions about state’s principle – for example whether it accepted them freely or was misled or misunderstood them – that we can ask about aspects of a real person’s moral life. I mean only to endorse a complex, two-stage way of reasoning about the responsibilities of officials and citizens that finds a natural expression in the personification of community and cannot be reproduced by a reductive translation into claims about officials and citizens one by one.*”

de feitas essas considerações, é possível passar ao segundo estágio no qual as conclusões retiradas no estágio anterior fornecem a direção da conduta que deve ser adotada pelas pessoas individuais que compõem o ente coletivo. Na verdade, tal como exposto acima, no Direito brasileiro aceita-se como natural uma personificação muito maior das pessoas jurídicas do que aquela preconizada por Dworkin, aceitando-se sem problemas que as práticas de pensamento e linguagem nas quais elas se inscrevem podem de fato ser tomadas como fruto de um ente coletivo personalizado e distinto de seus membros componentes.

O autor dá diversos exemplos nos quais os membros de uma dada comunidade sentem responsabilidades advindas não de algum ato individual ou mesmo de atos que sequer gostariam ou poderiam ter participado de alguma forma, mas de atos realizados pela comunidade à qual pertencem. Nesse sentido, ele cita a responsabilidade que alguns americanos sentem em relação aos negros em virtude dos agravos impostos aos antepassados deles no período em que os Estados Unidos eram uma nação escravocrata; ou ainda a preocupação e culpa de alguns alemães pelo holocausto judeu. O autor lembra ainda um exemplo especial de como a personificação da comunidade pode influir sobre a responsabilidade de pessoas específicas que, em um dado momento, estão em um cargo de autoridade. As responsabilidades que essa circunstância gera para tais pessoas e seus deveres ao ocupar um cargo público fazem com que a atuação dessa pessoa seja julgada por parâmetros completamente distintos daqueles aplicados a outras que não ocupam cargos dessa natureza, mesmo que elas possam, eventualmente, dispor de enorme poder. Por exemplo, é aceitável que o presidente de uma grande companhia, principalmente se ele for também o principal acionista, empregue em altos cargos seus filhos e parentes. De modo geral até se espera de alguma maneira que ele faça isso. Por outro lado, autoridades públicas, tal como decidido pelo STF, não podem indicar para cargos de assessoramento e chefia seus familiares. Isso se dá, por um lado, sem dúvida, porque, conforme entendeu o Tribunal, essa conduta estaria vedada pelos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência, todos com assento no *caput* do art. 37 da CRFB/88. Todavia, por outro lado, é indisfarçável também que essa proibição assenta-se na noção de que ao agir segundo prerrogativas de um dado cargo público, essa autoridade atua como órgão da comunidade e se reconhece que a comunidade, personificada dessa maneira, não pode privilegiar algumas pessoas apenas porque coincidentemente elas são parentes do ocupante de algum alto cargo público. Muito pelo contrário, tem-se como certo que a comunidade e, por consequência, as autoridades que atuam como seus órgãos, deve tratar a todos como iguais, segundo os termos do *caput* do art. 5º da CRFB/88, de modo que a ocupação dos seus cargos políticos deve se dar segundo critérios

que privilegiem o interesse público e não os negócios privados de certas autoridades. Nas palavras de Dworkin, essa noção flui da ideia de que: “a comunidade, como um todo, tem obrigações de imparcialidade para com seus membros e que as autoridades que agem como agentes da comunidade devem atuar de maneira a fazer vigorar essa responsabilidade.”⁵⁹⁸

Não se pode aqui deixar de mencionar que a evolução teórica do tema da personificação de entes coletivos no Brasil, tal como herdada do Direito alemão, torna muito mais simples a compreensão da questão da personificação da comunidade do que nos Estados Unidos, onde a construção da personalidade jurídica se deu com base em questões práticas, sem grandes preocupações teóricas, como de resto é do feitio dos países anglo-saxões afetados ao sistema da *Common Law*.

Dessa maneira, assentado que existem subsídios teóricos para que se considere a comunidade como uma pessoa distinta da de seus membros e em que termos isso se dá em Dworkin, é possível agora seguir em frente, espancando qualquer dúvida que possa surgir quanto ao que se quer dizer quando se refere aos princípios adotados pela comunidade. Cumpre esclarecer, contudo, que sendo a derivação desses princípios uma questão interpretativa complexa, certamente haverá desacordo sobre quais são os princípios adotados pela comunidade. Essa discussão, no entanto, muito ao contrário de invalidar o argumento, apenas o fortalece, porque o debate sobre quais são os princípios adotados pela comunidade tem como pressuposto necessário o postulado de que, de fato, a comunidade adota algum princípio, pois, de resto, a discussão não faria qualquer sentido.

4.6 As duas dimensões de sucesso de uma proposição interpretativa

Dworkin afirma que a integridade incorpora dois princípios distintos: o legislativo e o judicial. O primeiro princípio “pede aos legisladores que eles tentem fazer o conjunto total das leis moralmente coerente”⁵⁹⁹ e o segundo “instrui que o Direito seja visto como coerente nesse sentido, tanto quanto possível.”⁶⁰⁰ Dworkin tenta demonstrar que esses dois princípios da integridade oferecem interpretações pertinentes das práticas judiciárias americanas. Ele testa essa assertiva utilizando dois parâmetros básicos – que já foram também utilizados na

⁵⁹⁸ DWORKIN. 2001. p. 175. “*the community as a whole has obligations of impartiality towards its members, and that officials act as agents for the community in acquitting that responsibility.*”

⁵⁹⁹ DWORKIN. 2001. p. 176. “*asks lawmakers to try to make the total set of laws morally coherent*”.

⁶⁰⁰ DWORKIN. 2001. p. 176. “*instructs that the law be seen as coherent in that way, so far as possible.*”

presente dissertação. Esses parâmetros são as dimensões básicas que qualquer proposição interpretativa tem que satisfazer para que ela possa ser contada como razoável e pertinente.

Ele se pergunta primeiro se esses princípios estão de acordo com as práticas jurídicas, aceitas como tais, nos Estados Unidos e no Reino Unido. Ele chama essa dimensão de *fit*, que na falta de um termo melhor, ficou aqui traduzido por adequação, tendo o sentido de se verificar se essa interpretação se encaixa com essas práticas.⁶⁰¹ Assim, uma interpretação de *Othelo*⁶⁰² que afirma que a peça tem como tema dominante o ciúme é adequada, quer dizer ela se encaixa (*fit*) ao texto canônico da história suficientemente bem para contar como tal. Uma interpretação que, por outro lado, advogasse a tese de que essa peça teatral tem como tema central a luta de classes, seria um tanto quanto heterodoxa e precisaria de suportes argumentativos fortes para tentar demonstrar que ela se encaixa ao texto canônico da peça. Por fim, uma interpretação que dissesse que *Othelo* é uma peça sobre a dominação espacial de Marte, estaria claramente equivocada e teria que desconsiderar elementos paradigmáticos da trama para tentar se mostrar relevante. Nesse sentido, essa última interpretação dificilmente se encaixaria com os elementos canônicos da peça e provavelmente seria descartada como uma interpretação adequada. Dessa maneira, o grau de adequação de uma dada interpretação se dá em referência aos argumentos utilizados por ela, tendo como base de comparação as qualidades do objeto interpretado que se considera como sendo paradigmáticas.

Depois de verificado que a interpretação é adequada ao objeto interpretado, cumpre questionar se ela honra esse objeto, quer dizer, se essa interpretação oferece a melhor justificação possível para ele. Essa dimensão se relaciona com uma assertiva do autor segundo a qual uma interpretação sempre busca mostrar o objeto interpretado na melhor luz possível, dado o campo a que pertence o objeto. Dessa maneira, uma interpretação de *Othelo* tem a intenção de mostrar a peça da melhor maneira possível, segundo critérios estéticos pertinentes. Da mesma forma, uma interpretação das práticas jurídicas de dada comunidade

⁶⁰¹ Celso Antônio Bandeira de Mello defende a concepção que, conquanto particularizada ao tema específico da discricionariedade da Administração em face da utilização de conceitos normativos vagos, em muito se assemelha à dimensão de *fit* que, segundo Dworkin, é uma das dimensões dentre as quais uma interpretação tem que suceder para que seja contada como válida. Nesse sentido: “Acresce que o Direito é uma *linguagem*; é uma fala que veicula *prescrições*. O que nele se diz é para ser compreendido pela Sociedade, de modo a que as pessoas em geral possam conhecer os próprios direitos, atuar na conformidade das leis e evitar as consequências de sua eventual transgressão. Segue-se que o administrador, ao interpretar e aplicar a norma não pode atribuir às palavras legais que recubram conceitos vagos ou imprecisos, um conteúdo dissonante daquele que, em dado tempo e lugar, é socialmente reconhecido como o que lhes corresponde. [...] Além disso, tem-se que se admitir, ainda, que uma interpretação destes conceitos fluídos, também chamados de ‘indeterminados’, se faz contextualmente, ou seja, em função, entre outros fatores, do plexo total de normas jurídicas, porque ninguém interpreta uma regra de Direito tomando-a como um segmento isolado.” (BANDEIRA DE MELLO. 2001. pp. 29-30).

⁶⁰² SHAKESPEARE. 1977.

tem por objetivo mostrá-las segundo a melhor luz possível de acordo com critérios morais. Quando se tratar da metáfora do romance em cadeia,⁶⁰³ utilizada por Dworkin para justificar algumas características da integridade como princípio jurisdicional, voltar-se-á ao tema, o importante aqui é só trazer a lume as duas dimensões nas quais uma interpretação deve suceder para que possa ser tida como uma interpretação razoável de dado objeto.

Dworkin afirma, então, que a integridade é, de fato, em seus dois princípios e dimensões, uma interpretação adequada e honrosa das práticas jurídicas americanas. Pretende-se demonstrar porque ele chega a tal conclusão e, ainda, que os fundamentos utilizados para esse fim são também compatíveis com o contexto brasileiro.

4.7 A integridade no controle de validade de atos das autoridades políticas

4.7.1 As *checkboard solutions*

Colocadas essas premissas, Dworkin trata da face do princípio da integridade voltada ao Legislativo. Ele começa a fazer isso partindo de um argumento de *fairness*, apontando que “todos aceitamos que cada pessoa ou grupo da comunidade deve ter mais ou menos o mesmo controle sobre as decisões tomadas pelo Parlamento, pelo Congresso ou pela Legislatura Estadual.”⁶⁰⁴ Isso significa dizer que corpos de opinião formados na sociedade devem ter influência sobre as normas adotadas por ela, compatível com sua própria representatividade dentro da população. Desse modo, para que esse princípio possa ter alguma efetividade é necessário que exista algum tipo de conciliação entre as opiniões, uma vez que normalmente, mesmo em termos ideais, não é possível encontrar na população pessoas que defendam ideias suficientemente homogêneas para ensejar, em termos representativos, uma maioria parlamentar suficiente à aprovação de questões políticas mais concretas e específicas. O mais habitual é que a representação dos pontos de vista da sociedade no Parlamento se divida em diversos grupos de interesse – nenhum dos quais suficientes em si mesmos para a aprovação de medidas legislativas – que transacionam e conciliam seus interesses de modo a tornar lei

⁶⁰³ DWORKIN. 2001.

⁶⁰⁴ DWORKIN. 2001. p. 178. “we accept that each person or group in the community should have a roughly equal share of control over the decisions made by Parliament, or the Congress or the state legislature.”

algumas políticas nas quais é possível encontrar acordo. Ademais, ainda que haja uma maioria a respeito de uma decisão particular, não necessariamente se vê como desejável que ela seja adotada de maneira plena e simples, sem consideração dos outros pontos de vista. O mais comum é que se chegue alguma regra ou corpo de regras intermediário adotando e combinando diversos pontos de vista. Como nota histórica a respeito, José Washington Coelho lembra do processo de elaboração do art. 8º da CRFB/88:

A história narrada por quem viu, pode afirmar que o art. 8º da Carta Magna é soma algébrica composta pela necessidade de alcançar equilíbrio de forças antagônicas. Correntes vigorosas em choque dramático, pedindo demais e cedendo de menos, lutaram palavra por palavra, no declarado anseio de impor sua solução. O constituinte, pressionado e espremido, compôs heterogêneo, muito próximo da técnica “uma no cravo, outra na ferradura”.⁶⁰⁵

No entanto, existem limites para a forma como essa combinação de interesses antagônicos pode ser feita na lei. Quando essa conciliação é feita por aquilo que Dworkin chama de *checkboxboard solutions*, tem-se um caso em que isso é feito de forma ilegítima. Uma *checkboxboard solution* se dá, por exemplo, quando é adotada uma lei segundo a qual apenas nas quintas-feiras o aborto pode ser feito, mantendo-se a sua condição de ilegalidade nos outros dias da semana ou ainda uma permitindo que apenas 100 mulheres por mês possam abortar, sendo a definição das escolhidas feita por sorteio. Qualquer dessas políticas que fosse adotada representaria um meio termo entre aqueles que entendem que o aborto deve ser ilegal em todos os casos e aqueles que entendem que ele deve ser amplamente permitido, podendo ser tratadas, nesse sentido, como uma solução conciliatória entre esses interesses contrários. Porém, uma decisão conciliatória, tal como aquelas do exemplo acima, provavelmente deixaria, por motivos óbvios, insatisfeitos os dois grupos. Mesmo aqueles que lutam pela legalização se sentiriam ultrajados pelo caráter arbitrário da lei e poderiam ser posicionar contra ela, apesar de, em certo sentido, ela representar uma situação intermediária que está mais próxima de seus ideais do que a situação de completa ilegalidade. Isso, por sua vez, não quer dizer que qualquer lei que permitisse o aborto em algumas situações e circunstâncias e não em outras seria condenável. Por exemplo, seria aceitável uma lei que permitisse apenas o aborto de fetos anencefálicos.⁶⁰⁶ Portanto, certa lei se torna ilegítima não pelo simples fato de oferecer um regramento distinto para situações que em tese poderiam ser tratadas como semelhantes, mas sim porque é necessário que exista um motivo juridicamente defensável

⁶⁰⁵ COELHO, José Washington. *Sistema Sindical Constitucional Interpretado*. São Paulo: Resenha Tributária, 1989. p. 29 *apud* STF, MI n. 144/SP, Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 28/05/93. p. 28.

⁶⁰⁶ STF, HC n. 84.025/RJ, Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 25/06/2004.

para a discriminação.⁶⁰⁷ O ultraje que se sente diante desse tipo de lei conciliatória advém do fato de que se tem como certo que “cada ponto de vista deve ter sua voz no processo de deliberação, mas que a decisão coletiva tem que, entretanto, tentar fundamentar-se em algum princípio coerente cuja influência se estenda, então, até os limites naturais da sua autoridade.”⁶⁰⁸ Nesse sentido, tem que ser possível reconhecer, nas determinações normativas políticas, alguma estrutura racional que justifique a sua adoção, não se reconhecendo, portanto, validade a atos de autoridades políticas que sejam arbitrários.

Na esmagadora maioria dos casos, em vista dos princípios que regem as atividades legislativa e administrativa, os atos das autoridades políticas têm que ser motivados por argumentos de estratégia política ou de princípio aos quais se possa atribuir alguma racionalidade ou, do contrário, não serão legítimos; ou, em outras palavras, eles têm que ser justificados segundo argumentos não arbitrários. Sem dúvida é dado à Administração Pública e ao Legislador, em ainda maior grau, alguma latitude na escolha desses motivos, por outro lado, é indubitável a complicação envolvida na determinação dos limites do controle do Judiciário sobre essas escolhas e seus motivos e, por consequência, também a influência dos princípios substantivos sobre o mérito dessas escolhas.

4.7.2 O controle judicial da discricionariedade

A questão do controle judicial da discricionariedade administrativa desperta, inclusive, grande celeuma na doutrina pertinente a esse ramo do Direito. Classicamente postulava-se que: “Inteiramente livre para examinar a *legalidade* do ato administrativo, está proibido o Poder Judiciário de entrar na indagação do *mérito*, que fica totalmente fora do seu policiamento.”⁶⁰⁹ Em um posicionamento mais recente sobre a matéria, Di Pietro concede que pode haver algum controle judicial sobre o mérito do ato, uma vez que ela admite que o Judiciário pode “verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade”.⁶¹⁰

⁶⁰⁷ BANDEIRA DE MELLO. 2002.

⁶⁰⁸ DWORKIN. 2001. p. 179. “*that each point of view must be allowed a voice in the process of deliberation but that nevertheless aim to settle on some coherent principle whose influence then extends to the natural limits of its authority.*”

⁶⁰⁹ CRETELLA JÚNIOR. 1992. p. 336.

⁶¹⁰ DI PIETRO. 2007. p. 202.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em monografia sobre o tema,⁶¹¹ postula que a discricionariedade que é dada à Administração Pública em alguns aspectos deve ser exercida em prol da coletividade, isto é, a competência para fazer certas escolhas é corolário do dever de atingir as finalidades públicas expressas na lei. Dessa maneira, “percebe-se que o chamado ‘poder discricionário’ tem que ser simplesmente o cumprimento do *dever de alcançar a finalidade legal*.”⁶¹² Essa discricionariedade, segundo o autor, pode se dar nas seguintes hipóteses:

Assim – repita-se – a discricção administrativa pode residir na hipótese da norma, no caso da ausência de indicação explícita do pressuposto de fato, ou no caso de o pressuposto de fato ter sido descrito através de palavras que recobrem conceitos vagos, fluidos ou imprecisos. Pode residir no comando da norma, quando nele se inculca ao administrador certa margem de liberdade para decidir-se se pratica ou se não pratica dado ato e em que momento o faz ou mediante que forma jurídica o revestirá, ou, ainda que ato pratica diante daquelas situações fáticas. Finalmente, pode residir na finalidade da norma, pois, como ela serve de diretriz para a inteligência dos demais elementos da estrutura lógica da norma, se a finalidade é um valor – como deveras o é – e se os valores não são unisignificativos, a fluidez da finalidade refluí sobre o pressuposto de fato.⁶¹³

Nesses casos em que há discricionariedade em alguns aspectos da atuação administrativa, essa margem de liberdade conferida pela lei deve ser vista como contendo um dever de que a Administração tome a melhor decisão possível. Isso se dá porque em diversos casos não é possível fixar abstratamente na lei a melhor solução para dadas circunstâncias fáticas, é melhor, nesses casos, deixar uma margem de discricionariedade ao administrador para que ele possa ponderar sobre qual é a decisão que atende melhor às finalidades públicas presentes na lei, nas circunstâncias específicas de um caso concreto. Desse modo, “o administrador está então, *nos casos de discricionariedade*, perante o *dever jurídico* de praticar, *não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei*.”⁶¹⁴

Ocorre que, segundo o autor, em várias oportunidades, dada a utilização de termos polissêmicos na lei, não é possível determinar qual é o ato que atende “com absoluta perfeição à finalidade da lei.” Nas palavras do autor:

Com efeito, inúmeras vezes pode-se ter uma opinião a respeito de um dado assunto e estar convicto dela, mas não se tem supedâneo racional incontestável para pretender que a própria opinião é logicamente admissível perante aquele caso.

⁶¹¹ BANDEIRA DE MELLO. 2001.

⁶¹² BANDEIRA DE MELLO. 2001. p. 15.

⁶¹³ BANDEIRA DE MELLO. 2001. p. 20.

⁶¹⁴ BANDEIRA DE MELLO. 2001. p. 33.

Outras igualmente poderão ser propostas, e alguém, mesmo discordando, terá que admitir-lhe o cabimento.⁶¹⁵

Logo, a aferição da discricionariedade deve se dar em vista de um caso concreto. Quando, todas as circunstâncias consideradas, os fatos condicionarem completamente a atuação da Administração, não se deve falar em discricionariedade, mas de vinculação às finalidades legais, não restando *in concreto* qualquer margem de liberdade a ela. Porém, nos casos em que seja possível admitir várias condutas pertinentes, a par da limitação da razão humana em atingir a conduta ideal exigida pela finalidade legal, deve-se concluir pela existência de certa margem de discricionariedade.

Deve ser lembrada, ainda, a opinião do Professor Florivaldo Dutra Araújo que restringe ainda mais o que se deve entender por discricionariedade administrativa.⁶¹⁶ Com efeito, o autor afirma que a discricionariedade só se dá quando se está diante de opções que são indiferentes do ponto de vista jurídico. Nesses casos, existe margem de escolha porque qualquer das opções atende igualmente às finalidades jurídicas da lei.⁶¹⁷ Em todos os outros casos, nos quais, do ponto de vista jurídico, é possível se dizer que alguma decisão é melhor do que a outra, não deve haver qualquer discricionariedade, o ato é vinculado em todos os seus aspectos. A verificação de qual é a melhor conduta, ou seja, aquela que deve ser adotada pela Administração, não se dá no plano abstrato da norma, mas em confronto com a situação concreta. Desse modo, diante dela, seria possível ao Administrador concluir qual é o ato exigido, mesmo quando a norma tem conceitos jurídicos indeterminados. Nesses casos é inclusive cabível que o Judiciário seja chamado a interferir para verificar se de fato a conduta adotada pela Administração estava de acordo com o padrão jurídico abstrato. O autor explica que:

O que se quer, com a exata compreensão da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, não é que o juiz se substitua ao administrador, **mas que exerça a função que é a sua própria razão de ser**, ou seja: que verifique, nos casos concretos, se o suporte fático do ato dava margem à aplicação que deu a Administração ao conceito contido na regra de direito. E não o fará o juiz substituindo um critério puramente voluntarista do administrador, acaso aplicado, pelo seu próprio voluntarismo. Examinará, ao contrário, em procedimento contraditório amplo, os fatos levados ao seu conhecimento e o ato praticado, bem

⁶¹⁵ BANDEIRA DE MELLO. 2001. p. 43.

⁶¹⁶ ARAÚJO. 1992.

⁶¹⁷ ARAÚJO. 1992. “Deixando de lado a noção tradicional de discricionariedade, já refutada supra e contrapondo-se à formulada para vinculação, podemos dizer que discricionariedade caracterizará dado aspecto do ato administrativo sempre que a norma de direito positivo regulá-lo de modo a transparecer que, na apreciação do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, está o administrador diante de um número determinado ou indeterminado de opções que se caracterizam como **indiferentes jurídicos**, pelo que a consideração axiológica da melhor alternativa se fará por meio de outros critérios que não de direito.” p. 86.

como a sua **motivação**, para verificar se o conceito indeterminado da regra abstrata comportava o sentido que lhe foi dado na situação em exame. E não infirma o que se sustenta aqui o fato de poder o juiz, eventualmente, falhar no exame do ato administrativo e seu suporte fático, assim como ninguém proporá deixar de lado a teoria do Direito Penal pelo motivo de que possa haver erros no julgamento de culpabilidade do réu, em um o outro caso.⁶¹⁸

Tomadas a “ferro e fogo”, as teorias do Prof. Florivaldo Araújo levariam à conclusão – não avançada ou defendida pelo autor, é bom que seja dito – de que não haveria qualquer aspecto discricionário na atuação da Administração Pública em uma comunidade que se reconheça a normatividade de princípios. Isso porque, devido ao caráter desses padrões normativos, não seria possível encontrar uma situação na qual, dada a possibilidade de realizar vários atos, um deles não fosse mais adequado a alguns princípios.

Dworkin discutiu a questão em outro contexto, porém suas conclusões parecem ser igualmente pertinentes ao tema ora tratado.⁶¹⁹ Especialmente relevante é a sua descrição da influência que os princípios podem ter sobre a discricionariedade de alguma autoridade estatal. Segundo ele, pode se dizer que alguém tem um poder discricionário quando a sua decisão é balizada por algum padrão normativo. Para o autor, esse padrão normativo que baliza a escolha da autoridade pode ser tanto do tipo regra – por exemplo, uma regra com um conceito indeterminado –, quanto do tipo princípio. Nos dois casos existe padrão normativo a condicionar a validade da decisão tomada pela autoridade. As regras com conceitos indeterminados, conforme afirma Dworkin, são regras abertas a princípios.⁶²⁰

Dessa maneira, uma regra segundo a qual um sargento deve escolher seus soldados “mais experientes” para uma missão, não se diferencia tanto assim de um princípio segundo o qual os oficiais das forças armadas têm que perseguir suas ordens segundo os melhores critérios militares. Pois, mesmo que o sargento escolhesse no primeiro caso aqueles soldados com mais tempo de serviço, ele poderia ser questionado. Poder-se-ia dizer que ele deveria escolher não os soldados com mais tempo de serviço, mas aqueles que lidaram mais frequentemente com as circunstâncias específicas da missão. Uma crítica bem parecida com essa poderia ser feita, caso a escolha do sargento tivesse que se balizar apenas no princípio acima mencionado. A diferença é que, na regra, discute-se qual a melhor concepção de experiência e, no princípio, concepções a respeito dos melhores critérios militares. Nesse segundo caso, poder-se-ia defender a posição que estabelece que o sargento deve escolher os soldados mais talentosos para a missão, enquanto no primeiro, seria um tanto quanto mais

⁶¹⁸ ARAÚJO. 1992. p. 81.

⁶¹⁹ DWORKIN. 2002.

⁶²⁰ DWORKIN. 2002.

complicado dizer que os soldados mais experientes são aqueles mais talentosos. Assim, conquanto possa de fato existir uma diferença de grau, em qualquer dos casos discute-se a procedência de concepções interpretativas acerca das normas que regem a escolha do sargento. Desse modo, quando uma autoridade da comunidade tem discricionariedade numa escolha, caso ela desconsidere algum princípio pertinente, que pudesse, em tese, balizar a sua opção, a crítica que se faz é indistinta daquela que se faria caso ela houvesse deixado de lado a aplicação de uma regra; nos dois casos entende-se que a decisão foi, de certo modo, arbitrária. Ademais, o fato de que os princípios não determinam, em si, decisões específicas, também não pode ser motivo para obstar a sua aplicação. Para Dworkin:

Esta não parece uma razão para concluir que juizes que devem haver-se com os princípios possuem poder discricionário, já que um conjunto de princípios *pode* ditar um resultado. Se um juiz acredita que os princípios que ele tem obrigação de reconhecer apontam em uma direção e os princípios que apontam em outra direção não têm igual peso, então ele deve decidir de acordo com isso, do mesmo modo que ele deve seguir uma regra que ele acredita obrigatória.⁶²¹

Além disso, o fato de haver margem para controvérsia na interpretação sobre o que os princípios exigem não preclui a sua aplicação. Tal se dá porque, ainda que pessoas razoáveis possam discordar dessa aplicação, isso não quer dizer que as autoridades obrigadas a lhe dar substância estejam livres para desconsiderá-los. Com efeito, cabe a elas no caso concreto determinar o que eles exigem que seja feito e para tomar sua decisão, devem considerar, tal qual no exemplo do sargento com seus soldados, os padrões normativos que têm à disposição, sejam regras, sejam princípios. Em qualquer dos casos, o mérito da decisão pode ser criticado e revisado. Assim, dado que os princípios podem exigir certas condutas das autoridades públicas e que elas estão vinculadas, segundo a melhor doutrina, às finalidades da lei – devendo delas se exigir que tomem a melhor a decisão diante das circunstâncias específicas – surge naturalmente a preocupação de tentar estabelecer algum tipo de limite ao controle judicial da determinação dessas condutas e dos atos que corporificam essas escolhas.

4.7.3 O Esboço de uma teoria sobre o controle judicial dos atos das autoridades políticas

⁶²¹ DWORKIN. 2002. p. 57.

Uma tese que talvez pudesse ser avançada – aqui mais sugerida que propriamente trabalhada – é a de que a melhor interpretação do conjunto de princípios da Constituição e das práticas constitucionais pátrias determina que na análise da validade de um ato político, tanto legislativo, quanto administrativo, o Judiciário deve levar em conta que, conforme as normas específicas que regem cada ato, deve se reconhecer que as decisões tomadas por esses órgãos estatais têm certo valor e que a ponderação subjacente a essas decisões pode ser válida mesmo que ela seja distinta daquela que o Judiciário faria tendo em vista os mesmos princípios substanciais, caso fosse ele o órgão competente para tomar a decisão originariamente. Isso porque, o Judiciário deve reconhecer que cabe ao Executivo e ao Legislativo, em virtude da sua representatividade e das suas competências constitucionais, uma voz distinta e relevante na definição dos rumos políticos da comunidade. Isso não quer dizer que sempre deva prevalecer a decisão por eles tomada, mas apenas que, na ponderação que o próprio Judiciário faz para verificar a validade do ato, ele deve levar em conta não apenas os princípios substanciais envolvidos, mas também princípios formais ligados ao *fairness* e, é claro, à integridade.

A discussão aqui é fundamentalmente voltada para a igualdade e para a forma como ela deve ser tratada e do peso que se deve dar-lhe quando conflita com outros valores também caros à Ordem Constitucional. Como bem notado por Dworkin, o ideal da justiça determina que haja uma igualitária divisão de recursos dentro da comunidade. O que é que isso significa está longe de ser claro.⁶²² Os recursos materiais da comunidade são, naturalmente, limitados. Desse modo, mesmo uma divisão ideal, cuja única preocupação fosse uma absoluta igualdade material, não resultaria em um cenário perfeito. Se o fato tempo for aqui introduzido, a questão se torna ainda mais complexa, tal como discutido por Dworkin em seu *A virtude soberana*.⁶²³ Diante da realidade da limitação dos recursos da comunidade, uma divisão ideal levaria, então, de maneira grosseira, ao resultado de que os recursos de que cada cidadão deveria dispor seriam equivalentes à renda *per capita* da comunidade.

Porém, o ideal de justiça também estabelece que a obtenção desses recursos deve se dar em respeito às regras tributárias pertinentes e em atenção a direitos fundamentais patrimoniais, como aqueles que garantem a propriedade privada (art. 5º, XXII, CRFB/88) e a possibilidade de receber herança (art. 5º, XXX, CRFB/88) e aquele que veda tributos com efeito de confisco (art. 150, IV, CRFB/88). O respeito a esses direitos individuais serve como uma limitação a mais a essa divisão igualitária dos recursos da comunidade. Essa limitação

⁶²² DWORKIN. 2005.

⁶²³ DWORKIN. 2005.

impede, portanto, que ela se dê da forma ideal, já bastante enfraquecida, acima relatada. Portanto, o Estado dispõe apenas de uma parcela dos recursos da comunidade e a decisão última sobre como ela deve ser dividida pode, talvez, ser a questão central da sua existência.

Constituiu-se o Estado, no entanto, de forma fracionada, dividindo-se em três Poderes e atribuindo a cada um deles desempenhar preponderantemente uma das funções estatais. Todos os Poderes estão comprometidos, cada um à sua maneira específica, com o esquema de princípios que serve como pano de fundo a justificar a sua constituição, em outras palavras, cada um desses órgãos do Estado foi criado para dar efetividade e concreção aos princípios eleitos pela comunidade como sua base constitucional e para contribuir, cada um conforme lhe é pertinente, para que a decisão sobre como a parcela dos recursos da comunidade de que dispõe o Estado deve ser dividida.

A contribuição do Judiciário se dá por meio da verificação da adequação das escolhas feitas pelos outros Poderes, quanto a como dividir – e arrecadar – esses recursos, com o esquema de princípios que rege a comunidade. Os outros Poderes também têm, indubitavelmente, esse dever e é de se supor que tanto na aprovação da lei, quanto na sua sanção pelo Presidente da República, seja feito um juízo de constitucionalidade do ato legislativo. Não obstante o § 1º do art. 66 da CRFB/88 atribuir esse poder expressamente ao Presidente da República, esse dever é insto da competência instituída no art. 84, V, da CRFB/88. Da mesma forma ele é inconsútil à competência conferida ao Congresso Nacional no art. 48 da CRFB/88. Em outras palavras, o Legislativo tem poder apenas para aprovar e o Executivo o poder de sancionar leis que sejam compatíveis com a Constituição. De qualquer maneira, a última palavra continua cabendo ao Judiciário e, em última instância ao Supremo Tribunal Federal, a quem o art. 102 da CRFB/88 atribui a guarda da Constituição.

Desse modo, cabe ao Judiciário verificar se os atos do Legislativo e do Executivo estão de acordo com esses princípios, ou, em outras palavras, se esses Poderes estão cumprindo com seus mandatos constitucionais. Todavia, ao fazê-lo, ele deve levar em consideração que, proeminente entre os princípios da comunidade, pode ser encontrada uma norma segundo a qual a própria comunidade – por meio de seus representantes parlamentares e executivos – deve ter uma voz sobre como esses recursos devem ser divididos. Naturalmente que, ao fazer essas escolhas, os representantes não podem desconsiderar esse esquema de princípios com os quais a comunidade está comprometida e cabe ao Judiciário verificar se as escolhas que eles tomaram estão de acordo com esses princípios.

Por outro lado, não se pode olvidar que essas escolhas têm em si mesmas um valor que não pode ser desconsiderado, fruto de princípios ligados ao ideal de *fairness*. Em uma

comunidade hipotética regida por princípios substantivos de justiça que não conferissem qualquer valor independente, ainda que relativo, às escolhas tomadas pelos seus órgãos políticos, qualquer decisão, mesmo sobre a cor da parede de uma repartição pública, poderia ser considerada como uma questão de princípio; especular-se-ia qual a cor que melhor atenderia aos ditames emanados dos princípios regentes da comunidade. Poderia ser que estudos demonstrassem que paredes pintadas de amarelo claro propiciariam ambientes de trabalho mais produtivos por algum motivo, de modo que, nesse caso, o princípio da eficiência exigiria que as paredes das repartições públicas fossem *todas* pintadas de amarelo. Os princípios são vocacionados à totalidade.

Por outro lado, em uma comunidade como a brasileira, a cor da parede de uma repartição pública não deve ser entendida, ordinariamente, como uma questão de princípio. Reconhece-se que, não obstante a hipótese de o amarelo claro propiciar ambientes de trabalho mais produtivos, o esquema constitucional pátrio, incluindo as suas práticas, não considera que essa seja uma questão que deva ser decidida pelo Judiciário. Isso porque se entende que a comunidade foi constituída de modo a caber a certas autoridade políticas, detentoras de funções administrativas, algumas decisões, inclusive sobre a cor das paredes das repartições públicas. Entende-se, além disso, que as decisões tomadas por essas pessoas têm um valor independente, em função de certos princípios da comunidade; que seria difícil, senão completamente impossível, explicar a interpretação corrente que se dá às normas constitucionais e às suas práticas políticas, sem levar em consideração que essas decisões têm algum valor independente; que mais do que isso, que a comunidade como um todo está melhor com o reconhecimento desse valor independente, que, de fato, uma comunidade na qual os juízes tivessem que decidir sobre questões administrativas corriqueiras seria uma comunidade pior, isso é, menos valiosa. Dessa maneira, mesmo que a escolha do amarelo claro privilegiasse de forma mais adequada o princípio da eficiência, certos princípios formais que dão valor independente às escolhas de administradores e legisladores, cada um segundo sua competência constitucional, devem se sobrepor à eficiência e caso tenha se escolhido pintar a parede de branco, a decisão administrativa deve ser mantida.

Fato é que, em várias oportunidades, talvez na maioria delas, a validade das escolhas desses representantes não será questionada ou conseguirá sobreviver aos questionamentos sem maiores problemas; haverá outras circunstâncias ainda, mesmo que mais raras, em que a escolha por eles feita será reconhecida como inválida sem maiores elucubrações. No entanto, em alguns casos, juristas competentes e de boa-fé discordarão quanto à validade dos atos praticados pelos representantes políticos e, então, a solução dependerá de uma ponderação de

princípios e, neles, a integridade – e a estrutura de decisão por ela propagada – pretenderá se apresentar como método para a resolução da questão; é a partir desse modelo que se poderá verificar qual é o peso dos princípios formais e substantivos envolvidos e qual é a melhor ponderação entre eles.⁶²⁴

Dá testemunho da complexidade da questão a jurisprudência do Supremo no sentido de que as escolhas das autoridades administrativas quanto à distribuição de medicamentos e de vagas em creches, relatadas acima, não poderiam ser mantidas em virtude dos princípios substantivos envolvidos. Nesses casos, pode-se interpretar que os princípios que concedem valor independente às escolhas das autoridades públicas foram sobrepujados pelos princípios de proteção à vida e ao desenvolvimento das crianças. Com efeito, isso se dará em diversas oportunidades e, como dito, nenhum critério *a priori* pode ser encontrado a definir qual princípio deve prevalecer. Como em qualquer caso difícil, apenas é possível sugerir estruturas que possam servir como base para a ponderação dos princípios envolvidos.

Nesse sentido, o controle judicial de atos administrativos e legislativos é, ao menos por esse aspecto, indistinguível, pois, nos dois casos avalia-se a conformidade do ato expedido com os padrões normativos pertinentes, levando-se em consideração não apenas os princípios substantivos, mas também os princípios formais que concedem valor independente às escolhas feitas por essas autoridades, isso é, aqueles que dão sentido e justificam a existência das normas constitucionais que outorgam uma série de competências a elas. Nos dois casos é essencial que a justificativa para a adoção desses atos seja compatível com esses princípios, vedando-se a adoção de atos que apresentem discriminações indevidas. Além disso, ainda seria possível, dentro desse esquema, incluir mesmo a influência que devem ter as decisões judiciais já transitadas em julgado em novos casos e o respeito que a elas deve ser dado. Desse modo, quando um precedente é questionado judicialmente, a estrutura argumentativa utilizada não é diferente daquela aqui esboçada. Da mesma forma que os atos praticados por autoridades políticas do Executivo e do Legislativo, o precedente judicial deve ser encarado como uma decisão da comunidade com um valor independente, de modo que, a ponderação que possa eventualmente levar à sua superação, deve levar em conta certos princípios formais que conferem valor independente àquela decisão. Seja qual for a origem do ato, caso se lhe reconheça autoridade política deve-se também, por consequência, ser lhe

⁶²⁴ Em sentido semelhante Gustavo Magalhães (2011, p. 382), para quem: “Nesse sentido, a proteção ao mérito do ato administrativo, como expressão do princípio da separação dos poderes, tornou-se apenas mais um *standard* constitucional a ser observado. Assim, passou a ser admitido que a proteção ao direito à vida, por exemplo, fosse efetivada por meio da interferência judicial no juízo de prioridades da Administração Pública.”

atribuído valor independente e qualquer modificação da orientação de conduta nele expressa deve levar isso em consideração. É tal como postula Dworkin:

[U]m juiz que se propõe a modificar uma doutrina existente deve levar em consideração alguns padrões importantes que se opõem ao abandono da doutrina estabelecida; esses padrões são, na sua maior parte, princípios. Esses padrões incluem a doutrina da “supremacia do Poder Legislativo”, um conjunto de princípios que exige que os tribunais mostrem uma deferência limitada pelos atos do Poder Legislativo.

[...]

Consideramos, portanto, o que fica implícito quando alguém diz que uma determinada regra é obrigatória. Ele poder sugerir que a regra é sustentada de maneira afirmativa por princípios que o tribunal não tem a liberdade de desconsiderar e que, tomados coletivamente, são mais importantes do que outros princípios que contêm razões em favor de uma mudança.⁶²⁵

4.8 As discriminações indevidas no Supremo Tribunal Federal

Como aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, “as leis nada mais fazem senão discriminar situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras – sendo esta mesma sua característica funcional”.⁶²⁶ Desse modo, a questão acima discutida, a respeito do valor independente das decisões dos órgãos da comunidade, pode ser subsumida à questão de se saber quando as discriminações por eles efetuadas são legítimas. Naturalmente, um dado ato estatal pode ser inválido em face de princípios outros que a igualdade, mas desse último princípio pode ser retirado o teste básico que todos eles têm que passar para que se possa cogitar da sua legitimidade.

Como citado, o caso das *checkbox solutions* parece ser um caso paradigmático no qual esses princípios formais, que conferem força independente aos atos de órgão da comunidade, são preteridos em favor de princípios substantivos que, nesse caso, se julga serem mais relevantes. Isso porque, entende-se, nos termos acima expostos, como especialmente aviltante o ato estatal que discrimina entre as pessoas de uma forma arbitrária.⁶²⁷ Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode ser encontrada uma série

⁶²⁵ DWORKIN. 2002. pp. 60-61.

⁶²⁶ BANDEIRA DE MELLO. 2002. p. 11.

⁶²⁷ CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Vol. II, Rio de Janeiro: 1956. p. 30. *apud* BANDEIRA DE MELLO. 2002: “Assim, não poderá subsistir qualquer dúvida quanto ao destinatário da cláusula constitucional da igualdade perante a lei. Os seus destinatários e, precisamente, o legislador e, em consequência, a legislação; por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encontram no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações.” p. 9.

de casos distintos nos quais o Tribunal fulminou, por inconstitucionais, leis que, na sua visão, traziam discriminações indevidas em violação à isonomia. O Min. Sepúlveda Pertence afirma que:

Já não desperta controvérsias em nossa doutrina a oponibilidade ao legislador – e principalmente a ele – do princípio constitucional da isonomia, que se traduz substancialmente na exigência da razoabilidade das distinções legais e na proscrição de lei arbitrária: [...] é axioma consolidado, ao qual só trouxe reforço a consagração explícita, no texto constitucional de 1988, do princípio do devido processo legal.

[...]

De sua vez, no exercício de sua jurisdição constitucional, o Tribunal se tem ocupado com frequência de arguições de inconstitucionalidade da lei, por alegada ofensa à isonomia, sem a preocupação de afirmar admissibilidade em tese do questionamento a respeito.⁶²⁸

Nesse sentido, é larga a jurisprudência em torno do art. 19, III, da Constituição da República de 1988, segundo o qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não podem criar distinções entre brasileiros ou estabelecer alguma ordem de preferência entre eles. Em diversas circunstâncias, alguns Estados tentaram emplacar um edital de licitação que privilegiava de alguma forma os licitantes com sede em seus territórios. Na ADI n. 3.583/PR,⁶²⁹ o Tribunal julgou inconstitucional disposição da Lei Estadual n. 12.204/98, do Paraná, que condicionava a aquisição de novos veículos oficiais ao requisito de que eles fossem produzidos naquele Estado. Para o Min. Cezar Peluso, a referida disposição era expressão de uma discriminação arbitrária e contrária ao interesse público, para ele: “Privar fabricantes de licitações pelo só fato de manter unidades industriais noutra Estado significa ruidosa discriminação, atentatória a específica regra constitucional de isonomia.”⁶³⁰ Isso porque:

Não se identifica, na restrição normativa, nenhum critério técnico nem econômico capaz de qualificar a exigência como necessária à garantia de cumprimento das obrigações; o quesito do local de produção é de todo em todo irrelevante para fins de habilitação e julgamento em licitação de veículos. Seu único alcance está em apertar o universo dos concorrentes potenciais, favorecendo, sem nenhuma razão lógica-jurídica, os que tenham, no Estado do Paraná, a sede industrial, em dano secundário, mas não menos relevante no caso, das empresas que, ainda quando a tenham alhures, possam oferecer iguais veículos em condições mais vantajosas, as quais evitariam grave dano primário a que a fórmula expõe a administração e os interesses públicos, decisivos na hipótese.⁶³¹

⁶²⁸ STF, ADI n. 1.076/DF, Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 07/12/2000. pp. 126-127.

⁶²⁹ STF, ADI n. 3.583/PR, Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 14/03/2008.

⁶³⁰ STF, ADI n. 3.583/PR, Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 14/03/2008. p. 84.

⁶³¹ STF, ADI n. 3.583/PR, Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 14/03/2008. p. 84.

Argumentação semelhante foi utilizada para considerar inconstitucional dispositivo da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte segundo o qual deveria se levar em conta na decisão do licitante vencedor “os valores relativos aos impostos pagos à Fazenda Pública deste Estado”, não admitindo, também nesse caso, essa discriminação – desta feita elevadas à dignidade de disposição constitucional estadual.⁶³²

Na ADI n. 2.716/RO⁶³³ discutiu-se a constitucionalidade da Lei Estadual n. 260/90, de Rondônia, que estabelecia que: a) na hipótese de desmembramento de municípios, os permissionários de transporte público cujas linhas passassem a abranger mais de um município, que detivessem a permissão há mais de 2 anos, passariam automaticamente a ter permissões estaduais para manutenção do serviço; e b) em novas concorrências para operação das linhas, aqueles que já a operavam a mais tempo, garantiam, apenas por esse motivo, alguns pontos a mais na licitação, levando, assim, vantagem sobre os outros concorrentes. A Corte julgou os dispositivos patentemente inconstitucionais uma vez que eles “conferem inegável vantagem às empresas que já sejam permissionárias dos serviços de transporte coletivo intermunicipal no Estado de Rondônia, discriminando-as, para beneficiá-las, indevidamente.”⁶³⁴ Em seu voto, o Min. Eros Grau pontuou que:

A lei – como qualquer outro *texto normativo* – pode sim, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o princípio.⁶³⁵

À ideia de que o caráter constitucional ou inconstitucional da discriminação de dada norma é correlato aos argumentos de princípio que suportem o tratamento diferenciado dá testemunho a discussão travada pela Corte nos autos da ADI n. 1.643/DF⁶³⁶ quanto à inconstitucionalidade do art. 9º, XIII, da Lei Ordinário n. 9.317/96, que exclui do regime tributário simplificado conhecido como “Simples” as pessoas jurídicas voltadas às atividades intelectuais e artísticas, bem como aquelas constituídas por profissionais liberais em face do disposto no art. 150, II, da Constituição da República. O Min. Maurício Côrrea, falando pela Corte, afirmou que “a exclusão ‘Simples’, da abrangência dessas sociedades civis, não caracteriza discriminação arbitrária, porque obedece critérios razoáveis adotados com o

⁶³² STF, ADI n. 3.070/RN, Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2007.

⁶³³ STF, ADI n. 2.716/RO, Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 07/03/2008.

⁶³⁴ STF, ADI n. 2.716/RO, Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 07/03/2008, p. 234.

⁶³⁵ STF, ADI n. 2.716/RO, Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 07/03/2008, p. 235.

⁶³⁶ STF, ADI n. 1.643/DF, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 14/03/2003.

propósito de compatibilizá-los com o enunciado constitucional”.⁶³⁷ Isso se dá, em contrário senso dos argumentos colocados pelo Ministro, em razão da ideia de que o regime tributário diferenciado foi instituído com o objetivo de proteger as microempresas e empresas de pequeno porte do domínio do mercado pelas grandes empresas, ainda pela sua inserção, de modo substancial, no contexto da economia informal, também pelo despreparo científico, técnico e profissional dos seus sócios, que os tornam incapazes para a disputa no mercado de trabalho, sem a assistência do Estado e devido ao fato de que sua opção pelo Simples poderia ser de forma satisfatória, fonte de geração de empregos; razões essas que não se aplicam às pessoas jurídicas excluídas do regime do Simples. Os Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, que expressaram entendimento diverso daquele adotado pelo Tribunal, firmaram posição de que a distinção não seria razoável, uma vez que, como pontuou o primeiro, o dado básico de discriminação utilizado pela lei foi o valor do faturamento bruto, de modo que, independente da atividade desenvolvida pela pessoa jurídica, ficando o faturamento bruto dentro dessa margem, não haveria justificativa a sustentar o tratamento diferenciado.

Uma decisão do Supremo Tribunal Federal que é especialmente representativa da questão ora tratada e que parece, ademais, ter resultado realmente de algum tipo de “conciliação” pode ser encontrada no julgamento da ADI n. 1.975-MC/DF,⁶³⁸ ajuizada com o objetivo de impugnar o art. 1º da Medida Provisória n. 1.815/99 – e posteriores reedições – que determinava que: “O período entre 8 de março de 1999 e 7 de março de 2000 não será considerado para os fins de promoção e de progressão funcional de todo servidor da Administração Federal direta, das autarquias e das fundações públicas do Poder Executivo da União.” Ao *caput* do dispositivo acrescentou-se, porém, um parágrafo único que excluía de seu âmbito de aplicação os servidores públicos regidos pelo art. 38 da Lei Ordinária n. 7.501/86, isso é, os diplomatas. Assim, todos os servidores públicos civis ligados ao Executivo da União teriam desconsiderado um ano de serviço para fins de promoção e de progressão funcional, menos os diplomatas.

Essa medida provisória foi editada em virtude de acordo feito com o Fundo Monetário Internacional em resposta às condições negociadas – alguns diriam que o termo mais adequado é “impostas” – entre ele e o Governo Federal para liberação de verbas necessárias à estabilização da economia, desencadeada pela crise de confiança nos países emergentes, principalmente o Brasil, que se seguiu ao ataque de 11 de setembro de 2001 às torres gêmeas

⁶³⁷ STF, ADI n. 1.643/DF, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 14/03/2003. p. 42.

⁶³⁸ STF, ADI n. 1.975-MC/DF, Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 14/12/2001.

do *World Trade Center* e à crise argentina que culminou na renúncia do Presidente Fernando de la Rúa, seis dias depois da publicação do acórdão ora analisado, e na moratória das dívidas externas decretada pelo Presidente Adolfo Rodrigues Saá, três dias depois desse último fato.⁶³⁹

O Min. Sepúlveda Pertence postula que a lei estabeleceu discriminação arbitrária quando restringiu “o privilégio de custear ‘o retardamento dos movimentos de carreira e a postergação das promoções’ asseguradas ao Fundo Monetário Internacional”⁶⁴⁰ aos servidores civis do Poder Executivo da União “entre os quais notoriamente se incluem os segmentos pior remunerados do funcionalismo”.⁶⁴¹ Tal como explica o Ministro, a discriminação feita pela lei não se restringe a eximir do “privilégio” os diplomatas, mas também os militares – extraídos da categoria de servidores públicos em virtude da EC n. 19/98 – e os outros servidores públicos da União, ligados ao Judiciário e ao Legislativo.

O caso aqui é interessante porque se vislumbra uma situação muito parecida com aquela colocada por Dworkin. Isso porque, na hipótese ora analisada, houve uma espécie de conciliação entre uma posição segundo a qual os gastos do Poder Público Federal deveriam ser restringidos e outra segundo a qual isso não deveria se dar. A norma finalmente editada, assim, retira certos direitos de fundo remuneratório de alguns servidores, quais sejam, os servidores civis ligados ao Executivo da União, exceto os diplomatas, mantendo, no entanto, esses mesmos direitos para todos os outros servidores públicos federais. Nesse sentido, os interesses expressos pelas duas posições acima mencionadas foram, em certo sentido e em certo grau, satisfeitos. Todavia, essa discriminação foi considerada indevida e arbitrária pelo Supremo Tribunal Federal porque ela afetava os direitos de uma classe de cidadãos, sem que houvesse argumentos de princípio suficientes para sustentá-la. Como nota Celso Antônio Bandeira de Mello:

A lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se

⁶³⁹ Sobre o contexto da economia brasileira à época ver o texto de Maria da Conceição Tavares, publicado no Jornal Folha de São Paulo, em 10 de outubro de 2001, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u32638.shtml>, acessado em 16 de março de 2011, às 21:00. Sobre a crise argentina, ver: VALLE-FLOR, Maria Amélia. *A Crise Argentina*. Cooperação e conflito nas reformas econômicas: o Governo perante o FMI. Lisboa: Centro de Estudos sobre a África e do Desenvolvimento, 2005, disponível em: http://pascal.iseg.utl.pt/~cesa/est_des8.pdf, acessado em 16 de março de 2011, às 21:00. Sobre o acordo entre o Brasil e o FMI ver a transcrição da exposição feita pelo Ministro da Fazenda Pedro Malan à imprensa em 3 de agosto de 2001, disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/portugues/fmi/fminoac.asp>, acessado em 16 de março de 2001, às 21:29.

⁶⁴⁰ STF, ADI n. 1.975-MC/DF, Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 14/12/2001. p. 446.

⁶⁴¹ STF, ADI n. 1.975-MC/DF, Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 14/12/2001. p. 446.

não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.⁶⁴²

Ademais, não é qualquer distinção que guarde relação lógica entre os traços distintivos escolhidos e a discriminação feita que será legítima, porque além disso “as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva não de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente, ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional.”⁶⁴³ No caso em tela, a distinção feita pela citada medida provisória não sobrevive a nenhum dos dois testes. Não existe qualquer pertinência entre ser servidor público civil federal ligado ao Executivo e ter parâmetros de contagem de tempo de serviço diferentes de outros servidores públicos federais e, mais do que isso, a distinção parece totalmente incompatível com “os interesses acolhidos no sistema constitucional.”

É justamente isso que Dworkin tem em mente quando ele diz que a prática legal não costuma aceitar esse tipo de conciliação legislativa. A jurisprudência do Supremo demonstra que também não se enquadra na tradição jurídica brasileira e, *a fortiori*, no quadro constitucional pátrio a admissão de soluções legislativas conciliatórias.

4.9 O fundamento para a rejeição de soluções “conciliatórias”

Para o Dworkin essa ojeriza às soluções “conciliatórias” não pode ser justificada tanto por critérios de justiça, quanto de *fairness*, tal como ele define esses termos. De início, cumpre notar que argumentos de *fairness* apoiariam uma lei que corporificasse uma solução desse tipo, uma vez que ela tenha sido adotada segundo as formas comumente aceitas e constitucionalmente disciplinada para isso. No que toca à justiça, o autor afirma que, sem dúvida, pessoas que defendem posições contrárias têm, cada uma delas, razões de justiça para rejeitar esse tipo de solução. No entanto, mesmo argumentos desse tipo não poderiam ser tomados como fundamento para a rejeição dessa solução normativa. Com efeito, o que ele procura está um pouco mais longe que isso. Ele busca saber se é possível encontrar uma razão de justiça contra ela que possa ser adotada coletivamente. Essa solução poderia ser encontrada na noção de que as soluções conciliatórias são “injustas por definição porque elas tratam pessoas diferentes de forma diferente sem que exista uma boa razão e que a justiça requer que

⁶⁴² BANDEIRA DE MELLO. 2002. p. 39.

⁶⁴³ BANDEIRA DE MELLO. 2002. p. 42.

casos semelhantes sejam tratados de forma semelhante”.⁶⁴⁴ Porém, segundo o autor, justiça, tal como definido acima, não explica por que a adoção de soluções conciliatórias é sempre condenável porque, segundo ele, “em circunstâncias políticas comuns, as soluções conciliatórias evitariam instâncias de injustiça que iriam, de outra forma, ocorrer e nós não podemos dizer que a justiça requer que alguma injustiça não seja eliminada a não ser que possamos eliminar todas as injustiças.”⁶⁴⁵ Seguindo o exemplo que o autor dá no parágrafo seguinte àquele do qual foi retirada a última citação, é possível entender melhor o que ele quer dizer com isso. Dez pessoas foram condenadas por um tirano, sem qualquer razão, à morte. É dado, então, a alguém a opção de salvar três dos condenados. A justiça não requer que a pessoa a quem foi dado o poder de livramento salve a todos ou nenhum. Com efeito, entre salvar nenhum ou salvar três deles aleatoriamente, a justiça requer que se adote a última opção. Desse modo, entre purgar alguma injustiça e nenhuma, na circunstância de ser impossível livrar a todos da injustiça, deve-se adotar a primeira opção, mesmo que não haja qualquer argumento de princípio que suporte a distinção entre aqueles que serão salvos e aqueles que morrerão. Isso demonstra que não necessariamente a justiça rejeita soluções conciliatórias.

Desse modo, como não poderiam ser encontrados fundamentos tanto na justiça, quanto no *fairness* para sustentar a rejeição às soluções conciliatórias, outro ideal político deve existir para sustentá-la e esse é a integridade. Ela postula – lembrando muito o imperativo categórico kantiano⁶⁴⁶ – que a adoção desse tipo de solução viola a integridade do Estado “porque ele tem que endossar princípios para justificar parte do que ele fez que ele tem que rejeitar para justificar o resto.”⁶⁴⁷

Aqui é importante não esquecer o alerta que já se fez acima, no sentido de que princípios formais, em última instância, podem ser reduzidos a princípios substantivos. Ou seja, a integridade pode sem dúvida ser vista como expressão da justiça, mesmo utilizando-se a definição dada por Dworkin ao termo. A questão aqui é não é se a distinção se sustenta até as últimas consequências, mas, apenas demonstrar que a integridade explica de forma adequada alguns aspectos do direito e que tê-la como ideal distinto se justifica na medida em que ela destaca esses aspectos. Assim, mesmo que a integridade seja apenas um sub-ideal do

⁶⁴⁴ DWORKIN. 2001. p. 180. “*unjust by definition because it treats different people differently for no good reason, and justice requires treating like cases alike*”.

⁶⁴⁵ DWROKIN. 2001. p. 181. “*in circumstances of ordinary politics the checkboard strategy will prevent instances of injustice that would otherwise occur, and we cannot say that justice requires not eliminating any injustices unless we can eliminate all.*”

⁶⁴⁶ KANT. 1997.

⁶⁴⁷ DWORKIN. 2001. p. 184: “*because it must endorse principles to justify part of what it has done that it must reject to justify the rest.*”

ideal de justiça, caso ela destaque alguma característica da prática jurídica de forma adequada, ela é relevante para a análise desse sistema, pois, em casos concretos ela pode conflitar com outros princípios albergados pela justiça e com aqueles decorrentes dos outros ideais. A integridade é, assim, tão distinguível da justiça quanto os outros dois ideais, de *fairness* e de devido processo. Dessa maneira, a orientação distinta que a integridade fornece para a resolução de certos casos, servindo como método e critério para solucionar o conflito entre os outros ideais, pautada em noções estruturais, da mesma forma como acontece com os outros dois ideais formais – com os quais ela também não se confunde – garante a ela a dignidade de ser tratada como um ideal distinto. Como alerta Perry: “Dworkin está assumindo, acredito eu, que enquanto é verdade que a justiça necessariamente engendra uma consideração igualitária, uma consideração igualitária não necessariamente engendra uma justiça verdadeira.”⁶⁴⁸ A integridade seria, assim, um meio termo entre a simples consistência e os deveres que o ideal de justiça determina. Um bom exemplo disso seria alguém que advogasse a posição de que a justiça, entendida de forma correta, engendraria um fim da propriedade privada dos meios de produção e uma redistribuição radical de recursos de modo a que todos na comunidade dispusessem dos mesmos meios econômicos, satisfazendo um ideal de igualdade material radical. A justiça para essa pessoa seria isso e qualquer decisão que não honrasse esse ideal seria, por isso mesmo, injusta. Caso ela também aceitasse a integridade como ideal, ela teria que conceder que numa comunidade cuja norma fundamental fosse a CRFB/88, em alguns casos, em virtude desse segundo ideal, ter-se-ia que dar decisões que, do ponto de vista do primeiro, são patentemente injustas. Por exemplo, segundo essa concepção de justiça seria claramente injusto que em um acidente envolvendo um carro esportivo novo de luxo e um carro popular bastante usado, mesmo que o acidente houvesse sido causado indubitavelmente por esse último, em virtude de uma negligência momentânea, o proprietário menos abastado fosse obrigado a compensar o outro. No entanto, é justamente isso que a integridade exige que se faça, ao menos *prima facie*, em virtude de regras específicas adotadas pela comunidade (art. 186 c/c art. 927, CC/2002).

Ademais, a despeito da sua conexão íntima com a isonomia, a integridade assume um caráter estrutural tal qual já apontado, podendo até em certas circunstâncias sugerir soluções distintas daquelas que seriam exigidas pela isonomia em si. Por exemplo, a integridade recomendaria a um Ministro, caso o Supremo Tribunal Federal se reunisse para apreciar novamente a questão da constitucionalidade da exclusão das sociedades de profissionais

⁶⁴⁸ PERRY. 2006. p. 199. “Dworkin is assuming, I believe, that while true justice necessarily entails equality of concern, equality of concern does not necessarily entail true justice.”

liberais, intelectuais e artísticos do Simples, que reconhecesse como violação à isonomia o tratamento diferenciado dado pela lei a essas pessoas jurídicas, que levasse em consideração o decidido na ADI n. 1.643/DF⁶⁴⁹ e tomasse essa decisão como um obstáculo ao seu entendimento mais pessoal a respeito da questão. A isonomia, por si, não exigiria isso. Por outro lado, a conexão é indisfarçável e ela fortalece tanto a integridade, quanto a própria isonomia. O ideal da integridade, junto com o de *fairness*, justifica que se dê valor independente às decisões tomadas pelos órgãos políticos da comunidade. Porém, a forma como a integridade fundamenta esse valor independente é distinta daquela fornecida pelo *fairness*, porquanto ela não pretende que essas decisões sejam respeitadas apenas porque são de alguma forma expressão da vontade da maioria, mas porque essas decisões, como parte da história política da comunidade, devem ser levadas em consideração na construção de sentido dos princípios que a constituem. Nesse sentido, a integridade vai ainda mais longe que o *fairness*, pois este último ideal não explica porque é que se deve dar valor independente às jurisprudências dos Tribunais, uma vez que elas não são expressão da vontade da maioria. Mesmo a justiça não requer seja dado qualquer valor independente a essas decisões passadas, uma vez que esse ideal só exige que lhes seja dado algum valor quando elas estiverem de acordo com uma distribuição equitativa de recursos, ou seja, elas apenas têm valor quando adequadas aos princípios substantivos que a justiça abriga, funcionando como reafirmações deles. No momento em que, de alguma forma, elas não se apresentarem assim, o ideal de justiça não determina que qualquer valor seja a elas concedido, podendo-se concluir, por isso, que a justiça não confere qualquer valor independente às decisões políticas passadas da comunidade. Desse modo, apenas a integridade pode explicar essa característica das práticas jurídicas de uma comunidade.

Além disso, Dworkin nota que a conexão entre a retórica de igual proteção e a integridade é reveladora. A integridade reforça a ideia de que “todos são iguais perante a lei”, conforme se pode ler no *caput* do art. 5º da CRFB/88, por vezes tão subestimado, determinando que o tratamento igual deve se pautar não apenas na fidelidade cega às regras postas pela legislação, “mas nas teorias de *fairness* e justiça que justificam essas regras.”⁶⁵⁰

A relação entre isonomia e integridade, a conseqüente incompatibilidade das soluções conciliatórias e o valor independente dado às decisões dos órgãos políticos da comunidade demonstram que a integridade é uma virtude política suficientemente adequada às aspirações

⁶⁴⁹ STF, ADI n. 1.643/DF, Min. Mauricio Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 14/03/2003.

⁶⁵⁰ DWORKIN. 2001. p. 185. “*but to the theories of fairness and justice that these rules presuppose by way of justification.*”

das comunidades, para que a interpretação que a considera como parte dessas culturas jurídicas possa ser aceita. Com isso, não se quer dizer que não seria possível encontrar exemplos nos quais o que aqui foi chamado de integridade não foi levado em consideração quando deveria sê-lo, mas apenas que se pode depreender das práticas jurídicas comuns das comunidades em foco que, em certo sentido, o ideal da integridade é buscado como tal. Parece razoável dizer que, de um modo geral, aceita-se que o Estado deve agir com uma só voz, segundo um conjunto de princípios coerentes. No contexto brasileiro, a Constituição parece dar base a essa interpretação, na medida em que coloca em total proeminência a isonomia, princípio substantivo com o qual a integridade tem íntima correlação.

Cumprido ressaltar que, apesar do que se disse a respeito de a integridade exigir que seja dado valor independente às decisões dos órgãos políticos da comunidade no passado, essa virtude política exige mais do que uma simples consistência entre as decisões. Esse valor independente propagado pela integridade é, no entanto, meramente *prima facie*. Isso quer dizer que na apreciação da validade de uma decisão política tomada pela comunidade deve ser atribuído algum valor a essa decisão, independente do seu mérito, apenas pelo fato de ela haver sido tomada por alguma autoridade competente, pois, do contrário não seria possível justificar a adoção de normas atribuindo certas competências a elas. Desse modo, o órgão judicante ao decidir sobre a validade do ato deve levar em conta não apenas os princípios envolvidos na ponderação que deu origem ao mérito do ato, mas também os princípios formais que pretendem conferir valor independente à escolha desse órgão. Assim, *a priori*, todos esses princípios ou conjunto de princípios formais e substantivos fornecem soluções *prima facie* para o caso. Destarte, a integridade não exige, como seria o caso se se tratasse de mera consistência, que sejam mantidas as decisões anteriores tomadas pela comunidade, ela apenas determina que seja concedido a elas valor *prima facie*. A definição de qual entre os princípios ou conjunto de princípios que *prima facie* determinam uma solução irá prevalecer, ditando a decisão final, se dá em virtude da maior adequação da solução exigida por algum desses princípios ou conjunto de princípios, naquele caso concreto específico, em relação ao conjunto de princípios subjacentes a todas as outras decisões políticas passadas tomadas pela comunidade, de modo que, a decisão tomada naquele caso possa ser vista, tanto quanto possível, como fluindo de uma concepção única de Direito adotada por ela, justificando-a da melhor maneira possível. Nas palavras de Dworkin: “A integridade exige que os padrões públicos da comunidade sejam feitos e vistos, tanto quanto possível, como expressando um

esquema único e coerente de justiça e *fairness* em uma relação correta.”⁶⁵¹ Em consonância com isso, o Supremo Tribunal Federal, conforme demonstrado acima, através da sua jurisprudência sobre a proscrição das soluções conciliatórias, parece também requerer daqueles a quem a Constituição concede o poder legiferante que busquem algum tipo de coerência principiológica, sob pena de invalidade de seus pronunciamentos.

4.10 A integridade e a constituição de uma comunidade política

Como visto, porém, uma interpretação não deve apenas ser adequada ao objeto interpretado, mas, deve, também, justificá-lo. Isso traz a pergunta: seria a integridade um ideal atraente para a República Federativa do Brasil? A resposta é afirmativa. Os argumentos utilizados por Dworkin no curso de sua explicação sobre o porquê de ele responder afirmativamente a uma pergunta semelhante àquela feita acima, mas quanto aos contextos por ele analisados, são de tal modo gerais e desenvolvidos no campo da filosofia política, que a herança europeia aqui deixada pelos portugueses, bem como as demais influências que os movimentos políticos daquele continente exerceram no curso do desenvolvimento político brasileiro, os tornam imediatamente aplicáveis ao contexto pátrio. Sem dúvida, o Brasil, os Estados Unidos e o Reino Unido têm sistemas jurídicos com algumas diferenças marcantes, algumas delas inclusive já apontadas no curso da presente dissertação, mas a construção das sociedades políticas ocidentais está de tal modo imbricada com os ideais políticos que tiveram origem nas revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX, que os princípios básicos que regem os sistemas políticos dos países mencionados são suficientemente parecidos para que as considerações filosóficas desenvolvidas por Dworkin possam ser aceitas sem maiores problemas. Mais do que isso, o caráter da teoria desenvolvida pelo autor, que tem como princípio soberano a igualdade, o traz de forma ainda mais dramática ao encontro dos sistemas políticos europeu continental e brasileiro, locais onde os ideais socialistas tiveram disseminação e voz política muito mais relevante do que nos países de origem anglo-saxã. As matrizes ideológicas básicas da integridade são aquelas das revoluções liberais e o seu mote é também parecido com o delas. A fraternidade é sua ideia matriz; a ideia de que mais do que

⁶⁵¹ DWORKIN. 2001. p. 219. “*Integrity demands that the public standards of the community be both made and seen, so far as this is possible, to express a single, coherent scheme of justice and fairness in the right relation.*”

um amontoado de pessoas sob um Estado, os componentes de uma dado País compõem uma comunidade política.

Dworkin afirma que “uma sociedade política que aceita a integridade como uma virtude política se torna, por isso, uma forma especial de comunidade, especial em um sentido que promove a sua autoridade moral de tomar e usar um monopólio da força coercitiva.”⁶⁵² A noção de que “todo o poder emana do povo” (art. 1º, parágrafo único, CRFB/88) e apenas por isso se justifica, necessita da integridade “porque um cidadão não pode se tratar como autor de uma coleção de leis que são inconsistentes em princípio, nem pode ele ver essa coleção como patrocinada por alguma vontade geral rousseauiana.”⁶⁵³

A correlação entre a integridade e o ideal de autogoverno é relevante na medida em que ela “aprofunda o papel que cidadãos individuais podem ter no desenvolvimento dos padrões públicos da comunidade porque ela requer que eles tratem as relações entre eles como caracteristicamente, e não apenas esporadicamente, governadas por esses padrões.”⁶⁵⁴ Em outras palavras, a integridade espera que as pessoas dentro de uma comunidade julguem todas as suas ações de acordo com os princípios subjacentes às regras explícitas e outros padrões normativos adotados pela comunidade. Em qualquer relação de suas vidas sociais, mesmo com pessoas que lhes são completas estranhas, essas pessoas devem se julgar como aquelas do exemplo da cortesia aqui já utilizado, se perguntando como é que esses princípios exigem que elas ajam, segundo seus melhores esforços interpretativos. As normas da comunidade não são, assim, apenas soluções pontuais para alguns problemas específicos, mas um esquema aberto todo abrangente de conduta. “A integridade, portanto, funde a vida moral e política dos cidadãos.”⁶⁵⁵ Isso não quer dizer que todos eles vão sempre concordar com a conduta que esse esquema de princípios lhes exige, mas isso, ao contrário de enfraquecer o ideal, o fortalece, pois, na medida em que esses mesmos cidadãos tentam encontrar, de boa-fé, a forma como devem agir e vêm outros fazendo o mesmo, ainda que, no final, eles não consigam concordar com a solução, eles estão prestigiando a integridade. Esse ideal se torna assim “fidelidade a

⁶⁵² DWORKIN. 2001. p. 188. “*a political society that accepts integrity as a political virtue thereby becomes a special form of community, special in a way that promotes its moral authority to assume and deploy a monopoly of coercive force.*”

⁶⁵³ DWORKIN. 2001. p. 188. “*for a citizen cannot treat himself as the author of a collection of laws that are inconsistent in principle, nor can he see that collection as sponsored by any Rousseauian general will.*”

⁶⁵⁴ DWORKIN. 2001. p. 189. “*deepens the role individual citizens can play in developing the public standards of their community because it requires them to treat relations among themselves as characteristically, no just spasmodically, governed by these standards.*”

⁶⁵⁵ DWORKIN. 2001. p. 189. “*Integrity therefore fuses citizens’ moral and political lives.*”

um esquema de princípios [que] cada cidadão tem a responsabilidade de identificar, e em última instância para ele mesmo, como o esquema da sua comunidade.”⁶⁵⁶

4.11 As obrigações associativas e o dever geral de obediência à lei

Essa concepção infunde uma autoridade moral ao Direito, infusão essa diretamente ligada à justificativa que a integridade dá ao uso do poder e violência estatais. Diante das questões a respeito da autoridade moral do Estado e da natureza moral do dever de obedecer à lei, ou, em termos mais simples da legitimidade das decisões estatais, Dworkin postula que: “Um Estado é legítimo se suas estrutura e práticas constitucionais são tais que seus cidadãos têm uma obrigação geral de obedecer às decisões que têm por objetivo impor deveres a eles.”⁶⁵⁷ O autor fixa a fonte dessa “obrigação geral de obedecer” no que ele chama de obrigações associativas. Ele quer significar com isso as “responsabilidades especiais que a prática social confere à associação a algum grupo biológico ou social, como as responsabilidades familiares, de amizade ou de vizinhança.”⁶⁵⁸ Esse tipo de obrigação não é uma questão de escolha, ou, pelo menos, não é apenas uma questão de escolha. Ninguém escolhe pertencer a uma dada família e normalmente não é possível também escolher os próprios vizinhos. Sem dúvida as pessoas podem, em certo sentido, escolher aqueles que elas contarão entre seus amigos, mas, por outro lado, não obstante se aceitar que decorrem obrigações de relações de amizade, ninguém negocia contratos de amizade. Dessa maneira, se existe certo voluntarismo na escolha dos vínculos de amizade, a assunção de obrigações relacionadas a eles se dá de maneira mais orgânica. O caráter não voluntário dessas obrigações é demonstrado, sobretudo, pelo fato de que a maioria das pessoas sente ter responsabilidades muito mais graves e sérias em relação às suas famílias – o menos voluntário dos vínculos – do que em relações fruto de outras interações sociais. Ademais, as responsabilidades e deveres impostos pelas obrigações associativas não se dão em virtude de algum ritual formal ou da extensão de convenções formalmente positivadas, mas através de processos interpretativos complexos e intuitivos. Em outras palavras, as pessoas sentem que

⁶⁵⁶ DWORKIN. 2001. p. 190. “*fidelity to a scheme of principle each citizen has a responsibility to identify, ultimately to himself, as his community’s scheme.*”

⁶⁵⁷ DWORKIN. 2001. p. 191. “*A state is legitimate if its constitutional structure and practices are such that its citizens have a general obligation to obey the decisions that purport to impose duty on them.*”

⁶⁵⁸ DWORKIN. 2001. p. 196. “*special responsibilities social practice attaches to membership in some biological or social group, like the responsibilities of family or friends or neighbors.*”

elas têm responsabilidades especiais para com seus pais, por exemplo, mas a determinação de quais responsabilidades específicas elas têm é algo que apenas se deriva por meio da interpretação. Interpretação de quê? Das práticas e responsabilidades sociais que normalmente defluem desse tipo de relação e da história desenvolvida entre aquelas pessoas que mantêm a especial relação da qual as obrigações advêm. Isso porque o comportamento dessas pessoas em virtude dessa relação vai atraindo obrigações. Desse modo, caso elas desejem manter essa especial relação, elas se sentirão obrigadas a honrar tais obrigações quando as circunstâncias para isso surgirem e, caso não o façam, serão cobradas por isso.

Assim, uma primeira característica dessas obrigações associativas é a reciprocidade, quer dizer, a grosso modo, espera-se que esse tipo de obrigação seja, em certo sentido, bilateral ou plurilateral. Espera-se que decorram, de dada associação, direitos e deveres para todos os seus membros; espera-se que seja devido a cada um deles, individualmente considerados, algumas prestações e que, por outro lado, cada um deles, individualmente considerados, deva algumas prestações aos outros. Aqui se utiliza uma linguagem legal mas, naturalmente, as prestações mencionadas normalmente não têm caráter patrimonial e quando se fala que os membros de uma associação poderão ser cobrados pelas obrigações associativas que inadimpliram não necessariamente se quer dizer com isso que os membros prejudicados poderão ir ao Judiciário exigir as referidas obrigações. A cobrança de uma obrigação associativa de um membro inadimplente se dá conforme os procedimentos peculiares a cada tipo de associação. Em uma família, um filho pequeno que desrespeitar algum dever associativo – por exemplo, arrumar a cama antes de sair de casa – será cobrado desse inadimplemento através da imposição de um castigo. Nesses casos, não obstante a acolhida do poder familiar no seio jurídico, seria absurdo pensar na utilização de ação para fins de exigência de obrigações familiares desse tipo.

Todavia, não é apenas a forma específica de coatividade que distingue as obrigações associativas. Outra característica notável delas é a de que o que quer que elas exigem nunca é muito claro. Essas obrigações são derivadas por meio de uma interpretação das práticas do tipo de associação pertinente. O caráter interpretativo dessas obrigações leva a que pessoas diferentes irão discordar de quais deveres essa reciprocidade que deve existir nas obrigações associativas lhes impõe, do contrário “amizade apenas seria possível entre pessoas que compartilhassem uma concepção detalhada de amizade e se tornaria automaticamente mais contratual e deliberada do ela é”.⁶⁵⁹ De resto, para evitar que se caia em tautologia inaceitável,

⁶⁵⁹ DWORKIN. 2001. p. 198. “friendship would be possible only among people who shared a detailed conception of friendship and would become automatically more contractual and deliberative than it is.”

é necessária uma concepção de reciprocidade que não afirme meramente que pessoas ligadas por obrigações associativas têm as responsabilidades mútuas que elas esperam que as outras assumam em face dessa especial relação. Assim:

Obrigações associativas podem se sustentar entre pessoas que compartilham um senso geral e difuso dos direitos especiais de seus membros e responsabilidade de e para com o outro, um senso de que tipo e nível de sacrifício pode ser esperado de alguém em relação ao outro.⁶⁶⁰

Desse modo, as obrigações associativas se sustentam mesmo que as pessoas que sentem essa responsabilidade especial uma relação à outra, discordem do que é que essas obrigações requerem que se faça em circunstâncias concretas, desde que elas aceitem que cada uma delas estaria disposta a fazer algum tipo de sacrifício pela outra em nível e grau grosseiramente semelhantes. A reciprocidade é, assim, uma espécie de requisito básico para que possam surgir obrigações associativas. “A reciprocidade que requeremos para as obrigações associativas deve ser mais abstrata, mais uma questão de aceitar um tipo de responsabilidade que precisamos da companhia das ideias de integridade e interpretação para explicar.”⁶⁶¹ Dessa maneira, parece correto dizer que a reciprocidade é pensada por Dworkin não no sentido que o termo é normalmente utilizado, mas no sentido de dizer que em certas relações surgem obrigações recíprocas, tal como acontece em um contrato. A diferença aqui é que essas relações recíprocas não surgem de algum tipo de acordo, mas da associação em si. Assim, no momento em que duas ou mais pessoas começam a se sentir obrigadas mutuamente a algo em virtude de um relacionamento que não tenha caracteres contratuais, passa a existir a tal reciprocidade. Desse modo, o que Dworkin pensa como reciprocidade parece estar mais próximo de uma bilateralidade das obrigações assumidas, tal como defendido acima. Em outras palavras, é da essência das obrigações associativas que elas sejam bi ou plurilaterais, de modo que entre os membros de uma dada comunidade todos têm direitos e obrigações uns em face dos outros. Portanto, a reciprocidade, entendida dessa forma, é um requisito da existência dessas obrigações e não da sua validade. Apenas quando é possível dizer que os envolvidos em uma relação têm direitos e deveres recíprocos, independente de sua simetria, podem as

⁶⁶⁰ DWORKIN. 2001. p. 199. “*Associative obligations can be sustained among people who share a general and diffuse sense of members’ special rights and responsibilities from or toward one another, a sense of what sort and level of sacrifice one may be expected to make for another.*”

⁶⁶¹ DWORKIN. 2001. pp. 198-199. “*The reciprocity we require for associative obligations must be more abstract, more a question of accepting a kind of responsibility we need the companion ideas of integrity and interpretation to explain.*”

obrigações associativas surgir. Do contrário, eles não terão um tipo de relacionamento suficientemente desenvolvido para que se possa falar de obrigações dessa natureza.

4.12 As quatro características das obrigações associativas genuínas

As obrigações associativas genuínas dependem para terem validade de mais do que mera reciprocidade. Isso porque as obrigações associativas genuínas são apenas aquelas obrigações associativas que são válidas. Segundo Dworkin para que sejam válidas, elas têm que apresentar quatro características, ou requisitos de validade: elas têm que ter um caráter especial, pessoal e devem fluir de uma igual consideração com o bem-estar dos outros membros pertencentes a uma comunidade. Em outras palavras, as pessoas que fazem parte dessa comunidade na qual as obrigações associativas florescem, devem julgar que as responsabilidades decorrentes dessa associação são especiais; diferentes, mais específicas e fortes, do que aquelas que elas têm em relação a pessoas que não pertencem a ela. Essas obrigações devem assim ter um caráter distinto de obrigações morais devidas a todas as pessoas apenas em virtude de suas dignidades próprias. Nesse sentido, as obrigações associativas se diferem das obrigações morais naturais, tais como aquelas decorrentes de um imperativo categórico ao estilo kantiano.⁶⁶² Naturalmente, dependendo da teoria moral que se adote, se torna de todo impossível fazer a distinção. Por exemplo, se se aceita que a moral comanda uma compaixão toda abrangente e extrema por todos os seres humanos, tal como postulado por Schopenhauer,⁶⁶³ pouco sobraría para distingui-las das obrigações associativas. Por outro lado, costuma-se aceitar que as obrigações que as pessoas têm para com seus amigos e familiares vai além das obrigações morais comuns devidas a todos os outros; ou, ao menos, são prolongamentos especiais dessas obrigações morais gerais; sendo de algum modo especiais. Por exemplo, seria aceitável como dever associativo dar uma carona a um amigo embriagado, não se entendendo, contudo, como exigível que alguém saia procurando pessoas

⁶⁶² Aqui não se desconsidera que o próprio Kant funde o dever geral de obrigação à lei em um imperativo moral geral. O que se pretende com a menção ao imperativo categórico é apenas demonstrar em que sentido as obrigações associativas podem ser especiais. Também passa ao largo dos objetivos da presente dissertação resolver o conflito entre liberais e comunitaristas que essas questões engendram. Para o conflito ver: FORST. 2010.

⁶⁶³ SCHOPENHAUER. 2005.

estranhas embriagadas na rua para dar carona.⁶⁶⁴ O importante aqui é que os membros de dada associação tenham deveres e direitos que na ausência dela não existiriam.

Além disso, as obrigações associativas, para serem válidas, devem ser pessoais no sentido de fluírem de cada membro da comunidade diretamente ao outro, não advindo apenas de algum tipo de obrigação coletiva. Desse modo, em uma comunidade na qual se entende ser pertinente a obrigação de ajudar financeiramente um dos membros em situação de penúria, esse dever não seria apenas da associação coletivamente considerada, mas de cada um de seus membros. Assim, mesmo supondo que essa associação disponha de recursos próprios, caso o membro em estado difícil procure outro membro em condições, esse não poderá simplesmente reportá-lo à associação, caberá a ele ajudá-lo pessoalmente. Em termos abstratos o exemplo pode parecer estranho, mas basta que se pense em termos mais concretos para que ele passe a fazer mais sentido. Em uma casa em que moram quatro amigos que todos os meses contribuem para um fundo comum, caso algum deles se ache, por algum infortúnio, em dificuldades será, dependendo das relações entre eles, perfeitamente cabível e pertinente que ele peça ajuda financeira ao fundo comum. Para isso teria que se entender que a obrigação associativa foi modificada. Pode ser, por exemplo, que esse fundo tenha sido especialmente formado para o fim de ajudar membros em dificuldade, de modo que os recursos para ajudar esse amigo nessa situação devam vir do fundo comum. Isso não descaracteriza o caráter pessoal dessa obrigação, mas apenas modifica a forma do seu exercício. A obrigação continua sendo pessoal na medida em que cada membro sente a responsabilidade individual de contribuir para o fundo comum. Mais abaixo o que é exatamente que se quer dizer com isso será melhor trabalhado.

Os membros da associação têm ainda que ter uma consideração pessoal com o bem estar dos outros. Em outras palavras eles têm que julgar que a consideração que eles têm um com os outros vai além de compromissos expressamente pactuados. Nina Brewer-Davis tratando da questão afirma que:

Essa terceira condição é importante porque ela distingue obrigações associativas das contratuais: aquelas são obrigatórias devido não ao fato de terem sido combinadas, mas devido aos relacionamentos eles mesmos, de um modo que são mais profundas, ricas e mais cheias de nuances do que contratos. Quando um dever surge de consideração ao invés de acordo, as pessoas cumprem esse dever sem procurar por compensação imediata, da mesma forma que alguém pode pagar o jantar de um amigo sem esperar ser reembolsado daquela conta específica.⁶⁶⁵

⁶⁶⁴ Devo o exemplo do amigo embriagado à BREWER-DAVIS. 2011.

⁶⁶⁵ BREWER-DAVIS. 2011. p. 9. *“This third condition is important because it distinguishes associative obligations from contractual ones: the former are binding due not to agreement, but to the relationships themselves in a way that is deeper, richer, and more nuanced than contracts. When a duty stems from concern*

Esse seria, assim, mais um requisito de validade das obrigações associativas que as diferenciam das obrigações contratuais ou voluntárias. Além daquelas não decorrerem de um vínculo assumido voluntariamente, como em um contrato ou quando alguém faz uma promessa, elas se diferenciam destas na medida em que elas não se limitam a obrigações expressamente estabelecidas. Até porque, nesse tipo de associação, pode ser que nenhuma obrigação tenha sido expressamente disposta. Não se trata aqui de apelar apenas para reciprocidade entendida em um sentido estrito. As pessoas devem ver suas obrigações uma para com as outras como advindo dessa consideração especial que elas têm. Um contratante não necessita de ver o outro através desse prisma; mesmo os deveres de boa-fé que dele são exigidos não vão tão longe. Por exemplo, não seria comum que um contratante aceitasse que o outro deixasse de lhe pagar a remuneração devida em virtude do contrato em função deste preferir empregar o dinheiro em uma oportunidade circunstancial que surgiu, postergando o pagamento combinado. Por outro lado, numa relação entre amigos é comum que algum deles peça para postergar a satisfação de alguma obrigação em virtude de alguma oportunidade circunstancial.

Deve-se ressaltar ainda que diferentes relações associativas geram diferentes níveis de consideração que, ainda assim, podem ser tratados como especiais. A consideração que uma pessoa tem por seu filho é diferente daquela que ela tem por seu colega de trabalho. Por outro lado, mesmo nesse último caso, essa pessoa tem uma relevante consideração com o bem-estar de seu correlacionado. Da mesma forma, pode ser – e é isso que Dworkin pretende demonstrar – que, em algum nível, os cidadãos de um Estado tenham uma consideração especial uns pelos outros, ainda que em grau distinto das considerações decorrentes de outros relacionamentos mais próximos nos quais, ao contrário dos vínculos de cidadania, podem surgir laços afetivos.

Por fim, essa consideração que os membros de uma associação devem ter uns pelos outros deve refletir uma igual consideração com o bem estar de seus membros. Em outras palavras, alguns membros não podem ser tratados como intrinsecamente mais importantes que outros. Mesmo em associações inerentemente hierárquicas só seria possível se falar da existência de obrigações associativas legítimas, se essa hierarquia se dá em função de algum benefício que ela traz a todos seus membros. Aqui seria importante estabelecer que não impede o surgimento de genuínas obrigações associativas o fato de alguns membros serem

rather than agreement, people fulfill that duty without looking for immediate compensation, just as someone might pay for a friend's dinner without thought of being repaid for that specific bill."

funcional ou instrumentalmente mais importantes que outros, desde que a distinção funcional ou instrumental que a eles é conferida seja exercida em prol do bem estar geral de todos os membros. Dworkin exemplifica dizendo que não poderia haver obrigações associativas genuínas em uma família na qual os filhos fossem considerados como intrinsecamente mais valiosos que as filhas. Por outro lado, o fato de os pais entenderem que a sua interferência sobre certos aspectos das vidas de seus filhos devem ser diferentes dependendo do gênero a qual pertencem, não desnaturam eventuais obrigações associativas, caso essas diferenças sejam justificadas em um esquema argumentativo que tenha como base uma igual consideração pelo bem-estar de cada um deles. Nesse sentido, Perry afirma sobre essa condição que: “os poderes morais que alguém tem sobre outros dentro desse relacionamento associativo podem apenas ser exercidos de uma forma que manifesta uma consideração igualitária por todos aqueles que estão sob esse poder.”⁶⁶⁶

Uma comunidade genuína surge apenas quando as quatro condições são satisfeitas. Do contrário, segundo o autor, têm-se apenas um grupamento de pessoas que não pode ser propriamente tratado como uma comunidade. “As responsabilidades que uma comunidade genuína cria são especiais e individualizadas e demonstram uma consideração mútua abrangente que é adequada a uma concepção plausível de igual consideração.”⁶⁶⁷

4.13 As obrigações associativas na doutrina

4.13.1 A origem em Platão

Toda a questão envolvendo as obrigações associativas é controversa, tanto em geral, quanto em particular à concepção esposada por Dworkin. Alguns atores traçam a origem da teoria das obrigações associativas ao diálogo *Crítion* de Platão.⁶⁶⁸ Nesse texto platônico, Sócrates está preso, depois de ser julgado, esperando ser executado, o que se dará quando certo navio aportar em Atenas. Crítion, amigo de Sócrates, vai visitá-lo, dando a notícia de que

⁶⁶⁶ PERRY. 2008. p. 191. “*the moral powers that one holds over others within an associative relationship may only be exercised in a way that manifests equal concern for all those over whom the powers are held.*”

⁶⁶⁷ DWORKIN. 2001. p. 201. “*The responsibilities a true community deploys are special and individualized and display a pervasive mutual concern that fits a plausible conception of equal concern.*”

⁶⁶⁸ BREWER-DAVIS. 2011.

o navio deve atracar em breve e tenta convencê-lo a fugir da cadeia e ir viver em outra cidade. Sócrates, porém, se recusa a fugir e a quebrar as leis de Atenas. Ele se justifica partindo da premissa de que é um imperativo moral que: “Não se deve nunca retornar uma ofensa e nem distratar algum homem, não importando o quanto alguém foi distratado por esse homem.”⁶⁶⁹ Em seguida ele parece personalizar a *polis*, uma vez que passa a expressar os argumentos que essa teria em contrário à sua fuga.⁶⁷⁰ Com efeito, “as leis e o Estado” lhe diriam que suas ações levariam à destruição da *polis*, uma vez que esse seria o efeito natural se os veredictos das Cortes da cidade pudessem ser tornados sem efeito por atos de particulares. A *polis* perguntar-lhe-ia se não havia um acordo entre eles de que ele deveria respeitar os julgamentos daquela. Ela lembraria a Sócrates que foi através dela que seu pai pode casar com sua mãe e lhe ter como filho e educá-lo segundo as suas leis e costumes. A *polis* perguntar-lhe-ia ainda, se ele não deveria lhe honrar mais do que a seus próprios pais, se na guerra ou nas Cortes aquele sujeito à sua autoridade não deve obedecer às suas ordens e comandos, mesmo que isso leve à morte, ou então convencer os outros da injustiça da decisão. “É ímpio agir com violência contra a sua mãe ou seu pai; é-o muito mais fazê-lo contra sua cidade.”⁶⁷¹ Desse modo, seria errado agir contra as leis da *polis*, pois ela o criou e lhe deu a oportunidade de participar das coisas boas que ela podia oferecer. Ademais, ela lhe deu a liberdade, de, se assim escolhesse, deixá-la e mudar-se para outra cidade. No entanto, Sócrates nunca o fez, pelo contrário ele só deixou Atenas a serviço militar, permanecendo na cidade mais do que a maioria das pessoas. Desse modo, ao tentar agora fugir da cadeia Sócrates estaria “quebrando os compromissos e os acordos que você fez conosco [*as leis de Atenas*]”.⁶⁷²

Deve ser dito que em virtude da riqueza que é particular aos diálogos platônicos é possível encontrar em *Críton* fundamentos para três das principais teorias que postulam a obrigação moral de respeito à lei. Tanto as teorias voluntaristas, quanto aquelas ligadas ao *fair play*,⁶⁷³ quanto às que tangem as obrigações associativas podem encontrar algum tipo de sustentação ali. Marcadamente, Sócrates reitera diversas vezes que existiria um acordo entre ele e a *polis* de que as leis desta deveriam ser respeitadas e cumpridas. Inclusive o argumento segundo o qual aquele que não quiser respeitar as leis pode se mudar para outro Estado,

⁶⁶⁹ PLATO. 49 c-d. “One should never do wrong in return, nor mistreat any man no matter how one has been mistreated by him.”

⁶⁷⁰ PLATO. “Look at it this way. If, as we were planning to run away from here, or whatever one should call it, the laws and the state came and confronted us”. 50 a-b. (“Veja dessa forma: Se, como nós estamos planejando fugir, ou como quer que alguém chamaria isso, e as leis e o Estado viessem e nos confrontasse.”)

⁶⁷¹ PLATO. 51 c. “It impious to bring violence to bear against your mother or father; it is much more so to use it against your country.”

⁶⁷² PLATO. 52 d-e. “are breaking the commitments and agreements that you made with us [the laws of Athens].”

⁶⁷³ HART. 1955.

clássico nos contratualistas, é aqui utilizado. Noutra norte, ele também afirma que um dos motivos para que os cidadãos respeitem as leis é o de que a convivência na *polis* lhes possibilitou participar das benesses que essa poderia lhes conceder, argumento tipicamente utilizado por aqueles que advogam as terias baseadas no *fair play*. Por outro lado, o argumento de Sócrates também passa pela noção de que ele de algum modo nasceu numa dada comunidade e tem com elas certas obrigações morais – dentre elas – aquela de respeito à lei, em virtude de ser um membro da comunidade. Até as metáforas familiares, tão caras ao associativistas, estão aqui presentes. De tal modo que existe, ao menos, alguma verdade na afirmação de que a teoria das obrigações associativas pode ser traçada a Sócrates.

4.13.2 Os questionamentos de A. J. Simmons

As teorias que defendem as obrigações associativas podem ser vistas como uma evolução da tradição liberal de postular algum tipo de dever moral geral de obediência à lei, purgadas, entretanto, dos problemas que acompanhavam as teorias voluntaristas, dentre as quais se destacam aquelas que postulam algum tipo de contrato social. De toda maneira, teóricos céticos da possibilidade de uma obrigação moral desse tipo indicam uma série de problemas com a sua formulação. Deve-se citar, nesse sentido, A. J. Simmons que, segundo John Horton, é um dos filósofos que provavelmente que deu maior atenção crítica às obrigações associativas políticas.⁶⁷⁴ Simmons, em um artigo intitulado *Associative Political Obligations*, analisa as três teses relativas às obrigações associativas que ele entende serem as mais proeminentes e representativas, rejeitando todas elas.⁶⁷⁵ Por fim, ele rejeita igualmente a ideia geral de que podem existir obrigações políticas associativas. Seguir-se-á a argumentação desenvolvida pelo autor, uma vez que ela se torna interessante na medida em que serve como um grande resumo das questões envolvendo as obrigações associativas políticas.

A primeira das teses é a de que “[t]er obrigações políticas é apenas parte do que significa ser membro de uma comunidade política”.⁶⁷⁶ Desse modo, dizer que alguém tem obrigações políticas é algo que pode ser depreendido, segundo um juízo analítico, em sentido kantiano, do fato de alguém pertencer a uma comunidade política. Assim, da mesma forma

⁶⁷⁴ HORTON. 2006.

⁶⁷⁵ SIMMONS. 1996.

⁶⁷⁶ SIMMONS. 1996. p. 9. “*Having political obligations is just part of what it means to be a member of a political community.*”

que o conceito de triângulo implica a noção de um polígono de três lados, cujos ângulos somam 180 graus, a situação de alguém se encontrar como membro de uma comunidade política implica a noção de que essa pessoa tem obrigações políticas. O autor rejeita essa tese porque, segundo ele, ela não explica o que torna alguém membro de uma comunidade política, nem explica o que é que constitui a autoridade de um certo governo, de modo que ela não oferece qualquer explicação para as bases da autoridade dessas obrigações.

Ele rejeita também a tese esposada por Margaret Gilbert em um artigo intitulado *Group Membership and Political Obligation*.⁶⁷⁷ Segundo Simmons, a tese da autora é a de que: “algumas atividades compartilhadas são baseadas no que ela chama de ‘comprometimento conjunto’, algo que pode variar de algum tipo bem informal ou tácito de acordo a um solto, e até vago, entendimento mútuo.”⁶⁷⁸ Esse comprometimento gera assim um quase-voluntário e especial vínculo entre as pessoas. “Talvez mais importante, comprometimentos conjuntos não precisam envolver algum ato de comprometimento datável (mas podem ‘surgir gradualmente de alguma maneira’, ‘apenas acontecer’, ou então resultar de ‘um processo consideravelmente estendido no tempo’).”⁶⁷⁹ As obrigações políticas dos cidadãos seriam comprometimentos conjuntos desse tipo. Segundo Simmons, essa tese também não pode ser aceita porque esse comprometimento conjunto apenas demonstraria que as pessoas *sentem* ter algum tipo de obrigação, o que é distinto de dizer que elas *de fato* têm essas obrigações que elas sentem ter. Além disso, não se poderia confundir a disposição de alguém de seguir certas regras com o fato de ela realmente ter positivamente as aceitado. O pitoresco exemplo dado pelo autor esclarece o que ele quer dizer com isso. Segundo ele, o fato de as donas de caso de Königsberg acertarem seus relógios pelos passeios de Kant, mesmo que ele durante anos tenha saído de casa para esse fim, exatamente à mesma hora, não geraria qualquer obrigação de que o filósofo continue agindo dessa forma no futuro. Pelo contrário, é perfeitamente possível que em algum dia ele resolvesse sair de casa em uma hora distinta. Não é o objetivo da presente dissertação rejeitar as críticas feitas às obrigações associativas por autores diversos. Posto isso, não se pode deixar de notar que a crítica feita por Simmons, nesse particular, é pura sofisticada. Em termos gerais, é difícil até colocar em palavras o que o autor pretende. Se alguém demonstra a disposição de seguir certas regras é porque ele, na pior das hipóteses, aceitou que elas existem. Ele não pode dizer que não aceita

⁶⁷⁷ GILBERT. 1993.

⁶⁷⁸ SIMMONS. 1996. p. 12. “*some shared activities are based on what she calls a ‘joint commitment’, something that can range from a sort of very informal or tacit agreement to a loose, rather vague, mutual understanding.*”

⁶⁷⁹ SIMMONS. 1996. p. 12. “*Perhaps most important, joint commitments needn’t involve any dateable act of commitment (but can “grow up somehow”, “just happen”, or result from “a process that is considerably extended in time”).*”

a existência das obrigações delas advindas e mesmo assim continuar agindo conforme elas determinam. De fato é possível que mesmo aceitando a existência de certas obrigações alguém rejeite a sua validade, mas continue comportando-se conforme elas determinam em virtude da sanção que pode envolver o seu descumprimento. Porém, isso só faz algum sentido se a obrigação existe e o que o autor quer demonstrar é que as obrigações associativas não existem e não que elas são inválidas ou ilegítimas. Ademais, o exemplo dado sequer se relaciona com essa descrição abstrata. Nele, Kant não demonstrou qualquer disposição de seguir qualquer regra surgida de sua relação com as donas de casa. Com efeito, não havia relação de qualquer natureza entre eles. A ideia básica das obrigações associativas é a de que elas surgem de algum tipo de relação especial. Desse modo, parece completamente inadequado fornecer um exemplo para contrapô-las em que as partes entres as quais se deveria poder supor a existência de obrigações associativas sequer se relacionam. Nem o mais obcecado defensor desse tipo de obrigação defenderia a sua existência no exemplo dado. Desse modo, ele prova o mesmo se, ao invés, de usar Kant, Simmons houvesse usado a lua ou o sol, quer dizer, em todos esses casos só se prova que não podem existir obrigações associativas entre entes que não se relacionam mutuamente, ainda que essa relação seja mediatizada por algum empreendimento coletivo, como o Estado. O exemplo só poderia ser interpretado como pertinente, para os fins pretendidos, se se julgasse que os cidadãos de um mesmo Estado não têm efetivamente qualquer correlação entre si, hipótese que parece dificilmente ser defensável. Principalmente, no contexto brasileiro, no qual o Estado – com a sua espada pendendo sobre a cabeça de todos – cujo governo é eleito mediante sufrágio e *a fortiori* em uma democracia onde o voto é não apenas universal, como obrigatório. No entanto, é justamente essa tese que o autor advoga em seguida. Para ele as relações entre os cidadãos em um Estado moderno se parecem muito mais com aquela entre Kant e as donas de casa do que com as relações pessoais mantidas entre amigos. Uma vez que, conquanto as pessoas estejam submetidas, em certo sentido, a algumas normas, elas não se comprometeram entre si a se colocar nessa situação, quer dizer, “elas não têm qualquer acordo tácito entre si, de uma forma que daria base a obrigações políticas.”⁶⁸⁰ Em outras palavras, Simmons opõe a uma teoria que ele próprio reconhece como antivoluntarista um óbice voluntarista, julgando que uma teoria que expressamente rejeita o consentimento voluntário, dele necessite para ser verdadeira.

⁶⁸⁰ SIMMONS. 1996. p. 15. “*they have not tacitly agreed together on anything, in a way that would ground for them political obligations*”

O autor rejeita ainda a descrição que Dworkin dá às obrigações associativas, pois, segundo ele, o fato de Dworkin afirmar que os caracteres da associação não se referem aos sentimentos dos associados mas, à melhor interpretação das práticas do grupo é bizarro, pois a melhor interpretação das práticas dessa associação dificilmente refletirá algum tipo de igual consideração e de reciprocidade se cada um dos membros individualmente não tiver esses sentimentos.

Christopher Wellman também aponta que a necessidade de que a maioria dos cidadãos honre essas obrigações associativas inviabiliza a aplicação da teoria da integridade uma vez que: “dadas a apatia e antipatia espalhada pelo racismo e provincialismo prevalentes nos Estados existentes, parece pouco realista atribuir essa consideração igual, especial e pessoal aos cidadãos dos Estados multinacionais existentes.”⁶⁸¹

Desse modo, a descrição dada por Dworkin das obrigações associativas ou é totalmente implausível ou, então, é tão contrafactual quanto à teoria do contrato social. Ademais, mesmo que a integridade seja uma interpretação adequada de uma comunidade política, o que Simmons rejeita, ainda assim “[o] forte apelo de Dworkin a princípios independentes de justiça e de consideração igualitária chegaria perigosamente perto de tornar supérfluas aquelas obrigações locais, associativas (comunais) que deveriam estar no centro da sua descrição das obrigações políticas.”⁶⁸²

A última tese rejeitada por Simmons é a tese da identificação. Essa tese advoga que é constitutivo da identidade de qualquer pessoa o fato de ela pertencer a uma dada comunidade e essa identidade não pode ser compreendida sem a noção de que algumas obrigações são devidas em virtude disso. Simmons afirma que:

Na falta de um argumento convincente para obrigações políticas gerais (do tipo a que e os teóricos tradicional aspiram), e na falta de um argumento convincente para a obrigatoriedade independente do poder das regras locais que requerem obediência e suporte (do tipo que os proponentes da “tese da independência normativa” procuram), parece plausível desqualificar como um tipo de “falsa consciência” nosso sentido de obrigação em face do “nossos” países de origem ou residência. É claro que nós nos identificamos com o “nosso” país, com o “nosso” governo, ou com os “nossos” colegas cidadãos. Nós formos tipicamente ensinados desde o nascimento a fazê-lo, nós tipicamente passamos nossa vida em uma cultura política particular, tendo sido identificados com uma comunidade particular por aqueles estrangeiros à nossa (para fins de atribuição de bons ou maus adjetivos) e nos tornamos associados e nos acostumamos com o nosso próprio modo. Que eu possa

⁶⁸¹ WELLMAN. 1997. s/p “*given the apathy and antipathy spawned by the racism and provincialism prevalent in existing states, it seems unrealistic to attribute this equal, special, and personal concern to the citizens of existing multinational states.*”

⁶⁸² SIMMONS. 1996. p. 17. “*Dworkin's strong appeals to independent principles of justice and equal concern would come perilously close to rendering superfluous the very local, associative (communal) obligations that were supposed to lie at the heart of his account of political obligation.*”

sentir vergonha ou orgulho de atos dos concidadãos (ou que eu tenha votado nas eleições e obedecido à lei) é dificilmente surpreendente sob essas circunstâncias. Mas essa “identificação” (junto com os sentimentos de dever que a acompanham) – nenhum desses modos de falar ou agir – parece, considerados por si só, de maneira alguma inconsistente com a negação de que nós estamos moralmente atados por obrigações políticas ao país onde residimos.⁶⁸³

Rejeitadas essas três concepções, o autor passa a atacar a própria ideia de obrigações associativas. Assim, de um modo mais geral, elas deveriam ser refutadas, por um motivo prático muito concreto e por outro mais abstrato e teórico. O motivo prático é o de que as associações ou comunidades das quais tais obrigações derivariam podem ser inerente e fundamentalmente injustas. Diante disso, parece ser necessário que algum tipo de princípio independente de justiça ou de consentimento se faça presente para que se possa falar de obrigações associativas que tem genuíno caráter associativo. O argumento teórico é de que é essencial às obrigações morais a sua universalidade, de tal modo que qualquer tipo de obrigação assumida apenas em caráter “local”, isso é, em relação a apenas um grupo – o grupo do qual as obrigações associativas derivam – não é possível. Por outro lado, ainda segundo Simmons, existiriam também uma disposição prática e uma teórica que levariam à defesa das obrigações associativas. A prática é a de que normalmente atribui-se certas obrigações a alguém apenas pelo fato de esse alguém pertencer a uma classe de pessoas, sem referência a princípios outros. A teórica, por sua vez, é a de que “a crença de que o universalismo na teoria moral é uma tradição falha, que a moralidade, para ser inteligível, deve ser entendida de forma mais restrita, revitalizada culturalmente, pragmaticamente, etc.”⁶⁸⁴

Todavia, a disposição prática que levaria à defesa das obrigações associativas não seria de modo algum óbvia, uma vez que:

⁶⁸³ SIMMONS. 1996. p. 22. “*Absent any compelling argument for general political obligations (of the sort to which traditional theorists aspired), and absent any compelling argument for the independent binding power of local rules requiring obedience and support (of the sort to which proponents of the "normative independence thesis" aspire), it seems plausible to dismiss as a kind of "false consciousness" our feelings of obligation toward our countries of birth or residence. Of course we identify ourselves with "our" countries, "our" governments, "our" fellow citizens. We have typically been taught from birth to do so, have typically spent our lives in a particular political culture, have been identified with a particular community by those outside our own (for purposes of praise or blame, say), and have associated with and become used to our own ways. That I might feel shame or pride at the acts of my "countrymen" (or that I might vote in elections and obey the law) is hardly surprising under these conditions. But none of this "identification" (along with its accompanying feelings of obligation) -- none of these ways of speaking and acting -- seems, considered by itself, in any way inconsistent with denying that we are morally bound by political obligations to our countries of residence.*”

⁶⁸⁴ SIMMONS. 1996. p. 25. “*the belief that universalism in moral theory is a failed tradition, that morality, to be intelligible, must be understood in a more restricted, culturally relativized, or pragmatic (etc.) fashion.*”

O fato de que atribuímos obrigações a certas posições, sem sentir a necessidade de maiores justificativas, então, demonstra muito pouco, ou mesmo suporta, a afirmação de que a maioria de nós acredita que práticas locais e instituições têm normatividade independente (para não falar da ilação seguinte de que elas têm normatividade independente, que experiências morais compartilhadas têm autoridade sobre essas questões).⁶⁸⁵

Desse modo, o fato de que obrigações locais podem conflitar em vários casos com obrigações morais universais, parece ir de encontro com a tese de que elas não podem ter conteúdo moral independente e, mais do que isso, que elas são desnecessárias, pois, se essas obrigações em certos casos têm que ser limitadas por esses deveres morais universais, elas teriam um papel completamente desimportante. Desse modo, esse conflito entre deveres morais universais e a intenção de conferir conteúdo moral às práticas associativas, parece levar à conclusão de que essas últimas, no final das contas, não podem ter algum tipo de normatividade independente, ou seja, ninguém teria o dever de se comportar de certa maneira apenas pelo fato de preencher alguma função, posição ou papel. Isso porque, como é difícil encontrar funções, posições ou papéis sociais que sejam moralmente neutros, as obrigações que se supõe decorrerem do preenchimento dessa função, de fato derivariam de deveres morais universais, retirando qualquer caráter deôntico específico e decorrente desse tipo de associação.

Por fim, Simmons afirma que mesmo que se reconheça que as obrigações associativas podem gerar deveres locais independentes, ainda assim, elas não poderiam ser as obrigações do tipo políticas. Isso se daria por dois motivos básicos. O primeiro deles é o de que, ao contrário dos deveres decorrentes das associações paradigmáticas, como a família e os vínculos de amizade, os deveres políticos são, em sua maioria, de caráter conhecido e definido. Além disso, a vida política das pessoas, de modo geral, não seria vista pelo caráter comunitário exigido pelas obrigações associativas, quer dizer, elas não a experimentariam de forma compartilhada, tendo em vista interesses compartilhados, mas sim tendo em vista seus próprios interesses. Para o autor então, todos esses argumentos deveriam colocar definitivamente “o prego no caixão” das obrigações associativas.

4.13.3 A defesa de John Horton das obrigações associativas

⁶⁸⁵ SIMMONS. 1996. p. 26. “*The fact that we ascribe certain role obligations without feeling the need for further justification, then, does little to demonstrate, or even to support, the contention that most of us believe local practices and institutions to be normatively independent (let alone the further contention that they are normatively independent, that shared moral experience is authoritative on this matter).*”

John Horton, acima mencionado, escreveu em resposta ao artigo de Simmons um estudo em duas partes em defesa das obrigações associativas. Na primeira, ele desmonta os argumentos avançados por esse último autor, demonstrando basicamente que as críticas de Simmons partem todas da ideia de que não pode haver obrigação genuína sem que haja um ato voluntário de assunção e que, além disso, os conflitos entre as obrigações associativas e as obrigações morais são menos agudos do que se poderia imaginar, podendo ser aquelas tratadas como uma especificação dos deveres gerais trazidos por estas.

No segundo, ele avança argumentos positivos sobre porque as obrigações associativas são uma interpretação pertinente das obrigações políticas em um Estado moderno. Nessa segunda parte, o objetivo anunciado pelo autor é: “demonstrar como a concepção de obrigações associativas políticas que é aqui desenvolvida fornece uma maneira inteligível e plausível de compreender as obrigações políticas em um Estado moderno.”⁶⁸⁶ O autor começa afirmando que a maioria das pessoas se relaciona de forma complexa com seus governos. Elas são capazes de dizer que eles são *seus* governos e que, em certa medida, eles têm autoridade sobre elas. Elas pagam tributos e não vêm isso como uma forma de roubo ou caridade. Ademais, faz sentido para elas sentir alegria, orgulho ou vergonha de atos de seu País ou de seus concidadãos.⁶⁸⁷ Dessa forma:

Nossa associação a um País [*polity*] particular não apenas molda nossas vidas em um sentido casual, como também entra conceitual e moralmente na forma como pensamos em nós mesmo, nosso relacionamento com outros, no que nós sentimos e como nós pensamos sobre o que devemos fazer.⁶⁸⁸

Esses fatos, conquanto não possam ser tomados como definitivos para demonstrar a verdade da existência das obrigações associativas, são indicativos de que a relação das pessoas com sua comunidade tem, em si, coloração ética. Essa coloração, por sua vez, é,

⁶⁸⁶ HORTON. 2007. p. 2. “*show how the conception of associative political obligations that is developed here provides an intelligible and plausible way of understanding political obligations within a modern state*”.

⁶⁸⁷ No caso brasileiro, isso é especialmente verdadeiro se for levado em conta o comportamento coletivo da população durante a Copa do Mundo de Futebol, fenômeno interessantíssimo do ponto de vista sociológico. Os cinco títulos da Seleção Brasileira na competição são, em geral, motivo de grande orgulho nacional, enquanto as derrotas, notadamente aquela que ficou conhecida como “Maracanasso”, no final da Copa do Mundo de 1950, quando a Seleção perdeu para o Uruguai diante de um Maracanã lotado, são vistas com grande reprovação e até certa vergonha. Conquanto, alguns vêm tal fenômeno como uma bobagem popular, a história da Seleção Brasileira de Futebol parece estar, de certo modo, conectada à criação de identidade propriamente brasileira.

⁶⁸⁸ HORTON. 2007. p. 4. “*Our membership of a particular polity not only shapes our lives in a causal sense, it also enters conceptually and morally into the way we think about ourselves, our relationships with others, in what we feel and how we think about what we should do.*”

segundo Horton, profundamente constitutiva da identidade das pessoas. O primeiro motivo que explica isso é o fato de que essa definição se dá em função da sua pertença a um grupo específico. Nas palavras do autor:

Os grupos são reais no sentido que, *inter alia*, eles podem agir e ser sujeitos de ações, as pessoas se definem e são definidas por outras como membros ou como excluídas do grupo e eles rotineiramente figuram em raciocínios e deliberações práticas, incluindo os raciocínios e deliberações morais.⁶⁸⁹

Normalmente, fazer parte de um grupo significa ter algumas obrigações. No entanto, pertencer a algum grupo costuma na maioria das vezes envolver um ato de escolha. Nesse caso, explica-se o dever de obediência às obrigações decorrentes dessa associação em termos contratuais. O problema é que as obrigações políticas não decorrem de um ato de escolha. Isso também se dá com outros grupos como as famílias, nas quais também não existe ato de escolha envolvido. Nesse caso, em grupos como as famílias, pode-se até reconhecer a existência de obrigações apenas devido ao fato de se pertencer a eles – ou seja, desvinculado de algum ato de vontade – mas, isso se dá apenas em virtude dos laços emocionais e no caráter imediato das relações, traços esses que dificilmente são reconhecíveis quanto às obrigações políticas. Assim, não obstante a associação a alguns grupos poder gerar obrigações genuínas, esse talvez não seja o caso de uma comunidade política.

Horton então se coloca a seguinte pergunta: “o que explica a noção de que a comunidade é um tipo de grupo não-voluntário em relação a que é razoável se pensar que nós possamos ter obrigações?”⁶⁹⁰ A resposta a essa pergunta repousa, conforme explica o autor, na “necessidade de uma autoridade coercitiva efetiva que assegure a ordem, a segurança e alguma medida de estabilidade social.”⁶⁹¹ O autor rejeita a posição de Dworkin nesse ponto afirmando que o estabelecimento de obrigações associativas entre comunas não pode depender de algum ideal político além daquele já notado acima, sendo a noção dworkiniana de consideração igualitária exigente por demais. Horton advoga, assim, a posição de que podem surgir obrigações associativas mesmo em comunidades marcadas pela desigualdade e, não obstante, a sua admissão de que “o fato de que um grupo ter valor [em si e por si] pode ser necessário, mas não é suficiente para explicar obrigações ou então pode não dar conta de

⁶⁸⁹ HORTON. 2007. p. 5. “*Groups are real in the sense that, inter alia, they can act and be the subject of actions, people define themselves and are defined by others as members or as excluded from the group, and they routinely figure in practical reasoning and deliberation, including moral reasoning and deliberation.*”

⁶⁹⁰ HORTON. 2007. p. 7. “*what explains the notion that the polity is the kind of non-voluntary group to which it is reasonable to think that we could have obligations?*”

⁶⁹¹ HORTON. 2007. p. 8. “*need for an effective coercive authority to provide order, security and some measure of social stability.*”

explicar todos os aspectos das obrigações”,⁶⁹² sendo necessário o apelo a princípios externos, ele limita esse apelo à necessidade de uma ordem coercitiva. Esse ponto será de crucial importância quando o argumento de Dworkin for retomado.

Para Horton, portanto, uma comunidade que garanta algum tipo de estabilidade às relações sociais poderá gerar obrigações associativas se aqueles a ela associados se identificarem objetiva e subjetivamente com ela. Isso quer dizer que, por um lado deve ser reconhecido que objetivamente uma pessoa pertence àquela comunidade, ou seja, ela satisfaz os requisitos objetivos básicos para ser tratada como tal. No Brasil, por exemplo, isso se dá se a pessoa se aplica o disposto no art. 12 da CRFB/88. Além disso, é necessário que exista uma relação subjetiva da pessoa com a comunidade. Isso não quer dizer que ela deva necessariamente endossar ou aceitar as práticas da comunidade. Claro que, por outro lado, alguém que rejeita todas as práticas de uma comunidade não terá como se identificar com ela. O importante é, contudo, que os associados reconheçam algum sentido em uma história compartilhada que resulte em uma autoridade política comum. O autor conclui, então, que:

O principal argumento para essas conclusões é o de que as obrigações políticas são concomitantes com a associação a uma comunidade particular; uma comunidade sendo uma forma de associação que tem como valor genérico o bem da ordem e da segurança. Associação a uma comunidade [*polity*] pode ser, e normalmente é, um status que alguém assume sem alguma decisão voluntária de associação e que é internalizado por meio de várias formas de identificação. O conteúdo preciso das obrigações políticas irá variar de acordo com o caráter particular de cada comunidade, mas, por causa da natureza do bem genérico da comunidade, a autoridade política baseada pela possibilidade de coerção estará inevitavelmente em seu coração.⁶⁹³

4.13.4 Os desenvolvimentos de Stephen Perry a respeito da integridade como fundamento das obrigações associativas políticas

⁶⁹² HORTON. 2007. p. 10. “*the fact that a group has value may be necessary but not sufficient to explain the obligations, or it may not account for all aspects of the obligations.*”

⁶⁹³ HORTON. 2007. p. 16-17. “*The principal arguments for these conclusions have been that political obligations are a concomitant of membership of a particular polity; a polity being a form of association that has as its generic value the good of order and security. Membership of a polity can be, and usually is, a status that one assumes without any voluntary decision to join, and which is internalized through various forms of identification. The precise content of political obligations will vary according to the character of any particular polity but, because of the nature of the generic good of a polity, political authority backed by the possibility of coercion will inevitably be at its heart.*”

É hora de voltar à concepção de Dworkin. Como visto, mesmo aqueles que defendem as obrigações associativas vêm problemas com as quatro condições estabelecidas por Dworkin para que genuínas obrigações desse tipo possam florescer. Stephen Perry⁶⁹⁴ e Nina Brewer-Davis⁶⁹⁵ oferecem saídas para as dificuldades decorrentes das exigentes condições estabelecidas por Dworkin para que se possa falar de verdadeiras obrigações associativas. Perry começa notando que a existência de uma certa regra legal não é o único motivo para que alguém aja conforme ali determinado. Por exemplo, existem regras legais que proíbem o homicídio, no entanto, as pessoas não deixam de sair matando uma as outras *apenas* porque a lei existe. Assim, diversas obrigações legais são também muitas vezes obrigações morais independentes. “No entanto, se alguém tem uma obrigação moral de obedecer a lei então a lei deve ser uma base de outras obrigações além daquelas que alguém tem em virtude de suas obrigações morais independentes.”⁶⁹⁶ Em outras palavras, o Direito deve conter normas outras que não aquelas que fluam das citadas obrigações morais independentes. Assim, conquanto, por exemplo, o art. 121 do Código Penal Brasileiro contenha uma obrigação cujo fundamento não é apenas jurídico, mas também moral, o art. 1º da Lei Ordinária n. 9.430/96,⁶⁹⁷ que estabelece regras sobre o imposto de renda das pessoas jurídicas, não tem qualquer conteúdo moral, quer dizer, nenhuma teoria moral independente postularia como obrigação que as pessoas jurídicas devessem apurar o imposto de renda trimestralmente, isso sequer faria sentido como uma afirmação moral. Para as teorias que postulam um dever moral geral de obediência à lei, no entanto, apenas devido ao fato de haver uma lei nesse sentido, a obrigação tributária citada é também uma obrigação moral. Assim, um dever moral geral de obediência à lei dispõe que mesmo normas jurídicas que não reproduzem obrigações morais independentes devem ser seguidas por uma questão moral e não meramente estratégica, isso é, com a finalidade evitar o risco da sanção decorrente do seu descumprimento. Naturalmente, que esse tipo de teoria sempre postula algum tipo de limite a essa obrigação geral, quando, então, devido a seu conflito com obrigações morais independentes, ela deve ser abandonada em favor destas últimas. Em termos mais pertinentes à presente dissertação, devido à interpenetração entre moral e Direito aqui defendida, em consonância com as teses de Dworkin, dir-se-ia que o dever geral de obediência à lei é um princípio formal cuja a

⁶⁹⁴ PERRY. 2008.

⁶⁹⁵ BREWER-DAVIS. 2011.

⁶⁹⁶ PERRY. 2008. p. 184. “*However, if one has a moral obligation to obey the law then the law must be a basis of obligation in addition to one’s independent moral obligations.*”

⁶⁹⁷ “Art. 1º. A partir do ano-calendário de 1997, o imposto de renda das pessoas jurídicas será determinado com base no lucro real, presumido, ou arbitrado, por períodos de apuração trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário, observada a legislação vigente, com as alterações desta Lei.”

aplicação pode ser afastada por princípios materiais dadas as circunstâncias corretas. Nesse sentido, ele é um dever *prima facie*.

Uma obrigação geral de obedecer à lei pode, claro, ser *prima facie* e anulável por outras considerações morais: é possível que uma obrigação de obedecer a uma lei injusta exista, mas seja deslocada por obrigações independentes de justiça. A teoria de Dworkin reconhece esse ponto também.⁶⁹⁸

Perry segue lembrando que a teoria de Dworkin trata das bases do Direito, isso é, das condições que devem ser satisfeitas para que se possa dizer que a proposição segundo a qual “É lei que alguém deve fazer *x*” é verdadeira, ou seja, que ela corresponde a uma obrigação que efetivamente deve ser seguida. “Ele não é inteiramente claro sobre se a teoria se aplica apenas a leis de uma jurisdição particular ou se ela foi elaborada para ser mais geral, mas eu [Perry] penso que, no final das contas, está claro que ela foi feita para ser mais geral.”⁶⁹⁹

Para Dworkin, esse dever geral de obediência à lei está calcado na questão da legitimidade das decisões estatais, quer dizer, estas só impõem um dever moral de obediência se a sua estrutura constitucional e suas práticas jurídicas forem compatíveis com isso. Existe, portanto, dentro do corpo teórico do autor, uma ligação estreita entre o dever geral de obediência à lei, o poder estatal de coagir seus cidadãos a cumprir os ditames legais e o fundamento desse poder. Em outras palavras, o poder estatal que não for exercido legitimamente não gerará obrigação moral genuína. Como já dito, o fundamento do poder estatal para Dworkin são as obrigações associativas; vale dizer, o dever geral de obediência à lei é uma obrigação associativa devida em virtude de alguém pertencer a uma comunidade específica. Porém, o simples fato de alguém fazer parte de uma certa comunidade não é suficiente para que obrigações associativas genuínas possam surgir, é necessário ainda que a melhor interpretação das práticas da comunidade denote que exista entre seus membros uma consideração igualitária, pessoal e especial.

Refletindo sobre as quatro condições de Dworkin, Perry afirma que, ao menos aquelas que tratam da especialidade da relação entre os associados e da consideração que eles devem ter uns com o outros, são necessárias, pois, em sua ausência seria mesmo impossível afirmar

⁶⁹⁸ PERRY. 2008. p. 185. “A general obligation to obey the law can, of course, be *prima facie* and defeasible by other moral considerations; it is possible that an obligation to obey an unjust law can exist, but be overridden by the independent obligations of justice itself. Dworkin’s theory acknowledges this point as well.”

⁶⁹⁹ PERRY. 2008. p. 186. “He is not always entirely clear about whether such a theory applies only to the law of particular jurisdictions or whether it is meant to be more general, but I think it is ultimately clear that it is meant to be more general”.

que existe alguma forma de obrigação associativa. Ele questiona, porém, se é necessário que elas sejam pessoais.

Nesse mesmo sentido, ainda reconhecendo que “o argumento de Dworkin para as obrigações políticas é uma das melhores teorias baseadas em obrigações associativas”,⁷⁰⁰ para Hirohide Takikawa o requisito da pessoalidade não pode ser obtido, sendo logicamente inconsistente.⁷⁰¹ O autor japonês aponta que o requisito da pessoalidade deve se dar diretamente de cidadão para cidadão, conforme definido por Dworkin. Por outro lado, as obrigações políticas são devidas em face da comunidade e não dos concidadãos. Desse modo, “obrigações políticas em uma comunidade de princípio não são pessoais, e, portanto, não são associativas.”⁷⁰²

Em consonância com isso, Perry afirma que: “Uma obrigação geral de obedecer à lei é normalmente pensada como devida, se a alguém, à comunidade ou ao Estado ele mesmo e não aos concidadãos considerados um a um.”⁷⁰³ Dworkin tenta justificar a condição da pessoalidade quanto ao Estado destacando que “ela comanda que ninguém seja deixado de lado, que nós estamos juntos na política para o bem ou para o mal, que ninguém poderá ser sacrificado, como soldados feridos deixados no campo de batalha, à cruzada da justiça como um todo”⁷⁰⁴ Porém, como apontado por Perry:

[E]sse não é o sentido da segunda condição tal como Dworkin originalmente a definiu. Ele aqui não está argumentando que as responsabilidades em questão “vão diretamente de cada membro a cada outro membro.” A ideia de que um modelo de princípio “comanda que ninguém seja deixado para trás” soa mais como uma reafirmação da quarta condição, que mantém que a consideração expressada pelas responsabilidades de um relacionamento associativo deve ser uma consideração igualitária.⁷⁰⁵

Perry questiona também essa quarta condição. Ele dá como exemplo as obrigações mútuas entre pais e filhos pequenos. Segundo ele, nesses casos parece certo que os pais têm o

⁷⁰⁰ TAKIKAWA. 2010. p. 74. “Dworkin’s argument for political obligations is one of the best theories based on associative obligation.”

⁷⁰¹ TAKIKAWA. 2010.

⁷⁰² TAKIKAWA. 2010. p. 74. “political obligations in a community of principle are not personal, and therefore not associative.”

⁷⁰³ PERRY. 2008. p. 191. “A general obligation to obey the law is usually thought to be owed, if to anyone, to the community or state itself rather than to one’s fellow citizens considered one by one.”

⁷⁰⁴ DWORKIN. 2001. p. 213. “it commands that no one be left out, that we are all in politics for better or worse, that no one may be sacrificed, like wounded left on the battlefield, to the crusade for justice overall”

⁷⁰⁵ PERRY. 2008. p. 191. “this is not the sense of the second condition as Dworkin originally defined it. He is not here arguing that the responsibilities in question “run directly from each member to each other member.” The idea that the model of principle “commands that no one be left out” sounds, rather, like a restatement of the fourth condition, which holds that the concern expressed by the responsibilities of an associative relationship must be an equal concern.”

dever de cuidar dos filhos, enquanto os filhos têm o dever de obedecer aos pais e que o fundamento dessas obrigações é o bem-estar da criança. Nesse sentido, essas obrigações não refletem uma igual consideração, nem são recíprocas de algum modo palpável. Desse modo, é possível afirmar “que não parece haver uma única concepção de consideração igualitária que informa mesmo os relacionamentos associativos paradigmáticos como a família e a amizade.”⁷⁰⁶ Isso não coloca em questão a obrigatoriedade das obrigações associativas, mas sugere que elas não têm necessariamente um caráter pessoal e, que se forem entendidas dessa forma, dificilmente se encontrará uma concepção geral dessas obrigações que seja adequada a todas as suas manifestações.

Perry procura, então, encontrar outra descrição das obrigações associativas que não envolva as quatro condições. Ele busca esse fundamento no fato de que se atribui aos relacionamentos que dão origem a obrigações associativas certo valor. Em outras palavras, afirma-se que eles são bons, seja instrumentalmente, seja essencialmente ou ambos. Desse modo, como as obrigações são, em certo sentido, constitutivas desses relacionamentos, elas, por extensão, têm também um valor intrínseco. Nesse sentido, em termos mais gerais, os deveres existem porque é bom que eles existam, ou nas palavras de Perry:

Deveres são justificados instrumentalmente ou não instrumentalmente, mas em ambos os casos eles se voltam à sua relação com o valor. Deveres instrumentais existem porque eles promovem ou contribuem para a criação de um estado de coisas independentemente valioso, ou é provável que contribuam. Deveres não instrumentais existem por que eles são valiosos em si, ou parcialmente constitutivos de um relacionamento que é valioso em si. Em qualquer dos casos, é parte do argumento a respeito da existência do dever o fato de que é bom que ele exista.⁷⁰⁷

Dessa maneira, tal como a amizade, uma comunidade política genuína e os deveres que lhe são naturalmente constitutivos, têm também valor intrínseco, quer dizer, eles são bons em si mesmos. “Devidamente entendido, eu [Perry] entendo que esse é exatamente o argumento de Dworkin.”⁷⁰⁸ Isso não quer dizer que todas as relações devam ter o mesmo valor intrínseco. Indubitavelmente, diferentes relacionamentos e associações têm valores intrínsecos distintos, alguns deles sequer têm valor intrínseco, sendo valiosos apenas instrumentalmente. Essas associações de relacionamentos de valor meramente instrumental

⁷⁰⁶ PERRY. 2008. p.192. “*that there does not seem to be a single conception of equal concern that informs even the paradigmatic associative relationships of family and friendship.*”

⁷⁰⁷ PERRY. 2008. p.195. “*Duties are justified either instrumentally or non-instrumentally, but in both cases the existence of the duty turns on its relationship to value. Instrumental duties exist because they promote or contribute to the creation of independently valuable states of affairs, or are likely to do so. Non-instrumental duties exist because they are valuable in themselves, or partly constitutive of a relationship that is valuable in itself. In each case, it is part of the argument for the existence of the duty that it is good that it exists.*”

⁷⁰⁸ PERRY. 2008. p.196. “*Properly understood, I believe that this is exactly Dworkin’s argument.*”

podem, inclusive, ser especiais. No entanto, elas não terão o fito de engendrar obrigações associativas, pois, essas apenas surgem daquelas relações com valor intrínseco. Esse ponto, entretanto, deve ser considerado com cuidado. É possível, com efeito, que de uma mesma associação que se considere, em si, valiosa fluam deveres associativos tanto não-instrumentais, quanto, também, instrumentais. Ademais, é perfeitamente possível que o valor dessas obrigações, decorrentes de uma associação intrinsecamente valorosa, se justifique em bases intrínsecas ou instrumentalmente.

A associação a um comunidade política é um desses relacionamentos que têm um valor intrínseco – mas também instrumental – e dos quais fluem obrigações diversas, algumas valiosas em si mesmas e outras apenas de forma instrumental. A questão é demonstrar o que justifica tratar essa relação como essencialmente valiosa. Naturalmente, a resposta pode ser encontrada na integridade. A integridade, como já visto, está calcada na ideia de consideração igualitária e conquanto tenha sido dispensada a noção de que essa consideração possa se justificar em termos pessoais entre os membros da comunidade, é plausível pensar que essa consideração igualitária pode ser expressa pelo Estado. A integridade gera esse valor intrínseco na associação entre cidadãos e Estado porque pertencer a um Estado seria um bem necessário para que esses cidadãos possam ter vidas plenas como seres humanos racionais e, através da integridade, eles podem participar de um Estado visto como uma comunidade. Dessa maneira, não é qualquer associação a um Estado que tem valor intrínseco, mas apenas aquela associação na qual os atos do Estado são visto como frutos de um conjunto coerente de princípios e que trate seus cidadãos com igual consideração em suas decisões políticas. Dessa forma:

Uma comunidade política, moralmente personificada através do Estado, apenas tem valor intrínseco, para os cidadãos, quando puder ser entendida como tratando todos eles, considerados individualmente, com igual dignidade, consideração e respeito. Ela apenas pode ter valor intrínseco, em outras palavras, quanto elas satisfaz as exigências da integridade.⁷⁰⁹

Desse modo, em uma comunidade que aceita a integridade e satisfaz suas exigências, pode florescer um dever geral de obediência à lei. Isso porque essas normas são parcialmente constitutivas dessa relação. Quer dizer, se essa relação tem algum valor essencial, esse decorre, ao menos em parte, do fato de que ela se dá segundo essas normas. Naturalmente para que isso possa se dar, as normas, práticas e atos desse Estado têm que ser moralmente

⁷⁰⁹ PERRY. 2008. p. 201. “*A political community, morally personified through the state, only has intrinsic value for its citizens when it can be understood as treating each citizen, considered individually, with equal dignity, concern, and respect. It can only have intrinsic value, in other words, when it meets the demands of integrity.*”

válidos, isso é, eles devem atender a um conjunto coerente de princípios que justifiquem uma concepção de justiça moralmente adequada.

4.13.5 A teoria de Nina Brewer-Davis e os três modelos de comunidade

Nina Brewer-Davis afirma que não é necessário que as quatro condições sejam satisfeitas para que obrigações associativas possam fluir da associação entre cidadãos e Estado.⁷¹⁰ Segundo ela, não é essencial ao surgimento de obrigações associativas que elas sejam pessoais ou ainda que exista na relação uma igual consideração entre todos os membros. Em outras palavras, a autora defende que não seriam necessários critérios morais independentes para justificar a existência das obrigações associativas, que elas surgiriam apenas em virtude da associação e das características pertinentes a esse relacionamento em si mesmo consideradas. Esses atributos da associação, que devem estar presentes para justificar a existência de obrigações associativas genuínas, podem ser encontrados na descrição que Dworkin dá à comunidade de princípio.

A comunidade de princípio é apresentada pelo autor em contraponto a outros dois tipos possíveis de comunidade. A primeira seria uma comunidade meramente de fato, seus membros “tratam a sua associação como um *de facto* acidente histórico e geográfico”.⁷¹¹ Esse tipo de associação pode se dar entre pessoas obrigadas a conviver, contra a sua vontade, em espaços geográficos restritos e, de certo modo, integrados. É impossível aqui não pensar na tormentosa convivência entre palestinos e israelenses. Quer dizer, eles nem sempre e não necessariamente saem se matando indiscriminadamente – ainda que isso ocorra por vezes –, mais importante do que isso é o fato de eles não reconhecerem, de um modo geral, qualquer valor na relação que têm entre si, muito antes pelo contrário. Com efeito, se fosse dado a qualquer um dos povos escolher livremente, provavelmente eles escolheriam que o outro fosse habitar outro local, bem longe do Oriente Médio, talvez em alguma ilha distante do pacífico norte, de preferência uma bem próxima ao círculo polar, com muitas falhas tectônicas. Esse tipo de associação pode se dar também entre pessoas que não reconhecem qualquer ligação especial a alguma comunidade política específica. Essas pessoas são indiferentes à sua ligação a uma dada comunidade, não sentindo nenhuma conexão especial

⁷¹⁰ BREWER-DAVIS. 2011.

⁷¹¹ DWORKIN. 2001. p. 209. “*treat their association as only a de facto accident of history and geography.*”

com os cidadãos do Estado a que, no seu entender, acidentalmente, estão submetidas e nem sentem dever a seja a esse Estado, seja aos seus concidadãos nada que elas não devam a todos os homens em geral.

O segundo tipo de comunidade é a do “livro de regras”. As pessoas que formam essa comunidade se vêem como participantes em um acordo comercial. Elas aceitam de bom grado que suas relações são regidas por normas comuns, todavia, para elas, suas obrigações não vão além do conteúdo dessas normas específicas. A descrição que Dworkin dá das pessoas dessa comunidade e das relações que elas têm entre si é a seguinte:

Imagine pessoas interessadas no próprio bem estar, mas, completamente honestas que são competidoras em um jogo de regras fixas ou que são partes de um negócio comercial limitado e efêmero. Elas obedecem às regras que elas aceitaram ou negociaram como uma questão de obrigação e não apenas estrategicamente, mas elas entendem que o conteúdo dessas regras é exaustivo das suas obrigações. Elas não vêem qualquer sentido na afirmação de que as regras que elas negociaram advêm de princípios subjacentes que podem ser eles mesmos fonte de outras obrigações; pelo contrário elas tomam essas regras como representantes de interesses ou pontos de vista antagônicos. Se as regras são produto de uma negociação especial, como no caso de um contrato, cada lado tentou ceder o mínimo possível em retorno do máximo possível, e seria por isso injusto, e não apenas errado, que qualquer uma deles reivindique que o acordo entre eles envolve algo além daquilo que foi especialmente negociado.⁷¹²

O terceiro modelo é o da comunidade de princípio. As pessoas nessa comunidade aceitam que seus destinos estão fortemente ligados pelos princípios que sua comunidade como um todo adotou. Nesse tipo de comunidade é aceito que os deveres de cada cidadão não são apenas aqueles que expressamente constam nas regras da comunidade, mas que, ao contrário, os princípios adotados podem ser fonte independente de novas obrigações, mesmo que essas novas obrigações nunca tenham sido explicitadas. Os membros dessa comunidade aceitam ainda que esses deveres, que fluem do esquema de princípios adotado pela comunidade, não têm que ser aceitos por eles individualmente, em contraponto a um contratante que só passaria a se sentir obrigado a novos deveres caso houvesse assinado um aditivo ao contrato original. Eles entendem que esse novos deveres “surgem do fato histórico

⁷¹² DWORKIN. 2001. p. 210. *“Imagine self-interested but wholly honest people who are competitors in a game of fixed rules or who are parties to a limited and transient commercial agreement. They obey the rules they have accepted or negotiated as a matter of obligation and not merely strategy, but they assume that the content of these rules exhausts their obligation. They have no sense that the rules were negotiated out of common commitment to underlying principles that are themselves a source of further obligations; on the contrary, they take these rules to represent a compromise between antagonistic interests and points of view. If the rules are the product of special negotiation, as in the contract case, each side has tried to give up as little in return for as much as possible, and it would therefore be unfair and nor merely mistaken for either to claim that their agreement embrace anything not explicitly agreed.”*

de que a comunidade adotou aquele esquema”,⁷¹³ que é, então, especial a ela e não dependem apenas de sua vontade individual.

Em resumo, cada um dos três modelos representa uma visão distinta sobre a natureza das normas. Na primeira, elas são seguidas apenas por questões estratégicas, não devendo a elas se atribuído qualquer valor intrínseco, mas apenas instrumental. Dessa forma, as normas acertadas ou aceitas entre pessoas em uma comunidade de fato são seguidas apenas até o ponto em que interessam às pessoas envolvidas, consideradas individualmente. Essa atitude pode ser encontrada em algumas pessoas. Para elas seguir a lei é meramente uma questão de evitar o risco da sanção. Nessa situação, é feito um cálculo econômico e utilitário individual sobre o que vale mais a pena, seguir a norma ou quebrá-la e correr o risco de sofrer a sanção. Tanto em uma opção quanto em outra não se vê como estando em jogo qualquer questão moral, mas apenas estratégica. Nesse caso, não existe respeito mesmo a regras explícitas, elas só são seguidas se isso estiver de acordo com os interesses egoístas das pessoas envolvidas.

No segundo modelo as regras pactuadas têm valor moral. Elas são seguidas não apenas porque as partes entendem que elas atendem a seus interesses particulares, mas porque elas foram aceitas ou porque, de alguma forma, essas pessoas se comprometeram com elas. Dessa forma, mesmo em um caso em que a obediência a uma das regras for contrária aos seus interesses imediatos e o risco da sanção for desprezível, por qualquer motivo que seja, ainda assim, a parte entenderá que deve cumpri-la, porque o cumprimento da regra tem um valor moral em si. Cabe ressaltar que seria um erro entender que nesse caso os princípios não têm qualquer papel. De fato, nessa comunidade seria injusto reivindicar o cumprimento de um dever que não houvesse sido pactuado ou aceito. Isso, contudo, não afasta a aplicação dos princípios. O que parece correto dizer é que os princípios substanciais teriam uma aplicação mínima nesse tipo de comunidade. Com efeito, esse tipo de comunidade aceitaria e teria como fundamental exatamente o princípio segundo o qual: “Não podem ser exigidas de alguém as obrigações com as quais ele não assentiu expressamente”. Nesse tipo de comunidade esse princípio assumiria a supremacia básica e ter-se-ia como ideal que ele se aplicasse, não apenas *prima facie*, mas efetivamente, a todos os casos possíveis.

Além disso, mesmo para aplicação das regras expressamente aceitas, haveria a necessidade de interpretação, o que naturalmente abre as portas para os princípios substantivos que são subjacentes a essas regras. Nesse sentido, pode ser apontada, por exemplo, a questão dos pênaltis nas regras de futebol. O futebol é um empreendimento do tipo

⁷¹³ DWORIN. 2001. p. 211. “*arise from the historical fact that his community has adopted that scheme*”.

ora discutido. Estende-se que os participantes do jogo têm que respeitar apenas as 17 regras estabelecidas pelo *International Football Association Board*. A regra 12 estabelece os atos que são tidos como infracionais e as correspondentes sanções. Entre essas condutas consta tocar a bola com as mãos. Caso esse toque se dê dentro da grande área ter-se-á, então, um pênalti, que deverá ser batido nos termos determinados pela Regra 14. As regras parecem muito claras, mas as discussões sobre se certo toque na mão constitui ou não pênalti avivam acalorados debates em programas televisivos pertinentes e, no mais das vezes, elas não se restringem a contingências empíricas, quer dizer, se a bola bateu ou não na mão do jogador. Grande parte das discussões se dá, com efeito, em nível normativo, isso é, dado que a bola bateu efetivamente na mão do jogador, discute-se se aquele tipo de toque específico deve dar origem ou não ao pênalti. Em uma extrapolação da regra, é entendimento corrente que apenas o toque de mão intencional daria origem ao pênalti. A questão de saber se o toque foi intencional ou não é empiricamente complexa e não resolve a situação em vários casos. Assim, adotou-se uma nova interpretação segundo a qual caso os braços do jogador não estiverem junto ao corpo e a bola bater em algum deles, mesmo que não seja claro se o toque foi intencional, o pênalti deverá ser assinalado.⁷¹⁴ Esses dois refinamentos da norma futebolística do pênalti são tributo à influência dos princípios subjacentes a ela, demonstrando que mesmo em empreendimentos normativos nos quais apenas as regras expressamente pactuadas são aceitas como derivativas de obrigações legítimas, os princípios continuam exercendo influência relevante e determinando o conteúdo da norma segundo um processo interpretativo complexo já discutido acima. A diferença, então, da comunidade do livro de regras para a comunidade de princípios não é, assim, que naquela os princípios não têm qualquer papel, mas que nela há de se atribuir maior peso abstrato aos princípios formais, de modo a se entender que os princípios subjacentes às regras individuais não devem estabelecer obrigações distintas daquelas expressamente pactuadas, ainda que, tal como visto, eles tenham inerente influência sobre a determinação da conduta proibida pela regra expressa, limitando ou expandindo o seu sentido.

Na comunidade de princípio, por outro lado, aceita-se que não apenas as regras expressamente pactuadas têm valor moral intrínseco, como, também, os princípios subjacentes ou expressamente aceitos, mesmo quando não for claro o que é que eles determinam. Sendo certo, inclusive que esses princípios podem dar origem a novas regras de conduta, outras que não aquelas expressamente aceitas anteriormente. Nesse tipo de

⁷¹⁴ Dworkin usa o exemplo do xadrez para ilustrar um ponto semelhante (2002, pp. 159-164).

comunidade as pessoas aceitam que, mais do que por compromissos específicos, elas são governadas pelos princípios que a comunidade a que pertencem aceita.

Portanto, no primeiro modelo o cumprimento das regras tem valor meramente instrumental, no segundo, aceita-se que as regras têm valor intrínseco, mas que os princípios não devem dar origem à deveres diferentes daqueles expressamente aceitos e, no terceiro, que os princípios são a base das regras da comunidade, tendo autoridade suficiente para gerar novas obrigações por si mesmos. Nina Brewer-Davis afirma que apenas nesse último tipo de comunidade podem haver obrigações associativas, porque apenas em comunidades que têm por objetivo “expressar o seu esquema de princípios através de regras e práticas da sua sociedade como se essas regras houvessem sido escritas por um único autor”⁷¹⁵ pode surgir o tipo de relação especial necessária ao florescimento desse tipo de obrigação. Em outras palavras, essa relação especial é forjada no comprometimento das pessoas que compõem a comunidade com esses princípios comuns.

4.14 A integridade como ideal deontológico

Do breve relato que foi dado das obrigações associativas pode-se colher alguns frutos. John Horton⁷¹⁶ afirmou que as obrigações políticas associativas podem florescer desde que a comunidade seja capaz de proteger minimamente a ordem e a segurança de seus membros. Stephen Perry,⁷¹⁷ que as obrigações associativas surgem de uma relação que seja intrinsecamente valiosa e que a relação entre o Estado e seus cidadãos é uma relação desse tipo. Nina Brewer-Davis⁷¹⁸ postulou que uma comunidade de princípio – uma comunidade que aceita a integridade – é capaz de forjar uma relação especial entre seus membros, suficiente para o estabelecimento de obrigações associativas. Assim, parece certo que as obrigações associativas surgem quando a associação entre certas pessoas garante a elas um bem a que elas atribuam valor e que não fosse a especial relação entre elas estabelecida não seria protegido de maneira adequada. Parece correto, à primeira vista, que Horton estabeleça como sendo esse bem a segurança. Porém, do simples fato de um Estado garantir segurança a

⁷¹⁵ BREWER-DAVIS. 2011. p. 20. “*express their scheme of principle through the rules and practices of their society as if those rules were written by a single author.*”

⁷¹⁶ HORTON. 2006.

⁷¹⁷ PERRY. 2008

⁷¹⁸ BREWER-DAVIS. 2011.

seus cidadãos, não se segue que seus atos sejam legítimos. Pode até ser que essa seja, de fato, a exigência básica para o surgimento de obrigações políticas associativas mas, todavia, ela não parecer ser suficiente, até porque, em última instância, essa exigência não tem qualquer diferença qualitativa em relação àquelas impostas por Dworkin,⁷¹⁹ mas apenas de grau.

Um Estado que trate seus cidadãos de forma desigual costuma ser também um pobre mantenedor da ordem. Uma sociedade injusta é inerentemente instável. A História está cheia de exemplos que confirmam essa hipótese. Com efeito, sequer é necessário viajar tanto no tempo para ver isso. A atual instabilidade política no norte da África e no Oriente Médio é testemunha do que ora se diz. Na História do Império Romano pode-se inclusive observar um padrão segundo o qual o governo de Imperadores autoritários, como Nero, Comodus e Caracala, foram povoados por desordens públicas e terminaram em violência, frequentemente com algum tipo de morte trágica do próprio Imperador, e caos político subsequente.⁷²⁰ Certamente, seria necessário um estudo científico muito mais profundo que o presente para provar o que ora se afirma. Todavia, a asserção parece ser suficientemente plausível para ser assumida como verdadeira. Assim, para que a exigência básica da segurança seja cumprida adequadamente, é necessário que os atos estatais, principalmente aqueles de emprego do monopólio estatal da violência, sejam em algum grau legítimos. Esse ponto é importante se for levada em consideração uma distinção feita acima.

A melhor interpretação da teoria de Dworkin sobre obrigações associativas é aquela que a trata segundo os três planos normativos, conforme defendido por Pontes de Miranda.⁷²¹ Porém, para que se possa perceber isso é necessário tomar o caminho inverso ao de Dworkin, isso é, ao invés de começar das obrigações associativas para só depois chegar à integridade, é preciso começar com a integridade para chegar às obrigações associativas.

A integridade, como visto, tem diversas faces, uma delas é a integridade como ideal. A integridade como ideal se traduz para o campo jurídico como uma norma, isso é como um dever ser. Uma norma do tipo princípio; um princípio segundo o qual “O Estado deve se comportar segundo padrões públicos que possam ser feitos e vistos como expressando um esquema único e coerente de justiça e *fairness* em uma relação correta”. A proposição de um princípio é do tipo interpretativa. Como visto os princípios são, salvo quando positivados especificamente, extrapolações das regras individuais da comunidade, quer dizer, dado que se entende como devidas pelos membros da comunidade as condutas exigidas pela regra *x*, pela

⁷¹⁹ DWORKIN. 2001.

⁷²⁰ GIBBONS. 1993.

⁷²¹ PONTES DE MIRANDA. 2003.

regra *y* e pela regra *z*, é possível postular a existência de um princípio *a*, que pode ser interpretado como subjacente a elas. Para que essa interpretação seja cabível é necessário que se demonstre primeiro que ela é adequada aos fatos identificados grosseiramente no estado pré-interpretativo. Tem que ser cabível dizer que o princípio que se postula existir é uma extrapolação adequada das finalidades dessas regras individuais. Caso o princípio satisfaça essa condição, então se poderá dizer que esse princípio *existe*, o que não quer, necessariamente, dizer que ele seja *válido*. Para que se agregue à existência a validade, é necessário que sejam satisfeitos os requisitos da segunda dimensão, quer dizer, é preciso que esse princípio honre e justifique essas regras das quais ele foi extrapolado da melhor maneira possível, segundo parâmetros morais igualmente interpretativos que justifique a existência dessas normas dentro de um sistema jurídico construído de maneira coerente. Na hipótese de se entender que ele obteve sucesso também nessa dimensão, o princípio será, além de existente, válido.

A obrigação associativa política básica também é um princípio. Um princípio segundo o qual “As normas adotadas pela comunidade devem ser respeitadas”. Esse princípio também surge da extrapolação de certas regras. Essas regras são aquelas que determinam quem são as pessoas e órgãos que podem ser contados como competentes para expedir normas para a comunidade e sobre quem são aqueles devem estar sujeitos a elas. Isso porque é inerente ao fato de alguém pertencer a certa comunidade o dever de seguir as suas normas. Assim, preenchidos certos requisitos fáticos, alguém pode, por exemplo, ser contado como brasileiro, pois ele passa a estar submetido a normas que regem a relação entre certas pessoas e um Estado, normas essas que o caracterizam como tal. Caracterizada a pessoa, então, como brasileira, surge a obrigação associativa política, isso é, passa a *existir* o dever de essa pessoa respeitar as leis desse Estado. Isso porque, tal como se defendeu acima, no momento em que essa relação de cidadania foi estabelecida, o requisito básico de existência foi preenchido, quer dizer, passou a existir uma reciprocidade, ainda que dissimétrica, entre esse cidadão e o Estado – reciprocidade aqui entendida no sentido acima defendido de bilateralidade. Passa, assim, a ser possível lhe exigir, com base nas normas adotadas pela comunidade, certas obrigações; e o cidadão pode, por sua vez, também sobre esse fulcro, exigir de outras pessoas e do Estado alguns direitos que lhe foram outorgados pela ordem jurídica que constitui essa relação.

Aqui é necessária, talvez, uma pequena concessão empírica. Para que surja algum tipo de obrigação associativa é necessário, como já se notou, que exista uma relação, ainda que dissimetricamente, bi ou plurilateral. Mesmo que essa relação se dê apenas em termos de

opressão e força ela pode ser dita como existente, quer dizer, mesmo nesse caso pode ser dito como existente um dever geral de respeitar as normas constitutivas do Estado. Exemplo disso, é a hipótese de certa pessoa não ter conhecimento da existência do Estado a que, em tese, está submetida. Nesse caso, essa pessoa satisfaz as condições normativas para ser tida como cidadã desse Estado. Todavia, em virtude da sua completa falta de conhecimento dessa qualificação jurídica, não poderá ser tida como existente a obrigação associativa, pois, aqui, falta o requisito básico do reconhecimento bilateral de uma relação. Assim, os membros de uma tribo indígena que vivam completamente afastados, no meio da mata amazônica, sem qualquer contato exterior, não podem ter qualquer obrigação associativa com o Estado brasileiro. Por outro lado, alguém que esteja inserido no bojo da comunidade não pode desconsiderar sua relação com o Estado, mesmo que seja para negá-la. O vínculo só deixa de existir se por qualquer motivo esse ser humano não for tratado como pessoa pelas normas constitutivas da comunidade, isso é, se ele não puder ser sujeito de direitos e obrigações. Assim, se alguém for considerado como *res* pelas normas da comunidade, não haverá em relação a ele qualquer obrigação associativa, justamente pelo fato de que ele não está qualificado para assumir obrigações ou ter direitos, sejam de que tipo for, segundo as normas da comunidade. Nesse sentido, a mera existência da obrigação associativa política não tem qualquer conteúdo moral, sendo uma questão quase meramente normativa.

No entanto, a existência de um dever não é suficiente para obrigar alguém a se comportar conforme ele. Para isso é necessário que ele, além de existir, seja *válido*. *Válido* explica-se de maneira tautológica é aquilo que tem valor ou que está em relação com o Bem. Ou, utilizando a definição dada por Alexy,⁷²² baseando-se em Von Wright: “Conceitos *axiológicos* são caracterizados pela sua derivação de um conceito básico diferente, aquele de Bem.”⁷²³ Uma dada norma pode existir sem ser válida, sem que se lhe reconheça valor. Para que uma norma jurídica ou um ato jurídico tenha valor “é preciso que o mundo jurídico, em que se lhe deu entrada, o[s] tenha por apto a nele atuar e permanecer.”⁷²⁴ Por sua vez, o valor moral de dada norma, conforme postulou Kant, reside no seguinte:

Um princípio da razão é já em si pensado como fundamento determinante da vontade, sem consideração de possíveis objetos da faculdade de apetição (logo, meramente através da formal legal máxima), e então aquele princípio é uma lei prática *a priori* e a razão pura será admitida como sendo por si mesma prática; a lei, então, determina imediatamente a vontade, a ação conforme ela é em si mesma boa

⁷²² WRIGHT, G. H. v. *The logic of preference*. Edinburgh: 1963 *apud* ALEXY. 2004.

⁷²³ ALEXY. 2004. p. 87. “Axiological concepts are characterized by their derivation from a different single basic concept, that of the Good.”

⁷²⁴ PONTES DE MIRANDA. 2000. Tomo 4, p. 35.

e uma vontade, cuja máxima é sempre conforme a essa lei, é absolutamente e em todos os sentidos boa e a condição suprema de todo bem.⁷²⁵

Está longe dos intuitos da presente dissertação pretender alçar as alturas dos *a priori* kantianos. O objetivo é apenas demonstrar que a validade de qualquer ato, seja moral, sejam jurídico, depende da sua relação com as normas que lhe são pertinentes. Os atos jurídicos são válidos quando executados em conformidade com as normas que lhes são pertinentes, de modo que eles passam a ter valor jurídico quando as atendem. Assim, uma sentença dada por um juiz competente existe e é boa, quer dizer, tem valor; uma outra dada por um julgador absolutamente incompetente existe mas não é boa, quer dizer, não tem valor. Um ato é válido moralmente, outrossim, se estiver de acordo com as normas que lhe concedem valor moral. Essas normas são por si válidas se estiverem em relação com o Bem que as rege. Assim, a obrigação associativa política, como norma, só passa a ser válida na medida em que esteja em acordo com o Bem que lhe é pertinente, isso é, na medida em que ela tem valor.⁷²⁶ Esse Bem, conforme aqui postulado, é a habilidade das razões que lhe justificam de honrar as tradições, normas e práticas de uma comunidade. Desse modo, o dever geral de obedecer à lei só poderá ser contado como um princípio *válido* de uma comunidade caso as razões que lhe justifiquem tenham por objetivo mostrar essa comunidade sob as melhores luzes morais possíveis. A determinação de quais são as essas luzes é, por sua vez, também uma questão interpretativa e a solução de Dworkin é a integridade. Logo, o dever geral de obedecer à lei será uma obrigação válida em uma comunidade que aceitar a integridade, pois, nesse caso, poderá ser contado entre as razões para justificar esse dever o fato de que as leis às quais ele exige obediência podem ser tratadas como fruto de um esquema coerente de princípios. Assim, no

⁷²⁵ KANT. 2008. p. 100.

⁷²⁶ Dworkin (2008, p. 304) afirma que: “*I am not persuaded that only practices that can be said to be intrinsically rather than instrumentally valuable can be source of associative obligations. I believe that such obligations can arise when and because people are joined in certain kinds of relationship – typically relations of collaboration or partnership – even when their lives would lack nothing if they were not.*” (“Eu não estou persuadido de que apenas práticas que possam ser tidas como intrínseca ao invés de instrumentalmente valiosas podem ser fonte de obrigações associativas. Eu acredito que tais obrigações podem surgir quando e porque as pessoas se agregam em certos tipo de relacionamento – tipicamente relações de colaboração ou parceria – mesmo quando não seriam completas se eles não se associassem.”) É bom lembrar que Dworkin afirma que obrigações associativas podem surgir em todo tipo de relacionamento, inclusive entre colegas de sindicato por exemplo. Assim, não obstante parecer ser cabível a afirmação de que certos tipos de obrigação associativa podem ser válidas em virtude da sua relação com um bem instrumental, talvez não seja esse o caso das obrigações associativas políticas. Isso porque o vínculo de um cidadão com uma comunidade política que aceita a integridade tem que ser inerente, e não apenas instrumentalmente valioso. O compromisso dos cidadãos com o conjunto de princípios que a integridade postula que regem a comunidade não deve ser tratado como meramente instrumental, tendo valor em si, pois, a vida de cada um desses cidadãos se torna mais rica e valiosa apenas em virtude dele. Por outro lado, nada no presente argumento assume que o valor do vínculo político não possa ser instrumental. Assim, o que ora se defende não fica de maneira alguma invalidado caso se consiga demonstrar que o vínculo entre os membros de uma comunidade de princípio é instrumental.

final das contas, o problema de saber se existem obrigações associativas políticas válidas em uma dada comunidade se resume a saber se a proposição interpretativa de que ela aceita a integridade é, em ambas dimensões, bem sucedida. Dessa maneira, sendo a integridade uma teoria sobre as circunstâncias em que a força estatal é utilizada legitimamente, haverá obrigação associativa entre os membros de dada comunidade, quando for cabível a afirmação de que os seus atos estatais são legítimos.

Essa é exatamente a preocupação de Dworkin: estabelecer as condições nas quais o uso da força estatal se dá de forma legítima e, como visto, isso apenas se dá em uma comunidade de princípios. Por toda discussão a respeito da pertinência dos quatro requisitos de validade das obrigações associativas, o próprio Dworkin afirma que:

O modelo de princípios satisfaz todas as nossas condições, ao menos tanto quanto qualquer modelo pode em uma sociedade moralmente pluralística. Ele torna as responsabilidades dos cidadãos especiais: cada cidadão respeita os princípios de *fairness* e de justiça imbuídos nos ajustes políticos existentes dessa comunidade particular, que podem ser diferentes daqueles de outras comunidades, pense ele ou não que esses são os melhores princípios de um ponto de vista utópico. Ele torna essas responsabilidades totalmente pessoais: ele comanda que ninguém seja deixado para trás, de que para o bem ou para o mal, e que ninguém poderá ser sacrificado, como feridos deixados no campo de batalha, na cruzada para justiça como um todo. A consideração que ele expressa não é superficial, como a consideração falsa no modelo do livro de regras, mas genuína e difusa. Manifesta-se politicamente desde o início e se sustenta por meio da atividade legislativa, da judiciária e da aplicação do direito. Os atos políticos de todos expressam em todas as ocasiões, na discussão a respeito do que as regras devem ser e de como elas devem ser aplicadas, um profundo e constante compromisso demandando sacrifício, não apenas dos perdedores, mas também dos poderosos que poderiam ganhar alguma coisa do tipo de conluio e solução conciliatória que a integridade proíbe. As suas razões tendem em direção à igualdade no sentido que a quarta condição exige: os seus comandos de integridade assumem que cada pessoa tem tanto valor quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com igual consideração entendida segundo alguma concepção coerente do que isso quer dizer. Uma associação de princípios não é automaticamente uma comunidade justa; a sua concepção de igual consideração pode ser defeituosa ou ela pode violar os direitos de seus cidadãos ou de cidadãos de outras nações da mesma forma que nós vimos que comunidades associativas genuínas podem. Mas o modelo de princípio satisfaz as condições de uma comunidade verdadeira melhor do que qualquer outro modelo de comunidade que possa ser adotado por pessoas que discordam sobre padrões de justiça e *fairness*.⁷²⁷

⁷²⁷ DWORKIN. 2001. pp. 213-214. “*The model of principle satisfies all our conditions, at least as well as any model could in a morally pluralistic society. It makes responsibilities of citizenship special: each citizen respects principles of fairness and justice instincts in the standing political arrangement of this particular community, which may be different from those of other communities, whether or not he thinks these the best principles from a utopian standpoint. It makes these responsibilities fully personal: it commands that no one be left out, that we are all in politics together for better or for worse, that no one may be sacrificed, like wounded left on the battleground, to the crusade of justice overall. The concern it expresses is not shallow, like the crocodile concern of the rulebook model, but genuine and pervasive. It takes hold immediately politics begins and is sustained through legislation and adjudication and enforcement. Everyone’s political acts express on every occasion, in arguing about what the rules should be as well as how they should be enforced, a deep and constant commitment commanding sacrifice, not just by losers but also by the powerful who would gain by the king of*

Ao contrário do que normalmente é feito, portanto, não é o modelo de princípio que deve ser interpretado em face das quatro condições, mas sim, estas em função daquele, apesar da ordem no texto de Dworkin. As quatro condições de validade das obrigações associativas devem ser assim tomadas na forma como elas aparecem em uma comunidade de princípio. Dessa maneira, as obrigações de cada cidadão devem ser especiais por pertencerem àquela comunidade específica e não a alguma outra. Elas são pessoais porque cada cidadão deve ter sua dignidade respeitada pelos outros, e principalmente pelo Estado, em suas ações políticas. A pessoalidade das obrigações comunitárias decorre, assim, de certo modo da máxima kantiana de que ninguém deve ser tratado como meio, mas apenas como fim.⁷²⁸ A condição de pessoalidade é a nota distintiva entre uma comunidade de princípio e uma comunidade pragmatista – na qual a máxima kantiana tem uma autoridade um tanto quanto relativa. Dworkin explica que esse requisito da pessoalidade deve ser tomado um pouco como o exemplo dado acima a respeito dos amigos que moram em uma mesma casa e constituem um fundo comum. Tal como foi notado, na hipótese de um deles necessitar de ajuda financeira e pedi-la aos outros, não haverá nada de errado em ele ser direcionado ao fundo comum, sendo ajudado diretamente por ele e não por cada um dos amigos. Com efeito, isso não torna as obrigações menos pessoais, apenas muda a forma do seu exercício. Nas palavras do autor:

Eu acredito que a obrigação é devida à coletividade, mas a seus membros como indivíduos. É claro que é o ente coletivo que dá força a essa obrigação: é o Estado que promove (ou deixa de promover) esse dever. Mas o Estado age, nessa instância e em todas as outras, como agente dos cidadãos agindo por meio dele. A legislação que estabelece obrigações políticas particulares em uma democracia é a criação dos cidadãos da mesma maneira e é uma condição de uma legitimidade democrática ideal, na minha visão, que o que esses cidadãos fazem coletivamente possa ser justificado como mostrando igual consideração de cada um para cada um.⁷²⁹

logrolling and checkerboard solutions integrity forbids. Its rationale tends toward equality in the way our fourth condition requires: its commands of integrity assumes that each person is as worthy as any other, that each must be treated with equal concern according to some coherent conception of what that means. An association of principle is not automatically a just community; its conception of equal concern may be defective or it may violate rights of its citizen or citizens of other nations in the way we just saw any true associative community might. But the model of principle satisfies the conditions of true community better than any other model of community that it is possible for people who disagree about justice and fairness to adopt.

⁷²⁸ KANT. 1997.

⁷²⁹ DWORKIN. 2008. p. 305. “I believe that the duty is owed not to the collective entity but to its members as individuals. Of course the duty is enforced by a collective entity: it is that state that prosecutes (or, indeed, waives) the duty. But the state acts, in this instance as well as all others, as the agent of the citizens acting through it. The legislation that establishes particular political obligations in a democracy is the creation of the citizens in the same way and it is a condition of ideal democratic legitimacy, in my view, that what these citizens do collectively can be justified as showing equal concern by each to each.”

A consideração, por seu turno, tem em vista a característica essencial de uma comunidade de princípios, isso é, ser governada por um conjunto de padrões normativos coerentes que se aplicam de maneira difusa a todos os comunas. Essa consideração ainda tende à igualdade, conforme explica Dworkin, porque postula, nos termos da segunda condição, que cada cidadão é igual e inerentemente valioso. Essa condição exige que distinções entre os cidadãos devem poder ser justificadas racionalmente dentro do conjunto de princípios adotados pela comunidade. Na verdade, as quatro condições são expressões da concepção de comunidade genuína que a integridade propicia, isso é, uma comunidade governada por princípios comuns e, por isso mesmo, elas denotam a forma que um vínculo político deve ter para que possa ser tido como valioso.

Dessa maneira, Brewer-Davis parece correta ao afirmar que o valor do vínculo entre cidadãos e Estado – e os modelos de comunidade que ele implica – se dá em virtude do compartilhamento desses princípios comuns.⁷³⁰ É importante refletir, retomando um ponto já discutido aqui, que essa discussão se dá em plano ideal. Dworkin afirma nesse sentido que:

Os modelos de comunidade usados no presente argumento são ideais em vários sentidos. Nós não podemos supor que a maioria das pessoas em nossas sociedades políticas conscientemente aceitam as atitudes de qualquer deles. Eu os construí para que fosse possível decidir quais atitudes nós devemos tentar interpretar que a nossa prática política expressa, o que é uma questão diferente, e o exercício nos dá a seguinte conclusão. Se nós pudermos entender nossas práticas como apropriadas ao modelo de princípios, nós podemos suportar a legitimidade das nossas instituições e as obrigações políticas que elas assumem, como uma questão de fraternidade e nós podemos então buscar melhorar nossas instituições nessa direção.⁷³¹

Destarte, a adequação a qualquer dos modelos de comunidade deve ser buscado no plano deontológico e não no ontológico. O ideal é aquela circunstância gerada pela razão através do desenvolvimento de uma cadeia de causa e efeito não empírica.⁷³² O ideal é a busca da razão não pelo que é, mas pelo que deveria ser. Sem dúvida, é extremamente relevante e até determinante a forma como as normas aceitas pela comunidade são aplicadas pelas instituições políticas, uma vez que, como aponta mesmo Kelsen em famosa passagem, normas

⁷³⁰ BREWER-DAVIS. 2011.

⁷³¹ DWORKIN. 2001. pp. 214-215. “*The models of community used in this argument are ideal in several ways. We cannot suppose that most people in our political societies self-consciously accept the attitudes of any of them. I constructed them so that we could decide which attitudes we should try interpret our political practice to express, which is a different matter, and the exercise warrants the following conclusion. If we can understand our practice as appropriate to the model of principle, we can support the legitimacy of our institutions, and the political obligations they assume, as a matter of fraternity, and we should therefore strive to improve our institutions in that direction.*”

⁷³² KANT. 2008.

ineficazes não podem sequer ser consideradas como propriamente válidas.⁷³³ Assim é cabível buscar a forma como essas normas são aplicadas pelos órgãos políticos da comunidade, principalmente os Tribunais e *a fortiori*, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal – e essa é uma das pretensões da presente dissertação. O que se quer dizer com a afirmação feita acima é que não se trata de uma questão sociológica, mas jurídico-interpretativa. Não são levantamentos e pesquisas junto à população que terão o condão de demonstrar que a comunidade aceita a integridade. Poderia, sem dúvida, ser útil a esse fim estudar o comportamento das pessoas em sociedade, porém, muito mais importante que isso, para esse fim específico, é verificar se as normas que a comunidade escolheu para ela, principalmente suas normas constitucionais, e a interpretação que os órgãos políticos dão a essas normas é compatível com algum dos modelos – ou seja, se o que as normas exigem que deva ser está de acordo com esse modelo ideal que representa um dado estado de coisas paradigmático do que deve ser. Em Dworkin isso é especialmente verdadeiro. Quando o autor ainda está defendendo suas quatro condições, em uma passagem muito citada – e criticada – ele afirma que:

Essas não são condições psicológicas. Ainda que um grupo irá raramente satisfazer ou sustentar por um longo período de tempo a menos que a maioria dos seus membros realmente sintam algum laço emocional um com o outro, as condições em si mesmas não exigem isso. A consideração que elas exigem é uma propriedade interpretativa das práticas do grupo de afirmar e reconhecer responsabilidades – essas são práticas que pessoas com o nível correto de consideração adotariam – não propriedades psicológicas de algum número fixo de membros atuais.⁷³⁴

Como bem dito pelo autor, a consideração que o modelo de princípios exige é uma propriedade interpretativa das práticas da comunidade, ou seja, das normas que ela adota e da interpretação que a elas é dada pelos seus órgão oficiais. Em qualquer sociedade política real, desde as mais desenvolvidas até as mais pobres, podem ser encontrados, em graus variáveis, indivíduos que foram deixados à própria sorte, excluídos do convívio social e da proteção do Estado. Esses indivíduos, na maioria das vezes, não têm sequer um motivo estratégico para cumprir a lei, que dirá um moral. Para eles princípios universais são palavras jogadas ao vento. Isso não quer dizer que a comunidade à qual eles “pertencem por exclusão” não possa adotar o ideal de uma consideração igualitária. Reproduzindo aqui, de certa maneira e com algumas modificações, o argumento kelseniano da mesma forma que o art. 121 do Código

⁷³³ KELSEN. 2003.

⁷³⁴ DWORKIN. 2001. p. 201. “*These are not psychological conditions. Though a group will rarely meet or long sustain them unless its members by and large actually feel some emotional bond with one another, the conditions themselves do not demand this. The concern they require is an interpretative property of the group’s practices of asserting and acknowledging responsibilities – these must be practices that people with the right level of concern would adopt – not a psychological property of some fixed number of actual members.*”

Penal não deixa de estar em vigor e valer apenas porque se cometem homicídios por toda a parte, a integridade não deixa de ter um papel determinante em uma comunidade política porque podem ser encontrados indivíduos que não foram tratados por essa comunidade com o nível de consideração necessário. Isso porque assim como o dispositivo penal estabelece um ideal normativo – o de que não devem haver homicídios – a integridade também o faz.

Existem regimes políticos que sequer aceitam em termos ideais a integridade, que julgam que alguns indivíduos são intrínseca e inerentemente mais importantes que outros, não apenas empiricamente, mais deontologicamente. O Brasil foi assim por muito tempo. Um país no qual, em termos de suas normas constitutivas, as pessoas dependendo de seu gênero, da sua classe ou de sua raça, eram julgadas mais ou menos dignas de consideração. Os Estados Unidos e diversos outros Países também tiveram seu período histórico incompatível com a integridade. Pode parecer equivocado e até perverso dizer que a integridade deve ser avaliada em nível deontológico, mas o que deve ficar claro aqui é que com isso não se quer dizer que apenas as normas abstratamente consideradas é que devem ser levadas em consideração. Muito antes pelo contrário, um pressuposto básico assumido aqui é que esses textos legais só passam a fazer algum sentido – a serem norma portanto – no momento da sua aplicação. Desse modo, o importante aqui é o uso que a comunidade faz dessas normas, ou seja, da forma como elas são interpretadas e aplicadas. São essas práticas que servem de paradigma para verificar a adequação da afirmação de que uma dada comunidade aceita a integridade, que ela se identifica idealmente com uma comunidade de princípio. Em outras palavras, se as práticas de uma comunidade – e *in casu*, as suas práticas judiciárias – puderem ser enxergadas como fundamentalmente governada pelos princípios que adota, que, além disso, esses princípios podem gerar compromissos independentemente, compromissos esses distintos daqueles já adotados expressamente pela comunidade; que, ademais, o esquema geral desses princípios determina que todos aqueles sujeitos a eles sejam tratados com igual consideração; então essa comunidade será compatível com ideal da integridade e, portanto, a comunidade entre os cidadãos e o Estado tem valor. Desse modo, as leis desse Estado merecem respeito e adesão *prima facie*, não apenas por uma questão estratégica – isso é, para evitar um mal que decorreria de seu descumprimento – mas porque, em virtude do valor do vínculo, essas leis adquirem autoridade moral.

É importante dizer também que a adoção de ideais tem valor em si, ainda que o valor, em alguns casos, possa ser meramente instrumental. Da mesma forma que uma dada comunidade é melhor porque ela estabelece que ninguém deverá ser assassinado – isso é, a comunidade está melhor apenas pela adoção dessa norma –, ela também estará melhor, se os

argumentos aqui defendidos forem sólidos, apenas porque ela adota as normas recomendadas pela integridade. Isso porque “uma comunidade de princípio, que toma a integridade como sendo central à política, apresenta uma melhor defesa da legitimidade política que outros modelos.”⁷³⁵

Ver a integridade como ideal significa dizer que seria, talvez, impossível trazer todas as regras colocadas em vigor pelos órgãos políticos da comunidade e explicá-las como fluindo de um único conjunto coerente de princípios. Porém, alguém que adota a integridade como virtude política veria esse fato como um defeito, “não como um resultado desejável de uma divisão justa do poder político entre corpos de opinião diferentes e que nós devemos buscar remediar quaisquer inconsistências em princípio que nós somos forçados a confrontar.”⁷³⁶ A integridade, apesar das concessões acima feitas, exige que a coerção estatal deve ser utilizada apenas em consonância com os seus ditames, gerando um tipo de justificação específica e um esquema discursivo cogente que deve ser obedecido pelos órgãos da comunidade se eles pretenderem seguir o esquema normativo que lhes constitui.

Assim, em termos gerais, é possível concluir provisoriamente que as práticas constitucionais brasileiras e as normas que lhes são pertinentes podem ser melhor explicadas e interpretadas como contando com o ideal da integridade. A Constituição brasileira, notadamente em seus primeiros artigos, mas em diversos outros pontos de seu texto, determina que se respeite certos e dados princípios. Esses princípios são tidos pelo Supremo Tribunal Federal como regentes efetivos da atividade política da comunidade. A isso dá testemunho a questão da fidelidade partidária, quando o Supremo decidiu que o partido político tinha direito sobre as vagas partidárias obtidas por seus candidatos, derivando-o não de alguma regra específica constante na Constituição, mas dos princípios regentes das eleições pelo sistema proporcional.⁷³⁷ Ademais, esses mesmos princípios, conforme definiu a Corte no caso do nepotismo, podem ser base para o estabelecimento de novas normas, normas essas que não encontravam previsão expressa no ordenamento anteriormente.⁷³⁸ Logo, os deveres das pessoas vão além daqueles expressamente estabelecidos pelas regras promulgadas, podendo os princípios também serem fonte de outros deveres, independentemente de interferência legislativa. Por fim, esses princípios determinam que

⁷³⁵ DWORKIN. 2001. p. 216. “*a community of principle, which takes integrity to be central to politics, provides a better defense political legitimacy than other models.*”

⁷³⁶ DWORKIN. 2001. p. 217. “*not as desirable result of a fair division of political power between different bodies of opinion, and that we must strive to remedy whatever inconsistencies in principle we are forced to confront.*”

⁷³⁷ STF, MS n. 26.603/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008.

⁷³⁸ STF, RE 579.951/RN, Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 23/10/2008.

todos devem ser tratados com igual consideração, tal como se pode depreender da proscrição de discriminações legais arbitrárias⁷³⁹ e também na questão do fornecimento de medicamentos⁷⁴⁰ e da extensão de vagas em creches.⁷⁴¹ Ademais, o reconhecimento da normatividade e importância desses princípios fornece a melhor interpretação da forma como a Corte agiu nos diversos casos em que ela se viu em face de “lacunas” no ordenamento e que apenas isso pode explicar o poder do Tribunal em suprir as lacunas constitucionais por via dos mandados de injunção.

É importante ressaltar que não apenas nas decisões em si consideradas pode ser encontrado o compromisso com a integridade, mas, também nos argumentos adotados para justificá-las. Esses argumentos, como pode ser visto no capítulo anterior, se baseiam na ideia de que esses princípios expressos na Constituição importam; que mais do que isso, em diversos casos, eles são determinantes; que a natureza da comunidade brasileira é congênita a eles. É possível concluir, nesse diapasão, que essa dimensão política da integridade não é só adequada às práticas brasileiras, mas lhes justifica segundo as melhores concepções sobre como uma comunidade política deve se comportar.

⁷³⁹ STF, ADI n. 1.076/DF, Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 07/12/2000.

⁷⁴⁰ STF, RE n. 267.612/RS, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 23/08/2000.

⁷⁴¹ STF, RE n. 436.996/SP, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 07/11/2005.

5 QUANDO O DIREITO É INTEGRO

5.1 Breves notas introdutórias

No último capítulo demonstrou-se que o princípio político que a integridade engendra é adequado às práticas políticas brasileiras e que, ademais, elas parecem muito mais atrativas caso sejam interpretadas como contando com a integridade como ideal político deontológico. Nesse caso é possível ver legitimidade nos atos políticos da comunidade. Pretende-se demonstrar que as práticas judiciárias da comunidade pátria podem ser melhor justificadas com base na integridade, o que será feito, em acordo com os objetivos da presente dissertação, tendo como parâmetro a atuação do Supremo Tribunal Federal.

Mais acima, rejeitou-se uma interpretação das práticas judiciárias brasileiras segundo a qual as decisões do Supremo Tribunal Federal poderiam ser vistas como fruto de uma postura politicamente ativa do Tribunal, postura essa que seria incompatível com o seu mandato constitucional. Essa rejeição se deu porque a análise das decisões proferidas pela Corte demonstrou que as razões utilizadas se baseavam no que se chamou de argumentos de princípio. Esses argumentos eram baseados nos direitos das partes envolvidas na questão e na interpretação de normas constitucionais altamente abstratas. Nesse sentido, pareceu cabível a afirmação de que seria difícil interpretar os argumentos utilizados como sendo de estratégia política, quer dizer, argumentos baseados não em direitos, mas em cálculos utilitaristas. Pareceu correto que as acusações de ativismo político poder-se-iam resumir a uma crítica da adoção de normas constitucionais derivadas pelo STF. Segundo as noções clássicas, não caberia à Corte adotar regras distintas daquelas já existentes no ordenamento jurídico, de modo que ao fazê-lo, o Judiciário estaria fugindo de sua tarefa básica de aplicação do Direito e passando à função de Legislador, criando novos direitos e obrigações, isso é, inventando Direito. Por outro lado, seria errado tratar as decisões do Tribunal como se fossem peças legislativas preocupadas prioritariamente em avançar metas políticas relevantes e, como já se notou, a dificuldade em interpretar as razões utilizadas pela Corte dessa forma é indicativa da verossimilhança dessa afirmação.

5.2 As bases interpretativas do Direito

Os provimentos do STF não podem ser interpretados “nem como relatórios factuais de eventos passados do convencionalismo, nem como programas instrumentais, voltados para o futuro, do pragmatismo legal.”⁷⁴² Conforme passar-se-á a defender, eles devem ser vistos como julgamentos interpretativos que “portanto combinam elementos das visões do passado e do futuro, eles interpretam a prática legal contemporânea vista como uma narrativa política em curso.”⁷⁴³ Nesse sentido, a integridade “rejeita, por ser de pouca ajuda, a antiga questão de se saber se os juízes encontram ou inventam o Direito; nós entendemos o raciocínio jurídico, ela [a integridade] sugere, apenas vendo o sentido em que eles fazem as duas coisas e nenhuma delas.”⁷⁴⁴ Dessa forma, tal como pontua Dworkin:

O princípio adjudicativo da integridade instrui aos juízes que identifiquem quais os direitos jurídicos e deveres, tanto quanto possível, assumindo que eles foram criados por um único autor – a comunidade personificada – expressando uma concepção coerente de justiça e *fairness*. Nós formamos nossa terceira concepção do Direito, nossa terceira forma de ver quais direitos e obrigações fluem das decisões políticas passadas, reformulando essa instrução como uma tese sobre as bases do Direito. De acordo com o Direito como integridade, proposições de Direito são verdadeiras se elas figurarem ou se se seguirem dos princípios de justiça, *fairness* e devido processo que fornecem a melhor interpretação construtiva da prática legal da comunidade.⁷⁴⁵

Como já dito, Dworkin defende uma tese hermenêutica segundo a qual “interpretação construtiva é uma questão de impor propósito em um objeto ou prática de modo a torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou gênero do qual ele é tomado como pertencendo.”⁷⁴⁶ Assim, uma interpretação construtiva pretende dar sentido ao objeto interpretado de modo a que ele seja capaz de ter e demonstrar valor. Proposições de direito têm valor, portanto, na medida em que “figurarem ou se seguirem dos princípios de justiça, *fairness* e devido

⁷⁴² DWORKIN. 2001. p. 225. “*either the backward-looking factual reports of conventionalism or the forward-looking instrumental programs of legal pragmatism.*”

⁷⁴³ DWORKIN. 2001. p. 225. “*therefore combine backward-and-forward-looking elements; they interpret contemporary legal practice seen as an unfolding political narrative.*”

⁷⁴⁴ DWORKIN. 2001. p. 225. “*rejects as unhelpful the ancient question whether judges find or invent law; we understand legal reasoning, it suggests [the integrity], only by seeing the sense in which they do both and neither.*”

⁷⁴⁵ DWORKIN. 2001. p. 225. “*The adjudicative principle of integrity instructs judges to identify legal rights and duties, so far as possible, on the assumption that they were all created by a single author – the community personified – expressing a coherent conception of justice and fairness. We form our third conception of law, our third view of what rights and duties flow from past political decisions, by restating this instruction as a thesis about the grounds of law. According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness and procedural due process that provide the best the constructive interpretation of the community’s legal practice.*”

⁷⁴⁶ DWORKIN. 2001. p. 52. “*constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong.*”

processo que fornecem a melhor interpretação construtiva da prática legal da comunidade.” Assim, a decisão que afirma que *A* tem direito a *x* é verdadeira apenas na medida em que ela esteja de acordo com princípios substantivos e formais que impõem sentido às práticas jurídicas da comunidade. É isso que significa interpretar o Direito da melhor maneira possível, verificar se uma dada proposição que pretenda validade jurídica está de acordo com esses princípios que são necessários para dar sentido aos diversos atos da comunidade.

Tanto a decisão que determina, com base no art. 947 do Código Civil, que *A* deve indenizar *B*, porque este lhe causou danos materiais, quanto a que determina, com base no *caput* do art. 37 da CRFB/88, a *A* que exonere *B* de um cargo de confiança porque este é parente daquele, podem ser medidas segundo esse critério. Da mesma forma, tanto o dever de indenizar, quanto o dever de exonerar serão válidos apenas se estiverem de acordo os princípios necessários para explicar as práticas políticas da comunidade. Em ambos os casos, caberá ao julgador interpretar os atos políticos passados da comunidade e verificar qual é a decisão que, segundo sua opinião, se segue da melhor interpretação dos princípios que lhes dão sentido.

Normas – conforme ficou aqui definido – são o sentido de uma proposição de dever ser. Uma das espécies de norma que existe são as normas jurídicas. As normas jurídicas são aquelas que o Juiz pode utilizar para resolver uma ação que está posta diante dele. Sendo assim, cumpre perguntar qual é o traço distintivo dessas normas que as diferencia das demais. A concepção de norma jurídica tradicional é aquela decorrente do positivismo, aquela segundo a qual as normas são jurídicas se promulgadas em conformidade com outras normas jurídicas, de nível superior, que estabelecem os procedimentos para a promulgação de novas normas. Nas palavras de Kelsen: “Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira o poder para fixar normas.”⁷⁴⁷ Segundo essas concepções, um diploma legal, por exemplo, que tenha sido aprovado pelo Congresso, sancionado pelo Presidente e publicado no diário oficial, nos termos estabelecidos pela Constituição, estará prenhe, por isso, de normas jurídicas. Esse modelo, todavia, esbarra em alguns problemas teóricos, dentre os quais figura proeminente aquele de se saber quais são as normas jurídicas que conferem poder ao Poder Constituinte Originário para promulgar a Constituição. Quer dizer, dado que novas normas jurídicas só podem ser promulgadas em conformidade com normas jurídicas de nível superior, quais seriam, então, as normas jurídicas que conferem poder ao Órgão que promulgará a

⁷⁴⁷ KELSEN. 2003. pp. 216-217.

norma suprema da comunidade? Para resolver esse problema Kelsen postulou a norma fundamental. O autor austríaco explica:

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm). Já para ela tivemos de remeter a outro propósito.⁷⁴⁸

Dworkin sugere outra concepção.⁷⁴⁹ Tanto Kelsen, quanto Dworkin partem aqui do mesmo pressuposto teórico, o de que proposições deontológicas só podem ser apoiadas por outras proposições dessa natureza e nunca por proposições ontológicas. Nas palavras de Kelsen: “Do fato de algo *ser* não pode se seguir-se que algo *deve* ser; assim como do fato de *dever* ser não pode seguir que algo *é*.”⁷⁵⁰ Dworkin chama esse pressuposto teórico de princípio de Hume – referindo-se ao filósofo escocês David Hume, aquele que despertou Kant do sonho dogmático – e ele o coloca da seguinte maneira:

[N]enhuma série de proposições sobre como o mundo é, como uma questão de fato científica ou metafísica, pode sozinha fornecer fundamentos suficientes – sem algum julgamento de valor escondido nos interstícios – para qualquer conclusão sobre o que deve ser.⁷⁵¹

O problema é que a norma fundamental kelseniana não respeita o princípio de Hume. Isso porque a sua pressuposição decorre, ela mesmo, não de um julgamento deontológico, mas de um julgamento meramente lógico. Conforme se depreende da passagem da *Teoria Pura do Direito* acima citada, a norma fundamental é consequência de um juízo lógico-transcendental. Kelsen utiliza o que Chisholm chama de argumento transcendental. Esse tipo de argumento se apoia na seguinte estrutura lógica:

Um argumento transcendental pode ser dito como sendo um argumento que formula os resultados de certo procedimento – um “procedimento transcendental”.

⁷⁴⁸ KELSEN. 2003. p. 217.

⁷⁴⁹ DWORKIN. 2011.

⁷⁵⁰ KELSEN. 2003. p. 215.

⁷⁵¹ DWORKIN. 2011. p. 44. “no series of propositions about how the world is, as matter of scientific, or metaphysical fact, can provide a successful case on its own – without some value judgment hidden in the interstice – for any conclusion about what ought to be the case.”

Ao utilizar esse procedimento, nota-se, primeiro, algumas características gerais do objeto em discussão; depois, ao refletir sobre essas características gerais, se chega a certos princípios a respeito das condições de existência desse objeto de discussão; depois aplicando esses princípios à descrição desse objeto de discussão, se deduz algumas consequências; e, finalmente, se conclui que as proposições então deduzidas foram, por isso, mostradas como justificadas.⁷⁵²

Em acordo com isso, Kelsen refletiu sobre o Direito e concluiu que a validade de uma norma jurídica só poderia ser auferida de uma outra norma jurídica de nível superior que estabelecesse a forma para a criação de outras normas jurídicas. Nesse sentido, alguma norma jurídica tinha que estabelecer a competência do Poder Constituinte Originário para promulgar a Constituição. Como nenhum outro órgão poderia positivizar essa norma, ela deveria, então, ser pressuposta. Em outras palavras, para que fosse mantida a unidade básica do sistema jurídico seria necessário que *existisse* uma norma fundamental. Assim a norma fundamental decorre de uma série de proposições meramente lógicas e não deontológicas como exige o princípio de Hume.

Dworkin não precisa, contudo, de pressupor uma norma fundamental, ou seja, ele não precisa de um pressuposto meramente lógico para explicar a unidade do sistema jurídico. Ele tem os princípios. Os princípios são normas, quer dizer, eles são proposições deontológicas. Desse modo, eles podem apoiar a validade de outras proposições deontológicas sem que o princípio de Hume seja violado. Os princípios são, assim, excelentes candidatos para explicar porque é que as normas jurídicas valem. Nesse sentido, eles formam as bases do Direito. As bases do Direito são aquilo que indica, segundo Dworkin, “as circunstâncias sob as quais as proposições sobre o que o Direito é devem ser aceitas como verdadeiras ou bem fundadas”.⁷⁵³ Desse modo, proposições sobre o Direito – por exemplo, *A* tem direito a *x*, ou a norma *y* é uma norma jurídica – apenas são verdadeiras na medida em que se possa argumentar que elas decorram da “melhor interpretação construtiva das decisões jurídicas passadas”.⁷⁵⁴ Logo, é possível dizer, agora, qual é o traço que distingue as normas *jurídicas* de outras normas. Uma norma pode ser considerada como jurídica quando a sua postulação como tal respeitar a integridade.

⁷⁵² CHISHOLM. 1982. pp. 95-96. “*A transcendental argument could be said to be an argument formulating the results of a certain procedure – a ‘transcendental procedure’. In carrying out such a procedure, one first notes certain general features of a given subject-matter; then, by reflecting on these general features one arrives at certain principles concerning the conditions necessary for the existence of that subject-matter; then by applying these principles to the description of the subject-matter, one deduces certain consequences; and finally, one concludes that the propositions thus deduced have thereby been shown to be justified.*”

⁷⁵³ DWORKIN. 2001. p. 262. “*the circumstances under which claims about what the law is should be accepted as true or sound*”.

⁷⁵⁴ DWORKIN. 2001. p. 262. “*the best constructive interpretation of past legal decisions*”.

A proposição “O art. 947 do Código Civil é uma norma jurídica”, por exemplo, é verdadeira apenas se ela for consequência da integridade. Naturalmente, o julgador em um caso simples de responsabilidade civil não está obrigado, muito antes pelo contrário, a transformar sua sentença em um tratado sobre a necessidade de observância das regras positivadas pelo Congresso Nacional e sobre como essa necessidade está em acordo com a melhor interpretação dos princípios que devem existir para justificar os atos da comunidade como provenientes de um único autor. Ele não deve fazer isso porque é paradigmático nesse caso que seja assim. Por outro lado, esse paradigma só se sustenta porque ele é compatível com essa tese.

Em casos mais difíceis, no entanto, para os quais os paradigmas do dia não oferecem uma boa resposta, a determinação da validade de qualquer decisão depende das justificativas apresentadas e do seu confronto com essa melhor interpretação e, nesses casos, efetivamente a decisão começará a se parecer com um “tratado” de hermenêutica. Nesses casos, não há saída fácil e é aí que parece residir o equívoco de julgar certa posição do Supremo Tribunal Federal como fruto de um ativismo judicial. Isso porque, mesmo que ele decida pela não aplicação da Constituição, em situações para as quais não há previsão específica, ou pela constitucionalidade do ato ou ainda pela não imposição de condutas ou abstenções ao Executivo, ainda assim caber-lhe-á justificar, segundo os mesmos parâmetros, acima especificados, que essa é a conduta exigida pela melhor interpretação construtiva dos princípios substantivos e formais que devem ser postulados para que se conceda sentido aos atos da comunidade.

Essas decisões não se seguem imediatamente, como *default*, do art. 2º da CRFB/88. A tomada de decisões “conservadoras”, nesse sentido, seria tão questionável quanto a daquelas “ativistas”, não existindo nenhum parâmetro distinto que possa decidir *a priori* pela sua maior conformidade com a Constituição. Uma decisão que julgasse, por exemplo, que *A* está permitido a contratar seu parente *B* para um cargo de confiança, apenas porque não existe regra que proíba essa conduta ou que comande a contrária, sem maiores considerações, não seria uma decisão distinta, em termos qualitativos, de uma que estabelecesse que *A* não está obrigado a indenizar *B*, apesar de ter lhe causado um dano. Em ambos os casos o julgador estaria desconsiderando algum ato da comunidade ao qual se atribui paradigmaticamente força normativa. Em outras palavras, tanto uma decisão, quanto a outra estariam apoiadas em interpretações pobres das práticas jurídicas da comunidade. A integridade é, assim, “ao mesmo tempo produto da e inspiração para uma interpretação compreensiva da prática

legal.”⁷⁵⁵ Em outras palavras, as proposições jurídicas “são interpretativas da história jurídica, que combina elementos tanto da descrição, quanto da valoração, sendo porém diferente de ambas.”⁷⁵⁶ Para Dworkin, assim, a interpretação jurídica não é distinta da interpretação literária por exemplo, pois, elas compartilham os mesmo aspectos teóricos.

5.3 A hipótese estética

Um dos objetivos precípuos da interpretação literária é demonstrar o sentido ou significado de uma dada obra de arte. Dworkin sugere que o sentido ou significado atribuído a uma obra de arte decorre de uma interpretação que tente “mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte.”⁷⁵⁷ Uma interpretação desse tipo não leva, é bom que se diga, à criação de um objeto novo, ela continua sendo uma interpretação. Para que ela se mantenha como tal é necessário que em um estágio pré-interpretativo ela consiga identificar, ainda que de forma grosseira, qual é o objeto da interpretação. Na arte literária o objeto da interpretação é dado pelo seu texto canônico. “O texto estipula uma restrição severa em nome da identidade: todas as palavras devem ser levadas em consideração e nenhuma pode ser mudada a fim de torná-lo uma obra de arte melhor.”⁷⁵⁸ O intérprete deve assim cuidar para que sua interpretação leve em consideração o texto canônico e uma interpretação que “trate grande parte do texto como irrelevante, ou boa parte dos incidentes como acidentais, ou boa parte do tropo ou estilo como desarticulado”⁷⁵⁹ não será, por isso mesmo, uma boa interpretação. Assim, mesmo que o intérprete julgue o drama como um gênero superior à comédia romântica adolescente, se ele tentar tomar um filme que comumente se entende como pertencendo a esse último gênero e tentar interpretá-lo como se fosse um espécime do outro, ele – para ter sucesso em sua empreitada – teria que desconsiderar partes relevantes da película e, quase certamente, acabaria ao final com uma obra de arte menos valiosa. Uma comédia ruim continua funcionando melhor como uma comédia do que como um drama.

⁷⁵⁵ DWORKIN. 2001. p. 226. “*both the product of and the inspiration for comprehensive interpretation of legal practice.*”

⁷⁵⁶ DWORKIN. 2001a. p. 219.

⁷⁵⁷ DWORKIN. 2001a. p. 222.

⁷⁵⁸ DWORKIN. 2001a. p. 223.

⁷⁵⁹ DWORKIN. 2001a. p. 223.

A hipótese estética de Dworkin, acima descrita, funciona mesmo para boas interpretações de péssimas obras de arte. Em outras palavras, às vezes, mostrar a forma como um filme deve ser visto de modo a revelá-lo como a melhor obra de arte possível, é ainda assim reconhecer que comparativamente a outras obras de arte, o objeto analisado é péssimo. Por exemplo, uma crítica de um filme em que o roteiro é ruim, o desenvolvimento dos personagens é pobre, a atuação dos atores sofrível, a montagem ininteligível e a direção caótica; que apenas pretende se suportar sobre uma premissa básica tola e uma série de cenas de ação mal coreografadas e explosões sem sentido, deverá interpretá-lo tentando mostrá-lo como a melhor obra de arte possível, isso importa dizer, nesse caso, que, tendo em vista os elementos canônicos do objeto interpretado, a melhor obra de arte possível que ele pode ser é uma muito ruim.⁷⁶⁰ Em outras palavras, a hipótese estética de Dworkin está longe de implicar que *Plano 9 do Espaço Sideral*⁷⁶¹ deve ser visto como *Cidadão Kane*.⁷⁶² Assim, quando Dworkin fala que a interpretação deve revelar o objeto interpretado como o melhor possível, ele quer dizer que a interpretação deve analisar, sob uma concepção coerente do dá valor ao objeto interpretado, o maior número de elementos e aspectos desse objeto. Assim, conforme a hipótese estética, por exemplo, um filme deve ser interpretado, segundo teorias estéticas coerentes, que expliquem aquilo que confere valor a uma obra de arte cinematográfica e quanto mais forte for a relação entre esse objeto – considerado em todos os seus aspectos e elementos – e as normas estéticas propostas por essa teoria, tanto melhor será a consideração crítica desse objeto. Nesse sentido, conforme exposto por Dworkin:

[Q]ualquer um que interpreta uma obra de arte vale-se de convicções de caráter teórico sobre a identidade e outras propriedades formais da arte, assim como de opiniões mais explicitamente normativas sobre o que é bom na arte. *Ambos* os tipos de convicções figuram no julgamento de que uma certa maneira de ler um texto torna-o melhor do que outra. Essas convicções podem ser inarticuladas (ou “tácitas”). Ainda são convicções genuínas (e não meramente “reações”) porque qualquer crítico ou leitor pode perceber a sua força em ação não apenas em um

⁷⁶⁰ DWORKIN. 2011. “*A negative critic takes that process a further step. He argues that he cannot make a success with collaboration. The author has not produced anything that can be interpreted as realizing the kind of value at which he should aim: the speaker has hidden his meaning in garbled syntax, the parliamentary draftsman’s text plainly commands injustice, the poem cannot be rescued from banality. These judgments assume that the interpreter has made the object the best it can be and that, on his lights, that is not good enough.*” (“Um crítico negativo leva esse processo um passo adiante. Ele argumenta que ele não pode ter sucesso com colaboração. O autor não produziu nada que possa ser interpretado como realizando o tipo de valor que ele deveria ter buscado: o falante escondeu seu sentido em uma sintaxe adulterada, o texto parlamentar claramente comanda injustiça, o poema não pode ser resgatado da banalidade. Esses julgamentos assumem que o intérprete tornou o objeto o melhor que ele poderia ser e que, nessa luz, ele não é bom o suficiente.”) p. 137.

⁷⁶¹ PLAN 9 FROM OUTER SPACE. 1959.

⁷⁶² CITIZEN KANE. 1941.

momento isolado da interpretação, mas em todas as ocasiões, e porque figuram na argumentação e são sensíveis a ela.⁷⁶³

A hipótese estética deixa aberta, portanto, a questão de extrema relevância de se saber o que é que dá valor a uma obra de arte. Ela se apresenta, então, como um conceito de interpretação, para o qual, as várias teorias que pretendem afirmar o que é que dá valor ao objeto interpretado, se apresentam como concepções, nos termos acima já discutidos. Esse conceito, em vista da discordância natural entre as pessoas sobre o que é que dá valor a um dado objeto “abandona a esperança de resgatar a objetividade na interpretação”.⁷⁶⁴ Assim, a existência ou validade de certo juízo interpretativo não pode ser “demonstrada”, isto é, “não se pode oferecer nenhum argumento a favor de alguma interpretação que seja, com certeza, do agrado de todos”.⁷⁶⁵ Logo, “se é isso que significa dizer que os juízos estéticos são subjetivos – que não são demonstráveis –, então eles são subjetivos”.⁷⁶⁶

5.4 A intenção do autor

Uma das teorias mais populares a respeito de como uma obra de arte deve ser interpretada é se perguntar da intenção do autor. No filme *Annie Hall*, de Woody Allen, existe uma passagem memorável nesse sentido. O par romântico do filme está parado na fila do cinema tentando ter uma conversa sobre os problemas no seu relacionamento e atrás deles um homem, falando bastante alto, expressa diversas opiniões pedantes a respeito de alguns filmes e diretores. Depois de alguns minutos, ele afirma que um dado diretor lida com a influência da televisão de uma certa maneira. Nesse ponto, a personagem interpretada por Allen perde completamente a paciência, vira-se para a câmara e pergunta o quê que se deve fazer em situações como essa, o outro homem, então, afirma que não está fazendo nada de errado que ele tem direito a expressar suas opiniões e que, além disso, ele é professor universitário e dá aulas a respeito do trabalho do diretor de quem antes ele falava, de modo que a sua opinião sobre o trabalho dele seria bastante válida. A personagem de Allen então puxa para a cena o tal diretor a que se referia o outro homem e esse lhe fala que ele não entende nada do seu

⁷⁶³ DWORKIN. 2001a. pp. 225-226.

⁷⁶⁴ DWORKIN. 2001a. p. 227.

⁷⁶⁵ DWORKIN. 2001a. p. 228.

⁷⁶⁶ DWORKIN. 2001a. p. 228.

trabalho.⁷⁶⁷ Portanto, a interpretação dada pelo homem ao trabalho do diretor não teria valor, uma vez que não coincidiria com a opinião que esse último tem do próprio trabalho.

Isso sugeriria que o valor de uma dada interpretação reside na sua conformidade com as intenções que o próprio artista tem sobre sua obra. Como indica Dworkin, essa concepção de interpretação é compatível com o conceito por ele expresso na hipótese estética e não deve ser tomada, como poderia ser pensado à primeira vista, como um conceito concorrente. Segundo essa concepção, a forma de se ler uma obra de modo a revelá-la como a melhor possível é aquela que seja a mais próxima das intenções do artista para com ela. Dworkin aponta um problema grave nessa concepção. Esse problema reside no fato de que diversos autores já relataram experiências de ver nas obras depois de prontas, algum sentido ou propósito que eles não tinham em mente, quando primeiro a criaram. Desse modo, “um autor é capaz de separar o que escreveu de suas intenções e crenças anteriores, de tratá-lo como um objeto em si. É capaz de chegar a novas conclusões sobre sua obra, fundamentadas em juízos estéticos.”⁷⁶⁸ Assim, entre as intenções do autor está a de “criar algo independente das suas intenções”⁷⁶⁹ ou, em outras palavras, é razoável supor que está entre as intenções do artista criar algo que seja valioso, que transcenda apenas as suas próprias intenções subjetivas. No entanto, se esse último propósito do autor for contado como relevante, então, a concepção da intenção do autor não acrescenta nada de novo à hipótese estética.

5.5 O romance em cadeia

O que se infere de tudo isso é que tal qual a crítica, o ato criativo é ao mesmo tempo interpretativo também. “O artista não pode criar nada sem interpretar enquanto cria; como pretende criar arte, deve pelo menos possuir uma teoria tácita de por que aquilo que produz é arte e por que é uma obra de arte melhor graças a este, e não aquele golpe de pincel, da pena ou cinzel.”⁷⁷⁰ Ademais, durante o processo criativo ele continua reinterpretando o que já foi feito de modo a dar a melhor continuidade possível. “Contudo, há uma diferença entre interpretar quando se cria e criar quando se interpreta e, portanto, uma diferença reconhecível

⁷⁶⁷ ALLEN & BRICKMAN, 1977.

⁷⁶⁸ DWORKIN, 2001a, p. 234.

⁷⁶⁹ DWORKIN, 2001a, p. 234.

⁷⁷⁰ DWORKIN, 2001a, p. 235.

entre o artista e o crítico.”⁷⁷¹ Ocorre, no entanto, que nem sempre essa diferença é tão nítida e, em certas circunstâncias, ela pode desmoronar completamente. É dentro desse contexto que surge a primeira das metáforas utilizadas por Dworkin para explicar o modelo que a integridade sugere para a solução de casos difíceis.

O autor supõe que algumas pessoas se reuniram e decidiram escrever um romance em cadeia. Nessa hipótese, haveria um sorteio e seria escolhida uma ordem entre as pessoas envolvidas, cada uma então, nessa ordem dada, ficaria responsável por escrever um capítulo desse romance. É importante que elas tomem o empreendimento a sério e de boa-fé pelo que ele é: a tentativa de concepção de um único romance; elas têm que se esforçar no sentido de que tal romance possa ser visto como contendo uma linha narrativa e estilística coerente, de modo que alguém estranho ao grupo possa lê-lo e tomá-lo como se ele fosse produto de um único autor. Nesse empreendimento “cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então.”⁷⁷² Nas palavras do autor:

Cada romancista tem por objetivo fazer o melhor romance com o material que lhe é dado, o que ele acrescenta e ele e (tanto quanto ele pode controlar isso) o que seus sucessores vão querer ou poderão adicionar a ele. Ele deve tentar torná-lo o melhor romance que possa ser tido como o trabalho de um único ao autor e não, como é de fato, o produto de diferentes mãos.⁷⁷³

Esse tipo de realização é muito mais comum do que se poderia pensar, com efeito, quase todas as séries de televisão são escritas por autores diferentes, esforçando-se, no entanto, algumas vezes com bastante sucesso, para manter a coerência narrativa e estilística. Alguém que receba o romance já com alguns capítulos prontos deverá analisá-lo e criticá-lo, de modo a encontrar os temas dominantes, os arcos narrativos, o estilo utilizado, a essência das personagens, e outras marcas que serão importantes para que ele possa continuar o romance. Assim, após todo esse trabalho, ele resolve que está pronto para escrever um novo capítulo. Esse novo acréscimo será julgado segundo as já familiares dimensões em que uma interpretação tem que suceder. Isto é: em um primeiro momento deve-se analisar se esse novo capítulo é adequado aos anteriores. Ele deve dar sequência a temas importantes da narrativa,

⁷⁷¹ DWORKIN. 2001a. p. 235.

⁷⁷² DWORKIN. 2001a. p. 236.

⁷⁷³ DWORKIN. 2001. p. 229. “*Each novelist aims to make a single novel of the material he has been given, what he adds to it, and (so far as he can control this) what his successors will want or be able to add. He must try to make this the best novel it can be construed as the work of a single author, rather than, as is the fact, the product of many different hands.*”

manter o caráter geral das personagens e do arco dramático que elas seguem, escrever de acordo com o estilo narrativo adotado até aquele momento. Não necessariamente o seu novo capítulo será inteiramente coerente com todo o texto. Pode ser que alguma passagem do novo capítulo seja incoerente com algum incidente da narrativa, por exemplo, pode ser que mude a forma de tratamento entre duas personagens secundárias que pareciam ser mais próximas em capítulos anteriores. Tal incoerência pontual pode ser explicada inclusive em nome da própria coerência, tomada de forma mais geral. Pode ser que o fato de duas amigas parecerem ter uma relação próxima em passagens anteriores seja incompatível com as suas ligações com as personagens principais, talvez elas se relacionem com os temas centrais da narrativa de formas distintas o suficiente para não justificar um vínculo mais próximo entre elas. Todavia, deve ser reconhecido que o mérito desse novo capítulo está em parte na possibilidade de ele poder ser tomado como uma continuação razoável do romance e não como o início de um novo.

No entanto, o novo capítulo não deve apenas poder ser visto como uma continuação competente dos anteriores, quem o escreve tem que também tentar escrever o melhor capítulo possível para o romance coletivo. Naturalmente que para escrever o melhor capítulo possível ele tem que levar em conta as restrições impostas pelos capítulos anteriores. Por exemplo, em um romance coletivo cujos autores forem apenas crianças recém-alfabetizadas, caso fosse oferecido à Dostoievski que escrevesse um dos capítulos e ele o fizesse utilizando seu estilo e genialidade costumeiros, provavelmente ele escreveria um capítulo incomparavelmente melhor que os outros. Todavia, nesse caso, por melhor que fosse o texto, ele provavelmente não poderia ser considerado legitimamente como fazendo parte do mesmo romance. Teria que se reconhecer que, não obstante a indiscutível superioridade estética do capítulo escrito pelo autor russo, ele não é o melhor capítulo que poderia ser escrito para aquela obra, pois, ele trataria os temas infantis do romance de uma forma adulta e madura, o que o tornaria incompatível com o resto.

Nesse sentido, para que o novo autor na cadeia possa de fato escrever o melhor capítulo possível, ele terá que primeiro escrever um texto que seja adequado àquele que lhe precede. Do contrário, por melhor que o capítulo seja, considerado independentemente do restante, ele não poderá ser o melhor capítulo para aquele romance. Ademais, deve se ressaltar que as chances de que possam existir dois capítulos realmente diferentes que se adequarão *igualmente* ao texto anterior são praticamente nulas. Desse modo, o julgamento de qual é o melhor capítulo trará embutida inevitavelmente a questão de se saber qual deles é mais adequado aos anteriores. “Então, a distinção entre as duas dimensões é menos crucial ou

profunda do que possa parecer.”⁷⁷⁴ Nesse sentido, não é possível “delinear qualquer distinção rasa entre o estágio no qual o autor em cadeia interpreta o texto que lhe foi dado e o estágio que ele acrescenta seu novo capítulo, guiado pela interpretação que ele fixou.”⁷⁷⁵

No entanto, o novo autor pode chegar à conclusão de que vários direcionamentos poderiam ser dados à história e que eles são, na sua opinião, não obstante o que se disse acima, igualmente, pelo menos de maneira grosseira, adequados aos capítulos anteriormente escritos. Nesse caso, ele deverá julgar, segundo as suas próprias concepções estéticas sobre aquilo que confere valor a um romance, qual dessas continuações possíveis é a melhor. Assim, o julgamento da segunda dimensão é sensível à teoria geral artística mantida por esse autor. Alguém poderia aduzir que não é possível dizer qual é a melhor continuação, que todas aquelas que passaram no teste de adequação, são igualmente boas, não havendo qualquer critério *objetivo* para se decidir entre elas. Dworkin diria que ele não tem qualquer dúvida sobre a completa e total inexistência desse tal “critério objetivo”, mas que, no entanto, ainda assim, caberia ao novo autor julgar aquela que para ele é a melhor entre as opções adequadas existentes, de acordo com as *suas* convicções estéticas substantivas, que por sua vez, devem estar baseadas em uma teoria sobre o que dá valor às obras de arte.

Nós podemos agora apreciar a extensão dos diferentes tipos de julgamento que estão misturados nessa comparação global. Julgamentos sobre coerência e integridade textual, refletindo diferentes valores literários formais, estão ligados com julgamentos estéticos mais substantivos que assumem, eles mesmos, diferentes objetivos literários. No entanto, esses diferentes tipos de julgamento, de cada tipo geral, continuam sendo distintos o bastante para restringir uns aos outros na avaliação global e a possibilidade de disputa, particularmente entre julgamentos textuais e substantivos, que distingue a tarefa de autor em cadeia de outras formas de escrever mais independentemente criativas.⁷⁷⁶

5.6 Casos difíceis como novos capítulos de um romance em cadeia

⁷⁷⁴ DWORKIN. 2001. p. 231. “So the distinction between the two dimensions is less crucial or profound than it might seem.”

⁷⁷⁵ DWORKIN. 2001. p. 232. “draw any flat distinction between the stage at which a chain novelist interprets the text he has been given and the stage at which he adds his own chapter, guided by interpretation he has settled on.”

⁷⁷⁶ DWORKIN. 2001. pp. 231-232. “We can now appreciate the range of different kinds of judgments that are blended in this overall comparison. Judgments about textual coherence and integrity, reflecting different formal literary values, are interwoven with more substantive aesthetic judgments that themselves assume different literary aims. Yet these various kinds of judgments, of each general kind, remain distinct enough to check one another in an overall assessment, and it is that possibility of contest, particularly between textual and substantive judgments, that distinguishes a chain novelist’s assignment from more independent creative writing.”

Dworkin afirma que: “Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário.”⁷⁷⁷ O juiz diante de um caso em que a solução não seja imediata deve ler tudo que já foi escrito por outros juízes no passado, e, da mesma forma que o romancista em cadeia, ele deve fazer julgamentos sobre aquele *corpus* tentando definir quais são os temas básicos e linhas condutoras. No Direito isso é equivalente à determinação dos princípios subjacentes às decisões já tomadas pela comunidade. A sua decisão deve, assim, ser tomada de forma compatível com esses princípios, isso é, ela deve poder ser vista como fluindo coerentemente desse mesmo conjunto de princípios. “Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora.”⁷⁷⁸ Para tal, ele tem que utilizar esse modelo, isso é, “uma interpretação plausível da prática jurídica deve, de modo semelhante, passar por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor.”⁷⁷⁹

5.7 O desafio de Hans Kelsen

A primeira dimensão da interpretação é, em certo sentido, uma resposta a um desafio kelseniano. O autor austríaco afirma que há interpretação “em suma, de todas as normas jurídicas, na medida em que hajam de ser aplicadas.”⁷⁸⁰ No entanto, a norma jurídica “não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, maior ou menor, de livre apreciação”.⁷⁸¹ Essa falta de vinculação pode ser intencional, nos casos em que o produtor da norma deseja que seja dada ao aplicador alguma margem de liberdade sobre como e quando aplicá-la; ou então não-intencional, decorrente da natural equivocidade das palavras utilizadas na expressão da norma, isso é, “o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem que aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis.”⁷⁸² Por esses motivos, o “Direito a aplicar forma, em todas essas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de

⁷⁷⁷ DWORKIN. 2001a. p. 237.

⁷⁷⁸ DWORKIN. 2001a. p. 238.

⁷⁷⁹ DWORKIN. 2001a. p. 239.

⁷⁸⁰ KELSEN. 2003. p. 386.

⁷⁸¹ KELSEN. 2003. p. 388.

⁷⁸² KELSEN. 2003. p. 246.

aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura”.⁷⁸³ Logo, “a interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada.”⁷⁸⁴

A primeira dimensão da interpretação é inegavelmente, ainda que de maneira bastante mais complexa e apoiada sobre outras bases, um método que torna possível demonstrar quais são as interpretações que estão “dentro da moldura”, ou em outros termos, quais são as interpretações que são possíveis. Nesse sentido, Dworkin afirma que: “Deve ser evidente, porém, que a teoria de ajuste de qualquer juiz muitas vezes não conseguirá produzir uma interpretação única.”⁷⁸⁵ Quando isso acontece, quando é possível encontrar mais de uma interpretação adequada à história política da comunidade, então ter-se-á algumas decisões possíveis “dentro da moldura”. Então, “a teoria política substantiva (como considerações substantivas acerca do mérito artístico) desempenharão um papel decisivo.”⁷⁸⁶

Naturalmente que para o pai da *Teoria Pura do Direito* a segunda dimensão não tem qualquer lugar, não podendo ser propriamente vista como jurídica, mas no máximo como política judiciária. Todavia, dentro do que é possível separar uma dimensão da outra, a dimensão da adequação dá margem para que possam haver várias interpretações igualmente adequadas. Nas palavras de Dworkin: “Assim como duas leituras de um poema podem encontrar apoio suficiente no texto para demonstrar sua unidade e coerência, dois princípios podem, cada um, encontrar apoio suficiente nas várias decisões do passado para satisfazer qualquer teoria plausível de adequação.”⁷⁸⁷ Em outras palavras, se mais de uma decisão passar no teste da primeira dimensão, o julgador deve partir para a segunda e lá decidir qual entre elas é aquela que melhor justifica e dá valor a essa história.

É claro, ainda, que em Kelsen a questão da determinação da moldura está mais ligada à determinação dos sentidos “que estão compreendidos na fórmula verbal por eles [os criadores da norma] escolhida”,⁷⁸⁸ e não à tentativa de interpretação de qualquer história passada, como se dá em Dworkin. Ainda assim, é indubitável que a dimensão da adequação leva justamente à tentativa de escolha das interpretações que são adequadas ao texto, isto é, que estão “dentro da moldura”. A grande diferença aqui é que se o austríaco, por um lado, pensa que mesmo a determinação da moldura é irrelevante para fins da aplicação da lei, uma

⁷⁸³ KELSEN. 2003. p. 390.

⁷⁸⁴ KELSEN. 2003. p. 391.

⁷⁸⁵ DWORKIN. 2001a. p. 241.

⁷⁸⁶ DWORKIN. 2001a. p. 241.

⁷⁸⁷ DWORKIN. 2001a. p. 241. No *Império do Direito* Dworkin expressa esse ponto novamente, afirmando sobre a dimensão de *fit* que: “*More than one interpretation may survive even this relaxed test.*” (“Mais de uma interpretação pode sobreviver até a esse teste mais brando.”) (2001, p. 237).

⁷⁸⁸ KELSEN. 2001. p. 396.

vez que o órgão aplicador “pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”;⁷⁸⁹ por outro, Dworkin entende que a primeira dimensão do processo interpretativo é de extrema relevância, dado que ela elege as interpretações que se qualificam como candidatas à melhor interpretação.

Como aponta Kelsen, a decisão não é meramente um ato intelectual, mas também de vontade. Isso não é, necessariamente, um problema. Quando o exercício dessa vontade é feito em consideração com a primeira dimensão da interpretação e respeitando o preceito básico da integridade – de que todos os cidadãos devem ser tratados com igual consideração, segundo alguma concepção coerente do que isso significa – e exercido no sentido da segunda dimensão, com o objetivo de escolher de inteira boa-fé entre aquelas decisões *prima facie* adequadas aquela que tem maior valor político, então ele é não só inevitável, como, também, bem vindo. Por outro lado, quando o exercício dessa vontade judicial é feito em desconformidade com esses parâmetros mínimos, ele redundará apenas na utilização ilegítima do Poder e, destarte, torna-se difícil falar propriamente de Direito.

5.8 Dois alertas adicionais

O modelo de decisão proposto pela integridade pede aos juízes, assim, que escolham a melhor decisão possível, segundo suas próprias concepções e teorias políticas substanciais, dentre aquelas decisões que são *prima facie* adequadas à história política da comunidade. É importante notar duas questões que já foram colocadas acima.

Primeiro, mesmo que várias decisões sejam adequadas à história da comunidade, elas não serão adequadas em um mesmo grau, quer dizer, conquanto todas tenham passado no teste básico, algumas serão mais adequadas que outras. Isso é importante porque a

⁷⁸⁹ KELSEN. 2001. Isso redundará, em última instância, que Kelsen escreveu um livro brilhante e genial sobre nada, sobre um sistema lógico e ideal que não tem qualquer aplicação prática. Do que serve uma teoria sobre o Direito que postule que na sua aplicação o órgão pode lhe dar a interpretação que quiser, mesmo uma que não esteja sequer dentro dos seus sentidos linguísticos possíveis dos dispositivos que lhes servem como base? Isso não é Direito, mas puro poder e arbitrariedade. Assim, que sentido faz dizer que as normas de escalão inferior só podem ser criadas em acordo com aquelas de escalão superior, se a determinação de sentido dessa norma de escalão superior é um mero ato de poder? As normas então não são nada e mesmo aquelas paradigmáticas não valem nada. Assim, se é possível dar qualquer sentido a uma disposição normativa, poder-se-ia, por exemplo, interpretar uma norma segundo a qual “Compete ao Congresso Nacional aprovar as emendas constitucionais” como sendo: “Compete ao Presidente da República emendar a Constituição conforme deseje”; ou ainda como “Maria deve ir para a casa às 19:00 e dançar balé com seu urso de pelúcia azul no jardim da vizinha”, e qualquer que fosse a escolha do órgão aplicador ela seria válida, pois, afinal, ele é competente segundo a “interpretação” de outra norma para tal. O Direito perderia então o seu sentido de ser.

determinação da melhor decisão na segunda dimensão deve levar em conta, inclusive, que algumas decisões podem ser mais adequadas que outras e uma decisão que tenha essa qualidade será, por isso mesmo, uma decisão melhor que as outras *prima facie*. É lógico que considerações políticas independentes, pertinentes à segunda dimensão, podem levar o julgador a escolher uma decisão que, dentre aquelas que foram consideradas *prima facie* adequadas, é, no entanto, menos adequada que outra. O que se pretende demonstrar aqui é apenas que o processo interpretativo é um só. Não se trata de dois momentos estanques, mas de dois momentos inter-relacionados, nos quais os julgamentos formais feitos na primeira dimensão continuam importantes e influenciam a escolha final de qual é a melhor decisão. Dworkin lembra que: “Os juízes não decidem casos difíceis em duas etapas, avaliando, em um primeiro momento os limites das restrições institucionais, para só então deixar os livros de lado e resolver as coisas a seu próprio modo.”⁷⁹⁰

Segundo, quando se diz que na segunda dimensão o julgador deve levar em consideração suas concepções substantivas, isso não exclui a apreciação de princípios formais. Princípios decorrentes do *fairness* e do devido processo também têm lugar aqui. Assim, dado que duas decisões tenham passado no teste da primeira dimensão, a escolha da melhor deve também levar em consideração concepções a respeito da importância de se respeitar as decisões de órgãos representativos da comunidade, como o Parlamento; bem como de questões procedimentais. As concepções formais ligadas à primeira dimensão são aquelas pertinentes à integridade, isso é, à noção de que novas decisões devem poder ser vistas como fluindo dos mesmos princípios que informaram decisões passadas. Porém, dado que duas decisões foram tomadas como continuções competentes dessa história, a decisão de qual é a melhor se dá não apenas em vista daquela que melhor distribui os recursos da comunidade, mas também daquela que melhor respeita as escolhas feitas pelos seus órgãos representativos e os procedimentos certos para o exercício dos direitos e para a cobrança dos deveres.

5.9 A dimensão judiciária do caráter deontológico da integridade

⁷⁹⁰ DWORKIN. 2002. p. 136.

Esse modelo teórico assume um ponto deontológico importante: todo julgador quando vai decidir um caso tem o dever de tomar a melhor decisão possível. Um juiz, não um imaginário ou hipotético, mas um juiz de verdade que afirme que não tem esse objetivo está obviamente na carreira errada e, ademais, no Brasil, ele estaria descumprindo seu dever legal básico como magistrado, nos termos do art. 35, I, da Lei Complementar n. 35/79.⁷⁹¹ Naturalmente que uma série de restrições práticas mina esse objetivo, de modo que, na maior parte das vezes, as decisões não são as melhores, o que não quer dizer que o magistrado não se esforce dentro do que é possível para atingir esse fim. Até porque a integridade não assume que as decisões dadas pelos juízes de verdade são sempre as melhores possíveis, mas apenas que elas devem ser, ou seja, que existe um dever nesse sentido e que ele é reconhecido pelos magistrados de um modo geral. Nenhum juiz competente pretende dar uma decisão ruim ou não se importa se alguma decisão for ruim. Juízes assim, sem dúvida, existem, mas eles estão descumprindo um dever que lhes é inerente e deveriam ser penalizados por isso.

A integridade, assim, propõe um modelo para que o julgador possa cumprir esse dever. Segundo esse modelo, a melhor decisão possível deve ser fruto dos princípios formais da primeira dimensão e dos princípios formais e substanciais da segunda. Esse modelo poderia falhar de duas maneiras. A primeira é se, de fato, restrições internas do sujeito que interpreta não puderem ser tidas, de maneira correta, como restrições eficazes. Esse modo de pensar levaria à conclusão de que apenas barreiras externas ao sujeito podem ser consideradas como verdadeiras.

A questão aqui é teoricamente complexa. Muito mais complexa do que se poderia esperar a uma primeira vista. Dworkin, em uma linguagem incomum em sua obra, responde a ela dizendo que essas restrições conquanto “subjetivas” são, não obstante, “fenomenologicamente genuínas”.⁷⁹² O que ele quer dizer é que a observação do fenômeno da interpretação, tal qual ele próprio pode ser interpretado, demonstra que noções normativas formais relativas à integridade do texto interpretado servem como restrições às aspirações mais substantivas incorporadas na própria interpretação. Ninguém pode dizer com competência que está interpretando algum objeto sem assumir que a forma objeto é representado – no sentido kantiano – é uma restrição efetiva ao seu empreendimento. As próprias reflexões kelsenianas sobre a interpretação demonstram a dificuldade de se encontrar

⁷⁹¹ DWORKIN. 2011. “*a judge who sends someone to jail on an interpretation of the law he believes no better than, but only different from, rival interpretation should be jailed himself.*” (“um juiz que manda alguém para a cadeia em uma interpretação da lei que ele acredita que não seja melhor que, mas apenas diferente de, interpretações rivais deveria ser encarcerar ele mesmo.”) p. 151.

⁷⁹² DWORKIN. 2001. p. 235. “*phenomenologically genuine*”.

barreiras externas para o empreendimento da interpretação. Isso não quer dizer que essas barreiras são subjetivas no mesmo sentido que alguém gosta mais de sorvete de baunilha do que de chocolate. Elas são, assim, fenômenos distintos do sujeito que interpreta, conquanto internos a ele. O desenvolvimento da presente hipótese deve passar necessariamente pelos fundamentos da filosofia heideggeriana,⁷⁹³ principalmente pela noção de verdade como desvelamentos desenvolvida por esse autor e pelos posteriores desenvolvimentos de Gadamer⁷⁹⁴ sobre o assunto, notadamente a possibilidade, e a sua natureza, de um controle metodológico da hermenêutica.⁷⁹⁵ Independentemente desses meandros teóricos, o importante aqui é apenas notar que para Dworkin é de todo irrelevante se as restrições que esses princípios formais da integridade impõem à interpretação são objetivas ou subjetivas. Na verdade, ao menos quanto a essa questão, a distinção entre objetivo e subjetivo, no plano moral, sequer parece fazer muito sentido para ele.⁷⁹⁶ Assim, dizer que as restrições da integridade são “subjetivas” não prova – nem tem esse objetivo – que elas não existem, mas apenas sugere que não se pode dar muito valor a elas, uma vez que, segundo essa concepção, as únicas barreiras que mereceriam crédito são aquelas “objetivas”; o que quer que isso possa significar em termos morais.

⁷⁹³ HEIDEGGER. 2007. PEDRON. 2008. “Cabe destacar, desde já, que, diferentemente de Alexy, Dworkin desenvolve sua teoria levando em conta o giro hermenêutico empreendido por Heidegger e Gadamer”. p. 243.

⁷⁹⁴ GADAMER. 1999.

⁷⁹⁵ A *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (MALPAS, 2009) nota a relação entre Dworkin e Gadamer: “Although he identified connections between his own work and English-speaking ‘analytic’ thought (mainly via the later Wittgenstein, but also Donald Davidson), and has sometimes seen his ideas taken up by thinkers such as Ronald Dworkin, John McDowell, and especially Richard Rorty, Gadamer is perhaps less well known, and certainly less well-appreciated, in philosophical circles outside Europe than are some of his near-contemporaries.” (“Ainda que ele tenha identificado conexões entre o seu trabalho e o pensamento analítico de língua inglesa (principalmente por meio do Wittgenstein tardio, mas também de Donald Davidson) e tenha algumas vezes visto suas ideias assumidas por pensadores como Ronald Dworkin, John McDowell e, especialmente, Richard Rorty, Gadamer é talvez menos conhecido, e certamente menos admirado, em círculos filosóficos fora da Europa que outros de seus quase-contemporâneos.”) A relação entre Gadamer e Heidegger também é enfatizada: “It is hermeneutics, in this Heideggerian and phenomenological sense, that is taken up in Gadamer’s work, and that leads him, in conjunction with certain other insights from Heidegger’s later thinking, as well as the ideas of dialogue and practical wisdom, to elaborate a philosophical hermeneutics that provides an account of the nature of understanding in its universality (where this refers both to the ontologically fundamental character of the hermeneutical situation and the all-encompassing nature of hermeneutic practice) and, in the process, to develop a response to the earlier hermeneutic tradition’s preoccupation with the problem of interpretive method. In these respects, Gadamer’s work, in conjunction with that of Heidegger, represents a radical reworking of the idea of hermeneutics that constitutes a break with the preceding hermeneutical tradition, and yet also reflects back on that tradition.” (É hermenêutica, nesse sentido heideggeriano e fenomenológico, que é assumida no trabalho de Gadamer e que o leva, em conjunto com algumas outras ideias do pensamento tardio de Heidegger, bem como a ideia de diálogo e sabedoria prática, a elaborar uma hermenêutica filosófica que fornece um entendimento da natureza do entendimento em sua universalidade (quando isso se refere tanto ao caráter ontológico fundamental da situação da hermenêutica quanto da toda abrangente natureza da prática hermenêutica) e, no processo, desenvolve uma resposta a preocupações da antiga tradição hermenêutica com o problema do método de interpretação. Nesse particular, o trabalho de Gadamer, em conjunção com aquele de Heidegger, representa uma radical reformulação da ideia de hermenêutica que constitui uma quebra com a tradição hermenêutica precedente mas, ao mesmo tempo, reflete sobre essa tradição.”)

⁷⁹⁶ DWORKIN. 1996.

A segunda objeção é a de que, mesmo que se reconheça algum valor às constrações decorrentes dessas concepções formais ligadas à integridade, elas não são suficientemente distintas de outras concepções mais substantivas mantidas pelo intérprete. Desse modo, elas não podem agir adequadamente como barreiras efetivas a essas concepções substantivas. Isso porque pode ser que as convicções formais do intérprete estejam “na verdade, ligadas a outras mais substantivas e sejam por elas dirigidas.”⁷⁹⁷ Nesse caso, complementa Dworkin:

Sempre que você preferir uma leitura de algum texto em bases substantivas, as suas convicções formais se ajustam para endossá-la como uma leitura decente do texto. Você pode, é claro, estar apenas fingindo que é assim, e, nesse caso, você estará agindo de má-fé. Mas esse ajuste pode ser inconsciente e nesse caso você acha que você sofre a restrição, mas, no sentido que importa, na verdade isso não acontece. Se as convicções de um intérprete de fato constroem umas às outras, como elas devem se ele está mesmo interpretando, depende da complexidade e da estrutura da sua opinião pertinente como um todo.⁷⁹⁸

Alguns pontos devem aqui ser notados. Primeiro, o intérprete deve estar de boa fé. Esse é um pressuposto básico de qualquer interpretação. Segundo, a sua interpretação deve ser externada, por meio de uma expressão comunicativa racionalmente organizada. Uma interpretação desarticulada é, por isso mesmo, uma interpretação pobre. No caso contrário, é possível, por meio dos argumentos utilizados pelo intérprete para justificar sua interpretação do texto, avaliar até que ponto ela é adequada ao objeto interpretado. Assim, uma interpretação que afirme que *Othelo*⁷⁹⁹ é uma metáfora sobre a exploração espanhola da América caribenha não será aceitável se for dito apenas que é assim porque o intérprete *quer* que seja assim. Como apontado por Kelsen,⁸⁰⁰ a interpretação jurídica não é apenas um ato intelectual, mas, também, um ato de vontade. No entanto, uma interpretação de uma norma jurídica deve ser julgada em face dos argumentos expedidos para justificá-la. Desse modo, uma interpretação jurídica que não tenha uma justificativa adequada ou bem articulada, salvo quando puder ser vista como fruto dos paradigmas mantidos pela comunidade, não poderá ser tida propriamente como um ato jurídico, mas como mero ato de poder. De fato, podem ser encontrados no Judiciário exemplos tanto de interpretações que conquanto pobremente justificadas, em si, mostram-se como legítimas em vista do seu apoio, por exemplo, em

⁷⁹⁷ DWORKIN. 2001. p. 237. “*actually soldered to and driven by more substantive ones.*”

⁷⁹⁸ DWORKIN. 2001. p. 237. “*Whenever you prefer a reading of some text on substantive ground, your formal convictions automatically adjust to endorse it as a decent reading of that text. You might, of course, only be pretending that this is so, in which case you are acting in bad faith. But the adjustment may be unconscious, in which case you think you are constrained but, in the sense that matters, you actually are not. Whether any interpreter’s conviction actually check one another, as they must if he is genuinely interpreting at all, depends on the complexity and structure of his pertinent opinions as whole.*”

⁷⁹⁹ SHAKESPEARE. 1977.

⁸⁰⁰ KELSEN. 2003.

jurisprudência solidificada; como interpretações que em vista da sua justificativa pobre e pouco articulada, mostram-se como utilizações ilegítimas da violência estatal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da procedência da alegação de vício de acórdãos dados por Cortes Ordinárias por violação da ampla defesa em vista de não terem sido acolhidos embargos de declaração para sanar eventual omissão é representativa da tese de que a pobreza da justificativa de uma dada interpretação é suficiente se apoiada nos paradigmas do dia, por exemplo, em uma linha de precedentes já pacífica.⁸⁰¹ Em outras palavras, uma dada decisão não existe por si, diferenciada do corpo jurisprudencial em que está inserida e, mesmo a par do art. 93, IX, da CRFB/88, não há qualquer vedação em que a justificativa para adoção de uma decisão se limite a apontar que a questão já tem solução definida dentro do ordenamento. Assim, independentemente do juízo de valor, da mesma forma que a autoridade de trânsito não precisa fazer uma longa interpretação das regras trânsito para multar alguém, um Tribunal não tem que fazer – ou reproduzir – longas argumentações já feitas em outras searas, para decidir casos substancialmente iguais. A existência da regra ou da linha jurisprudencial costuma ser base suficiente para a definição do julgamento. Nesses casos, a primeira dimensão da interpretação é suficiente para definir a decisão cabível, isso é, apenas uma decisão passa no teste da adequabilidade, nesse caso, se está diante de um caso fácil.⁸⁰² Por outro lado, a pobre e inarticulada argumentação da Corte relativa à não extensão do precedente fixado no MS n. 24.875/DF,⁸⁰³ já tratado acima, referente ao teto constitucional (art. 37, XI, CRFB/88), a outros casos que não aqueles dos ex-Ministros do Supremo Tribunal Federal é exemplo de ato ilegítimo. Isso acontece quando a decisão adotada for inconsistente em princípio com outras já tomadas pelo mesmo órgão julgador e não for oferecida qualquer justificativa plausível e articulada sobre o porquê desse tratamento desigual. Cumpre notar que não se está dizendo que a posição do Min. Sepúlveda Pertence no MS n. 24.875/DF⁸⁰⁴ não tenha sido articulada e racional. O ponto aqui não é esse, mas sim, que as razões por ele expedidas depois não lograram êxito em serem aplicadas em

⁸⁰¹ Por exemplo: STF, RE n. 599.366/RN, Min. Carmen Lúcia, decisão monocrática, DJ 05/10/2009: “Cumpram anotar, inicialmente, que não prospera a alegação de nulidade do acórdão por falta de fundamentação. O Tribunal *a quo* apreciou as questões suscitadas, fundamentando-as de modo suficiente a demonstrar as razões objetivas do convencimento do julgador. A prestação jurisdicional foi concedida nos termos da legislação vigente, apesar de ter sido a conclusão contrária aos interesses do Recorrente. 6. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que o benefício previdenciário de pensão por morte será regido pela lei vigente à data do óbito de seu instituidor.” s/p.

⁸⁰² DWORKIN. 2001a. “Deve ser evidente, porém, que a teoria de ajuste de qualquer juiz muitas vezes não conseguirá produzir uma interpretação única. (A distinção entre casos controversos e fáceis no Direito talvez seja justamente a distinção entre casos em que se consegue isso e casos em que não se consegue.)” p. 241.

⁸⁰³ STF, MS n. 24.875/DF, Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 06/10/2006.

⁸⁰⁴ STF, MS n. 24.875/DF, Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 06/10/2006.

outros casos, sem que, no entanto, a Corte houvesse dado um motivo – que flua da integridade – para isso ou julgado o caso como um equívoco. A inconsistência apontada deve resultar na ilegitimidade de uma das duas interpretações concorrentes, pois, mesmo que eventualmente se consiga demonstrar que elas passam no teste da primeira dimensão, uma delas, necessariamente, teria que falhar na segunda dimensão. Salvo se fosse tal a confusão e a inconsistência principiológica do ordenamento jurídico pátrio que nenhuma interpretação pudesse ser considerada como fluindo dele ou como honrando em maior grau os princípios a ele subjacentes. Desse modo, as duas objeções discutidas e essa última sugerida nas linhas acima, levam, então, a presente dissertação ao longo debate feito por Dworkin a respeito do ceticismo.

5.10 O ceticismo interpretativo

Dworkin explica que existem dois tipos básicos de ceticismo moral, que ele chama respectivamente de interno e externo.⁸⁰⁵ O ceticismo externo pressupõe que proposições morais não podem ser objeto de verificação quanto à sua verdade. O ceticismo interno julga que proposições morais podem ser verificadas quanto à sua verdade, mas que em geral, ou em algumas áreas específicas, a proposição moral à qual se deve atribuir a qualidade de verdadeira é a de que “Não pode haver nenhuma resposta para questões morais.”

5.10.1 O ceticismo externo

O ceticismo externo pede que seja oferecida uma explicação não moral para estabelecer a verdade das proposições morais. Da mesma forma que proposições científicas podem ser checadas por meio de experiências que as comprovam, as proposições morais também teriam que ter um teste desse tipo para que se pudesse julgar que fossem verdadeiras.

⁸⁰⁵ DWORKIN. 2011. O autor ainda diferencia “*status extern skepticism*” e “*error extern skepticism*”. O primeiro grupo afirma que os julgamentos morais não são *descrições* de nada, isso é, eles negam a existência de fatos morais dos quais essas proposições pudessem ser descrições. O segundo grupo afirma que os julgamentos morais são falsos, que eles não se relacionam com a realidade de qualquer maneira. A divisão é, no entanto, irrelevante no contexto da presente dissertação.

Desse modo, o ceticismo externo exige para que seja uma proposição moral fosse reconhecida como verdadeira que fosse apresentado um fundamento que Dworkin⁸⁰⁶ chama de arquimediano, em homenagem ao grande matemático da antiguidade Arquimedes de Siracusa, que certa vez teria dito que se lhe fosse dado um ponto de apoio ele moveria o mundo. O fundamento arquimediano seria como o ponto de apoio de Arquimedes, algo que está fora do mundo. Assim, a verdade de proposições morais dependeria de teorias antropológicas, psicológicas, metafísicas ou de qualquer outro tipo não moral ou ainda de demonstrações empíricas. Na ausência desses contributos teóricos ou empíricos, algo que demonstre que da mesma forma que $2+2=4$, “Torturar um bebê apenas por diversão é errado” é uma proposição moralmente verdadeira, apenas se poderia concluir que não se pode atribuir à segunda proposição o caráter de verdade. Assim, nenhuma proposição moral poderia ser verdadeira.

Como aponta Dworkin, o ceticismo externo não apresenta um problema sério para a integridade.⁸⁰⁷ Isso porque o ceticismo externo não nega que as pessoas possam ter convicções morais e agir da maneira mais apaixonada possível para defendê-las. Assim, um cético externo pode dizer que, não obstante, suas posições morais não poderem ser verdadeiras ou falsas de um ponto de vista arquimédico, ainda assim ele estaria disposto até a morrer por elas. Em outras palavras, ele dividiria seu pensamento moral em duas instâncias.⁸⁰⁸

A primeira seria a de proposições morais propriamente ditas e a segunda de proposições sobre a moral. Assim, quando alguém diz: “De fato, em outras épocas e em outros lugares se considerava como certo que as mulheres deveriam se subjugar aos homens, de modo que não é possível dizer que a posição contrária é objetivamente equivocada, quer dizer, esse juízo depende das circunstâncias a que está submetida a pessoa, seja em termos históricos, seja em termos geográficos, de modo que seria tolo pensar que qualquer das posições fosse certa ou errada. Todavia, nas circunstâncias atuais e locais, é minha opinião que é errado moralmente forçar as mulheres a aceitar as decisões que seus pais ou seus maridos tomam por elas, e, desse modo, dever-se-ia envidar todos os esforços para que isso deixe de existir.” O primeiro conjunto de proposições acima, o de que as proposições morais não podem ser verdadeiras ou falsas, é uma proposição sobre a moral e, nesse sentido, de segunda instância ou ordem; o segundo – a parte que expressa uma opinião – é uma proposição ou conjunto de proposições propriamente morais e, nesse sentido, de primeira instância ou ordem. Assim, o ceticismo externo não nega que as pessoas possam ter posições

⁸⁰⁶ DWORKIN. 1996.

⁸⁰⁷ DWORKIN. 2001.

⁸⁰⁸ DWORKIN. 2011.

morais, nem nega que elas possam defendê-las caso assim desejem. Desse modo, basta desconsiderar as proposições meta-morais ou de segunda ordem, que, em verdade, nada acrescentam e se concentram naquelas substantivamente morais, ou de primeira ordem.

Seria o mesmo que dizer sobre uma proposição empírica que: “Dado que meus sentidos podem ser inteiramente incompetentes para a percepção da realidade e minha razão um instrumento inábil para interpretá-la corretamente e que as experiências que podem ser feitas talvez não sejam suficientes para demonstrar algo sobre a realidade, de modo que qualquer coisa que eu diga sobre ela, pode, de fato, não ser verdade, ainda assim, eu observo que todas as vezes que eu solto um objeto no ar, ele cai.”

Assim, da mesma forma que as pessoas discutem as causas de um objeto ter caído, elas discutem os motivos porque alguma ação é condenável moralmente. O fato de não poder ser produzida nenhuma prova a respeito da existência da própria realidade e da capacidade dos sentidos, da razão e das experiências, ou que a prova a respeito delas se dá, ela mesmo, em termos científicos, portanto, internamente ao empreendimento intelectual em que essas proposições estão inseridas, não impede que as pessoas discutam e defendam animadamente teorias científicas. A verdade das meta-proposições acima enunciadas pode ser vista, assim, como um mero acessório das discussões mais substantivas travadas entre as proposições de primeira instância. Portanto, o ceticismo externo não nega que alguém possa ter sucesso em determinar que certas decisões em um caso concreto são adequadas à história política de uma comunidade e que dentre essas se possa selecionar aquela que honre os princípios da comunidade da melhor maneira, mas apenas que se deve considerar que, de um ponto de vista “objetivo” ou “arquimédico”, não há como defender a verdade das proposições em que se apoia o raciocínio. A integridade, no entanto, não exige que as decisões que nela se apoiam demonstrem isso.

5.10.2 O ceticismo interno

Mais relevante é o desafio lançado pelo ceticismo interno. Depois de se formar, Dworkin trabalhou como assistente de um dos juizes mais célebres nos Estados Unidos, chamado Learned Hand.⁸⁰⁹ Ele foi, junto com o *Justice* Oliver Wendel Holmes,

⁸⁰⁹ DWORGIN. 2006.

profundamente influenciado por James Bradley Thayer, professor da Universidade de Harvard, que desconfiava profundamente do poder de o Judiciário declarar atos do Legislativo inconstitucionais. No final do século XIX, esse professor escreveu que:

Essa regra reconhece que, levando em consideração a grande, complexa, e sempre novas exigências de governo, muito do que pode parecer inconstitucional para um homem, ou corpo de homens, pode razoavelmente não parecer para outro, que a Constituição em várias oportunidades admite diferentes interpretações; que existe um espectro de escolha e julgamento; que nesses casos a Constituição não impõe à legislatura alguma opinião específica, mas deixa aberto esse espectro de escolha; e qualquer escolha racional é constitucional. O sentido e efeito dela, em resumo e de forma muito clara demonstrada por uma observação feita pelo Juiz Cooley, para o efeito que alguém que é um membro de uma legislatura pode votar contra alguma medida como sendo, em seu julgamento, inconstitucional; e sendo, posteriormente colocado em uma Corte, quando essa medida, tendo sido aprovada pela legislatura apesar da sua oposição, venha perante ele judicialmente, ele deverá ver como seu dever, ainda que ele não tenha mudado em nada a sua opinião, declará-la constitucional.⁸¹⁰

Desse modo, defendia Learned Hand um ceticismo moral interno. Segundo ele: “O espírito da liberdade, é o espírito que não tem muita certeza de estar com a razão.”⁸¹¹ Ele pensava que as questões jurídicas e morais, eram por vezes, por demais intrincadas para que alguém pudesse realmente ter confiança nas próprias opiniões. Assim, alguém que adotasse esse tipo de ceticismo poderia colocar obstáculos às duas dimensões interpretativas esposadas pela integridade. Poderia ser que a história jurídica de uma comunidade fosse tão complicada, povoada por princípios tão contraditórios e irreconciliáveis que seria difícil – senão de todo impossível – dizer que alguma ou algumas decisões poderiam ser tidas como mais adequadas que outras à história da comunidade. Ademais, continuaria o cético, mesmo que se possa julgar algumas como mais adequadas, ainda assim não haveria como dizer que alguma delas pudesse honrar melhor os princípios da comunidade que outras.

As opiniões defendidas por um cético desse tipo são elas mesmas morais. Elas não são, desse modo, baseadas em proposições sobre a moral ou sobre o Direito – conforme for o caso – mas são, elas mesmas proposições morais ou jurídicas. Alguém que defendesse um

⁸¹⁰ THAYER. 1893. p. 18. “*This rule recognizes that, having regard to the great, complex, ever-unfolding exigencies of government, much which will seem unconstitutional to one man, or body of men, may reasonably not seem so to another; that the constitution often admits of different interpretations; that there is often a range of choice and judgment; that in such cases the constitution does not impose upon the legislature any one specific opinion, but leaves open this range of choice; and that whatever choice is rational is constitutional. This is the principle which the rule that I have been illustrating affirms and supports. The meaning and effect of it are shortly and very strikingly intimated by a remark of Judge Cooley, to the effect that one who is a member of a legislature may vote against a measure as being, in his judgment, unconstitutional; and, being subsequently placed on the bench, when this measure, having been passed by the legislature in spite of his opposition, comes before him judicially, may there find it his duty, although he has in no degree changed his opinion, to declare it constitutional.*”

⁸¹¹ DWORKIN. 2006. p. 533.

ceticismo interno não poderia assim supor que sua própria opinião sobre o assunto ao qual ele opõe o ceticismo possa ser melhor a de outra pessoa. Ele seria hipócrita se o fizesse. O ceticismo interno leva ao julgamento de que a resposta para correta para as questões morais é a de que não existe resposta correta. Além disso, a conclusão de que a posição por ele adotada é em si mesma moral leva à conclusão de que ela não pode ser adotada por *default*, mas que, por outro lado, ela tem que ser justificada como todas as outras posições morais. Assim, bem como as posições de que *A* é errado ou certo, a posição de que não é possível saber ser *A* é certo ou errado, tem que também que ser justificada.⁸¹² Desse modo, uma pessoa só descobre que não pode existir uma resposta correta depois de efetivamente se esforçar para encontrar uma e não *a priori*.⁸¹³ Dworkin nota que colocado destarte, muito do apelo do ceticismo interno se perde, pois ele deixa de ser uma posição neutra que pode ser adotada *a priori*, para passar a ser ela mesma uma posição substantiva que depende de justificação de modo idêntico às outras posições morais possíveis. Assim, a posição de que certa decisão, ou conjunto de decisões, é compatível com os princípios subjacentes à história política da comunidade e que uma delas honra esses princípios melhor que as outras, concorre em pé de igualdade com a posição de que nenhuma decisão é compatível com os princípios subjacentes à história da comunidade e que, desse modo, nenhuma decisão pode honrar esses princípios melhor do que qualquer outra. Ambas auferem sua verdade da argumentação que as suporta e uma parece, ao menos, ser tão controversa quanto a outra.

5.10.3 O ceticismo interno no Direito

No Direito, o ceticismo interno, inclusive como defendido por Learned Hand, tem uma consequência muito específica. Levando em consideração que algumas escolhas morais ou legais não podem ser consideradas melhores que outras, o Judiciário não deveria se fazer substituir ao Legislativo, salvo quando satisfeito o critério de Thayer acima citado. O primeiro ponto que deve ser observado é que essa é em si uma escolha moral importante. Em outras palavras, ela pressupõe como sendo a resposta correta para uma série de questões jurídicas,

⁸¹² DWORKIN. 2011. “*If you want more – if you want the quietus of an interpretative skepticism – you must argue for it, and your arguments will be just as airy, just as controversial, just as unconvincing to others as the positive arguments that dissatisfy you now.*” (“Se você quer mais – se você quer o quietismo do ceticismo interpretativo – você deve argumentar por ele, e seus argumentos serão tão etéreos, tão controversos, tão pouco convincentes aos outros quanto os argumentos positivos que agora não satisfazem a você.”) p. 156.

⁸¹³ DWORKIN. 2001.

aquela que determina que o Judiciário deve manter a decisão do Legislativo, salvo em violações muito gritantes que fossem óbvias a qualquer homem razoável.⁸¹⁴ Assim, como qualquer posição adotada em virtude de um ceticismo interno, ela é em si uma posição substantiva, que necessita de fundamentação, e portanto tão auto-evidente quanto qualquer outra posição concorrente. Dessa maneira, é cabível que se faça a ela o mesmo tipo de pergunta que se poderia por em face de outras, por exemplo, aquela esboçada no capítulo anterior.⁸¹⁵ A posição adotada pelo ceticismo interno não é uma indecisão; enquanto esta é uma posição meramente negativa e, ao menos em tese, temporária, aquela é uma posição afirmativa de que, afinal, existe uma resposta correta, isso porque, a indecisão, enquanto subsiste, leva a uma suspensão de julgamento, a indeterminação, por sua vez, leva a um julgamento positivo. Assim, se por um lado, corre-se o risco de subversão do sistema constitucional caso desconsiderado a força normativa *prima facie* dos princípios formais que dão valor às decisões tomadas por outros órgãos do Estado, por outro, isso também pode se dar se o valor dado às decisões dos outros órgãos for tomado como absoluto ou se lhes for dado um peso abstrato incompatível com sua própria estrutura constitucional. Uma decisão que decida pela Administração qual é a melhor cor de parede é tão ruim quanto uma que julgue uma lei com uma *checkboxboard solution* constitucional, apenas por ter sido adotada segundo os critérios formais determinados pela Constituição.

5.11 Hércules desce do Olimpo, veste a toga e ganha um novo pronome de tratamento

Os freios e contrapesos entre os Poderes estatais não são perfeitos. Nenhum deles tem o poder absoluto, mas algum deles tem que ter a última palavra sobre quais são as normas aceitas validamente pela comunidade. Historicamente, esse papel coube ao Executivo e a História demonstrou que talvez essa não seja a melhor alternativa. Depois das revoluções liberais, tentou-se transferir esse poder para o Legislativo. Ocorre que, ao mesmo tempo, surgiram as Constituições escritas e, com elas, o problema do controle de constitucionalidade.

⁸¹⁴ DWORKIN. 2011. “*Law is also collaborative: a judge takes himself to aim at the same goal – justice – as the statesmen who made the laws he interprets. Even when he sees his role as entirely subordinate to theirs, the subordination is, in his view, itself justified by the overall goal of justice he shares with them.*” (“O Direito é também colaborativo: um juiz toma para si mirar o mesmo objetivo – a Justiça – que o político que faz as leis que ele interpreta. Mesmo quando ele vê o seu papel como inteiramente subordinado ao deles [legisladores], a subordinação é, não sua visão, ela mesma justificada pelo objetivo geral da Justiça que eles compartilham.”) p. 136.

⁸¹⁵ Ver item 4.7.3.

Como demonstra a História constitucional dos Estados Unidos,⁸¹⁶ a supremacia da Constituição como documento legal básico leva ao controle de constitucionalidade dos atos dos outros Poderes, notadamente do Legislativo. Na Constituição brasileira, ao contrário da americana, não se trata de decorrência lógica, mas disposição expressa. Portanto, a última palavra é do Judiciário. Como nota Dworkin, não existe meio termo aqui.⁸¹⁷ Essa supremacia do Judiciário pode, todavia, ser exercida de dois modos, segundo duas leituras distintas da Constituição. No capítulo passado, discutiu-se os modelo de regras e o modelo de princípio e demonstrou-se porque este se mais atraente. Se o que se disse lá parece correto, então a ingerência, o poder e a responsabilidade do Judiciário são grandes e, por consequência, a tentativa de criar modelos que possam ser adotados por ele também é eminente.

Com uma primeira metáfora, Dworkin demonstrou a estrutura básica desse modelo, o sentido em que o julgador ao mesmo tempo aplica o Direito que existe e o estende um pouco mais. Mas ela ainda era por demais geral, para servir aos propósitos em vista, era necessária uma proposta mais imediatamente jurídica, algo com o que os juristas pudessem se identificar de forma evidente e, assim, Hércules desce do Olimpo, já descansado de seus doze trabalhos anteriores, para empreender uma missão talvez ainda mais difícil do que lutar com bestas mitológicas ou segurar os céus sobre suas costas: tomar o lugar de juiz, tornando-se, agora, um julgador mitológico, com tempo e sabedoria ilimitados, pronto para estudar o Direito infinitamente para decidir uma lide singular, como se ela fosse a única existente.

O Exmo. Sr. Dr. Juiz Hércules vai colocar em prática o sistema interpretativo-decisional proposto pela metáfora do romance em cadeia. A ele vai ser apresentado um caso difícil, um para o qual não é possível encontrar apenas uma resposta que seja adequada aos princípios subjacentes à história política da comunidade. Ele irá, então, *ler* todo o Direito que foi escrito antes daquele momento, tentando impor a essa massa de normas individuais alguma ordem, construindo uma interpretação que exponha os princípios comuns sobre os quais elas se apoiaram. Depois, ele vai testar uma série de soluções possíveis para esse caso que lhe foi apresentado em face desses princípios e vai se perguntar quais delas são adequadas a eles e quais não são. Feito isso, ele julgará qual, dentre essas decisões adequadas, é aquela que se mostra como a melhor continuação dessa história jurídica, qual, segundo sua opinião, é aquela decisão que honra e mostra sobre a melhor luz esses princípios subjacentes às decisões políticas da comunidade e vai justificar porque ele pensa assim, construindo uma teoria política abrangente para esse fim.

⁸¹⁶ THAYER. 1893.

⁸¹⁷ DWORKIN. 2006.

As suas próprias convicções políticas terão algum papel na escolha final da decisão, ele não pode se despir delas para proferi-la, sequer é recomendável que ele o faça porque, agora, a decisão que a comunidade espera que ele tome é uma de caráter político. Ele não irá substituir suas próprias convicções políticas àquelas da comunidade, mas no momento em que ele concluir que mais de uma decisão é possível como continuação dessa história, caberá a ele decidir qual é a melhor. Dworkin alerta, contudo, sobre Hércules que:

Nós não devemos supor que as respostas dele para as várias questões que ele encontra *definem* o Direito como integridade como uma concepção geral de Direito. Elas são as respostas que eu agora entendo corretas. Mas o Direito como integridade consiste em uma abordagem a questões ao invés de respostas, e outros juristas e juízes que o aceitam iriam dar diferentes respostas para as questões que ele pergunta.⁸¹⁸

5.12 As seis hipóteses de Hércules

Hércules, por uma daquelas coisas que não se explica, se vê sentado em um Tribunal e perante ele é arguido um caso de responsabilidade civil. Pede-se a ele que decida se a Sra. McLoughlin – doravante Sra. M – tem direito ao recebimento de indenização por um dano moral que alega ter sofrido. A Sra. M estava em casa tranquila, enquanto seu marido viajava com seus filhos de carro. Um outro motorista abalroou o veículo onde estavam o Sr. M e seus filhos, levando à morte de um destes e a grave lesões em todos os outros. A Sra. M ficou sabendo do acidente duas horas depois e quando chegou ao hospital e descobriu que sua filha havia morrido e que os outros e seu marido estavam em estado grave, entrou em choque. Posteriormente, a Sra. M decidiu ajuizar uma ação contra o motorista negligente pedindo uma indenização pelos danos morais por ela sofridos. A Sra. M perdeu em primeira instância porque não se reconheceu que ela tivesse direito à indenização. Não havia nenhuma regra legal a respeito do assunto e os precedentes por ela citados em seu favor tratavam de casos nos quais aqueles que tinham sofrido o dano moral estavam no local e na hora do acidente, enquanto ela teria sofrido o dano horas depois e em um lugar diferente. Dworkin explica que:

⁸¹⁸ DWORKIN. 2001. p. 239. “*We must not suppose that his answers to the various questions he encounters define law as integrity as a general conception of law. They are the answers I now think best. But law as integrity is an approach, in questions rather than answers, and other lawyers and judges who accept it would give different answers to the questions it asks.*”

O juiz pensou que sofrer o dano longe da cena era uma importante diferença porque significava que o dano da Sra. McLoughlin não era “previsível” de uma forma que o dano de outros autores era. Juízes tanto no Reino Unido, quanto nos Estados Unidos seguem o princípio da *common law* de que pessoas que agem de forma negligente são responsáveis apenas pelos danos que podem ser razoavelmente previsíveis, danos que uma pessoa razoável poderia antecipar caso refletisse sobre a questão.⁸¹⁹

A Corte de Apelação manteve o julgamento, mas mudou a fundamentação. Segundo ela, seria de fato razoável supor que a Sra. M fosse ao hospital e ao se deparar com a trágica situação, sofresse um dano moral. Não obstante, o julgamento deveria ser mantido porque caso fosse reconhecido o direito da Sra. M, haveria toda uma nova gama de casos para serem julgados, o que resultaria em um assoberbamento ainda maior da carga de trabalho do Tribunal.

Ela recorreu à Câmara dos Lordes, a suprema Corte britânica à época, que anulou o julgamento por unanimidade, mas, continuou entendendo que a Sra. M não tinha direito à indenização por outros argumentos. Alguns Lordes, a maioria, aceitaram que em certos casos a Corte de Apelação poderia utilizar os argumentos que utilizou, mas que, naquele caso específico, as razões apontadas não eram especialmente fortes, não o suficiente para justificar que não se reconhecesse um direito que de outro modo deveria ser reconhecido. Outros entenderam que o tipo de argumento utilizado pela Corte de Apelação não era aceitável.

O exemplo foi obviamente escolhido por Dworkin para ressaltar a diferença entre argumentos de estratégia política e argumentos de princípio, já discutida acima. O ponto aqui é outro, o ponto é observar como Hércules decidiria esse mesmo caso. O exemplo é estranho porque, mesmo à primeira vista, esse não parece ser um caso difícil, de maneira alguma. Independente do componente histórico, parece estar claramente determinado pelo princípio enunciado por Dworkin acima, que a Sra. M deveria ser indenizada. Por outro lado, a questão de saber quais são aqueles eventos que dão origem a dano moral genuíno é complicada e mesmo, em tempos recentes, demanda esforços importantes da doutrina civilista.⁸²⁰

Assim, é importante tomar o exemplo como o que ele é: a tentativa de Hércules de estruturar um princípio para tomar essa decisão que seja uma justificativa eficiente para os diversos casos individuais que poderiam ser citados como sendo pertinentes à questão, ainda que nenhum deles seja exatamente equivalente. Quer dizer, dado que *A*, *B* e *C* foram

⁸¹⁹ DWORKIN. 2001. p. 26. “*The trial judge thought that suffering injury away from the scene was an important difference because it meant that Mrs. McLoughlin’s injury was not ‘foreseeable’ in the way that the injury to the other plaintiffs had been. Judges in both Britain and America follow the common law principle that people who act carelessly are liable only for reasonably foreseeable injuries to others, injuries a reasonable person would anticipate if he reflected on the matter.*”

⁸²⁰ MORAES. 2003.

indenizados nas circunstâncias *x*, *y* e *z*, qual é o princípio que justifica essas decisões? Para fazer isso, Hércules começa supondo seis respostas que seriam possíveis, independentemente de serem adequadas ou melhores. São elas:

(1) Ninguém tem um direito moral à indenização exceto por danos materiais. (2) As pessoas têm um direito moral à indenização por danos morais sofridos na cena do acidente contra qualquer um cuja negligência causou o acidente, mas não têm direito à indenização por danos morais sofridos depois. (3) As pessoas devem receber indenização por danos morais quando uma prática que requeira indenização nessas circunstâncias iria diminuir o custo total de acidentes ou de qualquer maneira tornar a comunidade mais rica a longo prazo. (4) As pessoas têm um direito moral à indenização por qualquer dano, moral ou material, que for direta consequência de conduta negligente, não importando quão improvável ou imprevisível fosse que essa conduta resultasse nesse dano. (5) As pessoas têm um direito moral à indenização por danos morais ou materiais que forem consequência de conduta negligente, mas apenas quando esse dano for razoavelmente previsível pela pessoa que agiu negligentemente. (6) As pessoas têm um direito moral à indenização por danos razoavelmente previsíveis mas não em circunstâncias em que o reconhecimento desse direito imporá uma massiva e destrutiva carga financeira sobre as pessoas que foram negligentes de forma desproporcional à sua falha moral.⁸²¹

Hércules desconsideraria (1) porque, dadas as decisões passadas sobre a questão, nas quais várias outras pessoas foram indenizadas por danos morais em outras ocasiões, não seria defensável uma decisão que negasse agora que as pessoas têm direito a indenização por danos morais, em outras palavras, nenhuma teoria política coerente poderia ser defendida englobando as decisões passadas – que indicam cabível a indenização por danos morais – e uma nova decisão que negasse completamente esse direito. Para decidir como determina (1), Hércules teria que considerar grande parte da teoria geral da responsabilidade civil como um equívoco, ele teria que voltar a princípios mais gerais ainda e tentar demonstrar que a conotação que eles tomam nesse ramo civilístico específico não são compatíveis com aquela que eles têm em outros ramos do Direito.

A primeira dimensão da interpretação advoga em direção contrária a essa decisão. Partes importantes demais e até incontestadas da história institucional da comunidade teriam

⁸²¹ DWORKIN. 2001. p. 241. “(1) No one has a moral right to compensation except for physical injury. (2) People have a moral right to compensation for emotional injury suffered at the scene of an accident against anyone whose carelessness caused the accident but have no right to compensation for emotional injury suffered later. (3) People should recover compensation for emotional injury when a practice of requiring compensation in their circumstances would diminish the overall costs of accident or otherwise make the community richer in the long run. (4) People have a moral right to compensation for any injury, emotional or physical, that is direct consequence of careless conduct, no matter how unlikely or unforeseeable it is that that conduct would result in that injury. (5) People have a moral right to compensation for emotional or physical injury that is the consequence of careless conduct, but only if that injury was reasonably foreseeable by the person who acted carelessly. (6) People have a moral right to compensation for reasonably foreseeable injury but not in circumstances when recognizing such a right would impose massive and destructive financial burdens on people who have been careless out of proportion to their moral fault.”

que ser tomadas como erro para que ela pudesse prosperar. Teriam que ser desconsideradas mesmo formulações muito gerais tidas como paradigmáticas na comunidade e parece, de fato, ser uma empreitada extremamente complicada demonstrar como e porque as noções básicas jurídicas e morais sobre responsabilidade não englobam os danos morais.

5.13 A integridade como princípio regulativo da razão prática

De toda forma é importante parar aqui para refletir melhor sobre o tipo de consistência que a integridade exige. A integridade trata os princípios da comunidade *como se*, em um nível profundamente fundamental, ela se reduziria a um valor básico do qual todos os outros decorreriam dedutivamente. O *como se* é a parte em que se deve focar no momento. Kant, certa feita, explicou que a mente humana tende a regredir a cadeia de causa e efeito *ad infinitum*. O gênio prussiano afirma: “De facto a diversidade das regras e a unidade de princípios é uma exigência da razão para levar o entendimento a completo acordo consigo próprio, tal como o entendimento submete a conceitos o diverso da intuição, ligando-o desse modo.”⁸²² O final dessas séries são os conceitos puros da razão. Esses conceitos, no entanto, não têm qualquer conexão com objetos, isso é, com o empírico, dado que são extrapolações das regras e princípios do entendimento. Assim:

O resultado de todas as tentativas dialéticas da razão pura não só confirma o que provamos na Analítica Transcendental, a saber, que todos os nossos raciocínios que pretendem levar-nos para além do campo da experiência possível são ilusórios e destituídos de fundamento, mas também nos esclarece esta particularidade, que a razão humana tem um pendor natural para transpor essa fronteira e que as idéias transcendentais são para ela tão naturais como as categorias para o entendimento, embora com a diferença de as últimas levarem à verdade, isto é, à concordância dos nossos conceitos com o objeto, enquanto as primeiras produzem uma simples aparência, embora inevitável, cujo engano mal se pode afastar pela crítica mais penetrante.⁸²³

Todavia, pode ser encontrado uso empírico para essas ideias da razão pura inevitáveis aos seres racionais; em outras palavras, para além da sua função transcendental, elas podem também ter um uso imanente:

⁸²² KANT. 2008. p. 302. B 362.

⁸²³ KANT. 2008. p. 533. A 642; B 670.

Não é a idéia em si própria, mas tão-só o seu uso que pode ser, com respeito a toda experiência possível, *transcendente* ou *imane*nte, conforme se aplica diretamente a um objeto que supostamente lhe corresponde, ou então apenas ao uso do entendimento em geral em relação aos objetos com que se ocupa; e todos os vícios da sub-repção devem ser sempre atribuídos a uma deficiência do juízo, mas nunca ao entendimento ou à razão.⁸²⁴

Assim, as ideias transcendentais “têm um uso regulador excelente e necessariamente imprescindível, o de dirigir o entendimento para um certo fim, onde convergem num ponto as linhas directivas de todas as suas regras”.⁸²⁵ Logo:

Se considerarmos em todo o seu âmbito os conhecimentos do nosso entendimento, encontramos que a parte de que a razão propriamente dispõe e procura realizar é a *sistemática* do conhecimento, isto é, o seu encadeamento a partir de um princípio. Esta unidade da razão pressupõe sempre uma idéia, a da forma de um todo do conhecimento que precede o conhecimento determinado das partes e contém as condições para determinar *a priori* o lugar de cada parte e sua relação com as outras. Esta idéia postula, por conseguinte, uma unidade perfeita do conhecimento do entendimento, mercê da qual, este não é apenas um agregado acidental, mas um sistema encadeado segundo leis necessárias. Não se pode propriamente dizer que esta idéia seja o conceito de um objeto, mas sim o da unidade completa destes conceitos na medida em que esta unidade serve de regra ao entendimento.⁸²⁶

Assim, o uso regulativo da razão leva à necessidade de tratar os valores como se eles pudessem ser unificados em um valor supremo. Em 1975, Dworkin afirmou que: “O direito pode não ser uma trama inconsútil, mas o demandante tem o direito de pedir a Hércules que o trate como se fosse.”⁸²⁷ Os juízes devem se lembrar que “ele pode muito bem errar nos juízos políticos que emite, e que deve, portanto, decidir os casos difíceis com humildade.”⁸²⁸ A integridade é assim uma questão de responsabilidade:

Deve estar claro agora, no entanto, que o objetivo da responsabilidade seria impossível de atingir completamente, mesmo se buscássemos atingi-lo conscientemente. Nós não podemos esperar construir um filtro de convicções denso, detalhado, intrincado e totalmente coerente em volta do qual nossa vontade é efetiva sem exceção e que nos traz um constante brilho de adequação. Essa seria a realização do homem de perfeita vontade de Kant e ninguém é tão inteligente, imaginativo e bom. Nós devemos tratar a responsabilidade moral como um trabalho sempre em progresso: alguém é responsável quando aceita a integridade moral e autenticidade como ideais apropriados e aplica esforço razoável para atingi-los.⁸²⁹

⁸²⁴ KANT. 2008. pp. 533-534. A 643; B 671.

⁸²⁵ KANT. 2008. p. 534. A 644; B 672.

⁸²⁶ KANT. 2008. p. 535. A 645; B 673.

⁸²⁷ DWORKIN. 2002. p. 182.

⁸²⁸ DWORKIN. 2002. p. 203.

⁸²⁹ DWORKIN. 2011. p. 109. “It must be plain by now, however, that the goal of responsibility would be impossible to achieve fully, even if we set out self-consciously to achieve it. We cannot hope to construct a dense, detailed, interwoven, wholly coherent filter of conviction wrapped around our will that is effective without exception and that bring us a constant glow of fittingness. That would be the achievement of Kant’s man of perfectly good will, and no one is that intelligent, imaginative, and good. So we must treat moral responsibility

Assim, a integridade determina uma consistência *ideal*. Ela comanda aos juízes que tratem o Direito *como se* ele fosse perfeitamente coerente e determina que eles decidam em conformidade com esse pressuposto.⁸³⁰ Sendo, no entanto, os conceitos jurídicos, conceitos interpretativos, pessoas diferentes terão diferentes concepções sobre eles, de modo que julgadores diferentes discordarão sobre qual decisão torna o direito mais coerente como um todo. Dessa forma, é possível julgar que uma dada decisão foi um erro se ela não contribuiu para essa coerência ideal do Direito. Dificilmente alguém, nesse processo, desafia os paradigmas do dia.

*Brown*⁸³¹ é uma decisão que pode ser vista como um desafio nesse sentido, naquela decisão concluiu-se, de fato, que não obstante grande parte da história institucional da comunidade suportar o princípio segundo o qual a segregação racial era compatível com a Constituição dos Estados Unidos, essa parte da história, em um nível mais profundo e básico, era incompatível com uma série de outros princípios tidos também como válidos, de modo que a concepção paradigmática da cláusula de igual proteção se mostrava, na verdade, equivocada porque ela não poderia se conformar, tal como agora se via, com outras concepções mantidas pela comunidade. Algumas vezes, surgem interpretações do Direito que têm por objetivo deslocar os paradigmas vigentes, tentando demonstrar que eles são incompatíveis com convicções morais comunitárias mais profundas, um bom exemplo disso é o livro do Prof. Zaffaroni sobre o sistema penal.⁸³²

É importante ressaltar que, em *Brown* não se disse que o direito *deveria ser* assim, mas que ele *é* assim; que, todas as coisas consideradas, a interpretação mais sólida do Direito não é aquela que até então se tinha como paradigmática, mas aquela que as novas concepções sugerem.

5.14 A profundidade da primeira dimensão e as viradas de jurisprudência

as a work always in progress: someone is responsible who accepts moral integrity and authenticity as appropriate ideals and deploys a reasonable effort toward achieving them."

⁸³⁰ À maneira quase-poética que lhe é peculiar, o Min. Carlos Britto expressa bem esse ponto quando afirma: "É como dizer: se o corpo se divide em partes, tanto quanto a alma se divide em princípios, o Direito só tem uma coisa a fazer: tutelar a voluntária mescla de tais partes e princípios numa amorosa unidade." (STF, ADI n. 4.277/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgamento em andamento, voto do Relator disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>, acessado em 5 de maio de 2011, às 9:30).

⁸³¹ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

⁸³² ZAFFARONI. 1998.

A adequação que a primeira dimensão da interpretação exige não é superficial, muito ao contrário, ela é fundamental e fica claro agora porque, na verdade, a divisão que se faz entre as duas dimensões é mais didática do que, propriamente fenomenológica. Quando se alega que uma dada interpretação, que se opõe àquela que até então se entende como paradigmática, é mais coerente com os princípios mais fundamentais de uma comunidade, é porque se entende, ao mesmo tempo, que essa nova concepção do que é coerente com esses mesmos princípios é mais atraente que a anterior. Isso porque, ela justifica e honra a existência desses princípios, conferindo-lhes propósitos albergados por uma teoria política íntegra. E quando em nome dessa nova interpretação, os juízes pretenderem considerar uma parte grande do Direito como um erro, eles devem levar em conta a responsabilidade que isso envolve e exercê-la com cautela e humildade como lembra Dworkin.⁸³³ Isso envolve, como já se disse aqui, levar em conta uma série de outros princípios formais pertinentes, que subsidiam a manutenção do *status quo* e justifica, não apenas que aquela interpretação é melhor que a anterior, mas que ela é melhor o suficiente para deslocar a aplicação desses outros princípios, ou, como agora se pode dizer, que em um nível mais fundamental essa interpretação do Direito é melhor, integrando melhor sob uma única concepção, inclusive, esses princípios formais.

Essa estrutura pode ser muito bem observada nas viradas de jurisprudência já discutidas aqui. No MI n. 670/ES,⁸³⁴ por exemplo, a Corte modificou seu entendimento de que não cabia a ela suprir a mora legislativa em regulamentar direitos concedidos pela Constituição por meio do mandado de injunção. Como já dito, até esse acórdão o STF adotava a posição estabelecida no MI n. 107 QO/DF,⁸³⁵ segundo o qual cabia a ele meramente declarar a mora legislativa e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que ele pudesse supri-la. Na assentada que decidiu o MI n. 670/ES, o Min. Maurício Côrrea era o Relator designado e ele votou conforme a jurisprudência paradigmática de então, afirmando que: “[N]ão pode o Poder Judiciário, nos limites da especificidade do mandado de injunção, garantir ao impetrante o direito de greve. Caso assim procedesse, substituir-se-ia ao legislador ordinário, o que extrapolaria o âmbito da competência prevista na Constituição.”⁸³⁶

⁸³³ DWORKIN. 2002.

⁸³⁴ STF, MI n. 670/ES, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 30/10/2008.

⁸³⁵ STF, MI n. 107-3 QO/DF, Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 21/09/1990.

⁸³⁶ STF, MI n. 670/ES, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 30/10/2008. p. 11.

O Min. Gilmar Mendes seguiu e, em seu voto, a mudança da jurisprudência tomou corpo e foi abraçada por seus pares, o suficiente para se tornar a nova posição da Corte. O Ministro demonstra que a jurisprudência da Corte não se manteve estática em todos os anos que se seguiram à decisão paradigmática. Progrediu lentamente, tal como relatado no primeiro capítulo, no sentido de dar mais eficácia aos direitos sabotados pela falta de regulamentação. Assim, “percebe-se que, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação inicialmente perfilhada, no que diz respeito ao mandado de injunção.”⁸³⁷ O Ministro segue ponderando que a satisfação de direitos fundamentais – no caso o direito de greve dos servidores públicos – não deve “ficar submetida absoluta e exclusivamente a juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo.”⁸³⁸ O Ministro pontua que a omissão legislativa está em desacordo com as balizas constitucionais e, citando longa passagem do jurista português Rui Medeiros, afirma que é cabível uma prestação jurisdicional positiva do Supremo Tribunal Federal em mandados de injunção quando “a solução adotada pelo Tribunal, incorpora ‘solução constitucionalmente obrigatória’.”⁸³⁹ Pontua, ainda, o Min. Gilmar Mendes que:

De resto, uma sistêmica conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV). Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito (CF, art. 1º).⁸⁴⁰

Mais à frente o Ministro afirma que: “No caso em questão, estou convencido de que não se está a afrontar qualquer opção constituinte, mas, muito pelo contrário, se está a engendrar esforços em busca de uma maior efetividade da Constituição como um todo.”⁸⁴¹

O Supremo Tribunal Federal nessa questão, para julgar equivocadas as suas decisões anteriores que negavam a possibilidade de colmatação judicial das lacunas constitucionais, demonstrou primeiro, como afirma o Min. Ricardo Lewandowski,⁸⁴² que já havia uma tendência na jurisprudência do Tribunal nesse sentido, que, desse modo, já havia outros

⁸³⁷ STF, MI n. 670/ES, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 30/10/2008. p. 27.

⁸³⁸ STF, MI n. 670/ES, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 30/10/2008. p. 35.

⁸³⁹ STF, MI n. 670/ES, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 30/10/2008. p. 40.

⁸⁴⁰ STF, MI n. 670/ES, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 30/10/2008. p. 42.

⁸⁴¹ STF, MI n. 670/ES, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 30/10/2008. p. 47.

⁸⁴² STF, MI n. 670/ES, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 30/10/2008. “Não resta dúvida, a meu ver, de que é chegada a hora desta Corte avançar no sentido de conferir maior efetividade ao mandado de injunção, dando concreção a um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais concebidos pelo constituinte originário. E essa é visivelmente a tendência do STF, cuja jurisprudência acerca do instituto vem evoluindo de forma firme e progressiva, como, aliás, demonstram os votos dos eminentes Ministros que me antecederam no julgamento deste mandado de injunção.” p. 74.

princípios subjacentes a essas decisões que orientavam esse alargamento da eficácia do mandado de injunção. Esses princípios todos direcionavam a Corte no sentido de que a mora legislativa tinha que ser compensada de algum modo, que, tal como enunciado com muita propriedade pelo Min. Gilmar Mendes acima, o exercício de direitos fundamentais não poderia ficar ao alvedrio do Legislativo. Em certo momento, a orientação dada por esses princípios passou a ser concorrente. Assim, a decisão modificativa da jurisprudência superava a dimensão de adequação desse modo mais fundamental. Uma mera consistência decisional teria que levar a uma decisão ao modo do Min. Maurício Côrrea, mas, não é esse tipo de consistência que a integridade reclama. A recapitulação dessa tendência só pode ser interpretada como tendo o propósito de demonstrar que os princípios que a nova decisão agora julgava corretos já estavam subjacentes a algumas decisões da Corte; que não obstante uma série pacífica de precedentes sustentada por quase vinte anos, a melhor interpretação da Constituição era outra. Assim, a nova orientação foi oferecida não apenas como uma interpretação melhor, mas como uma interpretação mais adequada à História institucional pátria, justificando-se assim julgar que a aplicação de um princípio de decisão tido como correto por todos esses anos tornou-se insubsistente, isso é, que os argumentos que lhe sustentavam perderam força e não poderiam mais ser tomados como interpretações competentes da Constituição, pois, tomá-los agora como tal, importaria em desconsiderar as verdadeiras balizas constitucionais.

A argumentação da Corte nessa oportunidade, não apenas do voto do Relator para o acórdão, mas também dos outros Ministros, é uma demonstração clara de que como as duas dimensões se interpenetram e se suportam mutuamente, funcionando a primeira, no entanto, como freio à segunda. Não é possível interpretar a decisão sem ter como pressuposto básico que os Ministros que compuseram a maioria, de fato, entendiam que essa era a *melhor* interpretação da Constituição e das decisões anteriores da Corte, mas o entendimento dessa questão se baseia na convicção de que ela é também a *mais adequada* a essa História institucional.⁸⁴³ Que entendida corretamente, mesmo a norma contida no art. 2º da CRFB/88 – segundo a qual: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” – leva à conclusão de que cabe ao Supremo Tribunal Federal suplantar a mora legislativa. O Min. Ricardo Lewandowski é muito claro nesse sentido:

⁸⁴³ DWORKIN. 2001. “*So Hercules turns to the second main dimension, but here, as in the chain-novel example, questions of fit surface again, because an interpretation is pro tanto more satisfactory if it shows less damage to integrity than its rival.*” (“Então, Hércules se volta para a segunda dimensão, mas aqui, como no exemplo da novela em cadeia, questões de adequação surgem novamente, porque a interpretação é *pro tanto* mais satisfatória quando ela demonstrar ser menos danosa à integridade que a sua rival.”) p. 246.

Para que isso ocorra, é preciso superar uma visão estática, tradicional, do princípio da separação dos poderes, reconhecendo-se que as funções que a Constituição atribui a cada um deles, na complexa dinâmica governamental do Estado, podem ser desempenhadas de forma compartilhada, sem que isso implique a superação da tese original de Montesquieu.⁸⁴⁴

5.15 O problema das distinções imotivadas

Voltando ao caso do Juiz Hércules, depois de rejeitar (1), ele passa a considerar (2). Ele também rejeita essa possibilidade de decisão, mas não porque ela não é compatível com as decisões anteriores sobre a mesma matéria, e sim porque essa interpretação “falha como uma interpretação do tipo exigida, porque ela não expressa, de forma alguma, um princípio de justiça. Ela desenha uma linha arbitrária e desconectada com qualquer consideração política ou moral mais geral.”⁸⁴⁵

No entanto, essa decisão poderia ser interpretada como consistente com as decisões mais próximas a ela. No contexto apontado por Dworkin, as decisões que até então existiam no contexto britânico sobre responsabilidade civil por dano moral contavam apenas com casos em que a pessoa que sofreu o dano estava no mesmo do local do fato originador. Nesse sentido, uma decisão que afirmasse que apenas nesses casos poderia alguém ser indenizado por danos morais seria compatível com essa jurisprudência. Por outro lado, seria difícil incorporá-la a uma teoria política mais geral sobre as finalidades e valores da comunidade. Assim, em um sentido mais profundo ela falharia tanto na primeira dimensão, quanto na segunda. Da mesma forma que a integridade condena as *checkboard solutions* no campo legislativo, ela o faz também no judiciário. Em todos os casos as distinções que os órgãos políticos da comunidade fazem devem vir acompanhadas de justificativas razoáveis, que satisfaçam as condições da integridade. Uma decisão como (2) não poderia esperar ter sucesso nessa direção, pois nada no sentido e valor concedido à responsabilidade civil leva à conclusão de que a diferença geográfica e temporal do tipo observado no caso da Sra. M possa ter alguma relevância em si.

⁸⁴⁴ STF, MI n. 670/ES, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 30/10/2008. p. 79.

⁸⁴⁵ DWORKIN. 2001. p. 242. “*fails as an interpretation of the required kind because it does not state a principle of justice at all. It draws a line that it leaves arbitrary and unconnected to any more general moral or political consideration.*”

5.16 A rejeição dos argumentos de estratégia política como base para a decisão

Hércules passa então a analisar a proposta de decisão (3). Ela expressa um princípio econômico, segundo o qual as pessoas têm direito a algum tipo de indenização quando a alocação desse direito gera algum benefício para a comunidade como um todo. Essa interpretação condiciona os direitos que alguém pode ter, aos benefícios que isso traria para a comunidade como um todo. Dessa maneira, a Sra. M só teria direito a uma indenização pelos danos morais que alega ter sofrido caso conseguisse demonstrar que a concessão dessa reparação teria, em última instância, efeitos positivos sobre o bem-estar geral da comunidade. Destarte, a Sra. M teria que aduzir argumentos de estratégia política em favor da sua pretensão e uma decisão baseada nesse princípio – expresso em (3) – teria que se apoiar também em argumentos dessa natureza. Ocorre que argumentos de estratégia política não são paradigmaticamente adequados aos foros judiciais, mas sim ao Legislativo. Isso, segundo Dworkin, é uma consequência natural da integridade. Nas palavras do autor:

Uma interpretação procura mostrar o que está sendo interpretado sob a melhor luz possível e uma interpretação de qualquer parte do nosso Direito deve levar em consideração não apenas a substância das decisões tomadas por autoridades no passado, mas também como – por quais autoridades e em quais circunstâncias – essa decisões foram tomadas.⁸⁴⁶

Em outras palavras, a integridade deve levar em consideração que autoridades distintas têm responsabilidades e competências distintas. Como não poderia deixar de ser, deve haver espaço na integridade para alguma teoria geral da separação dos Poderes. A integridade sugere que os argumentos de estratégia política são típicos da seara legislativa e os argumentos de princípio, por sua vez, da judiciária. Desse modo, “[u]ma legislatura pode justificar suas decisões de criar novos direitos para o futuro demonstrando como esses contribuirão, como uma questão política relevante, para o bem geral da comunidade como um todo.”⁸⁴⁷ Isso aponta para uma concepção da arquitetura constitucional já desenvolvida no capítulo anterior. Qualquer interpretação da Constituição deve justificar alguma forma de

⁸⁴⁶ DWORKIN. 2001. p. 243. “*An interpretation aims to show what is interpreted in the best light possible, and an interpretation of any part of our law must therefore attend not only to the substance of the decisions made by earlier officials but also how – by which official in which circumstances – these decisions were made.*”

⁸⁴⁷ DWORKIN. 2001. p. 244. “*A legislature may justify its decisions to create new rights for the future by showing how these will contribute, as a matter of sound policy, to the overall good of the community as a whole.*”

divisão entre os Poderes e conferir às decisões de cada um deles valor específico e independente. Ao Legislativo é resguardada uma série de competências e a Constituição determina que ele deve estabelecer as normas para comunidade que a tornem a melhor possível como um todo. A extensão e escopo dos princípios constitucionais levam à possibilidade de que qualquer decisão do Legislativo possa, em certo sentido, ser também justificada por argumentos de princípio. Mais atrás já se notou e refletiu sobre a possibilidade de que quase sempre é possível encontrar os dois tipos de argumentos para justificar decisões políticas. A questão aqui é que, na alocação dos recursos da comunidade, por exemplo na discussão e votação das leis orçamentárias, os argumentos utilizados são tipicamente de estratégia política. Uma rodovia é construída em lugar de uma ferrovia, não por alguma questão de princípio, mas porque se entende que a primeira trará mais benefícios para a comunidade como um todo. Assim, não é uma questão de saber se alguém tinha direito à construção dessa rodovia. Essa consideração é, nesse contexto e em certa medida, impertinente.

No entanto, ao considerar essa questão em face do Judiciário, ela é radicalmente diferente. Um juiz, ao contrário de um legislador, deve basear suas decisões nos direitos que as partes têm, nos processos abstratos, no que é que a Constituição comanda que se faça, e não em argumentos sobre qual decisão será a melhor para o bem estar da comunidade. Um legislador não deve se sentir constrangido a votar de certa maneira apenas porque no passado o órgão político que ele compõe votou assim. Porque no ano passado alocaram-se mais recursos à construção de rodovias do que de ferrovias não se segue que no ano seguinte o mesmo deve se dar. Muito pelo contrário, os legisladores podem agora decidir, junto com o Executivo, que é melhor para a comunidade como um todo investir em ferrovias. Um juiz não pode agir da mesma forma, as suas decisões têm que guardar coerência com as decisões passadas tomadas pela comunidade. Hércules tem assim que buscar, para decidir o caso da Sra. M, uma interpretação do que os juízes antes dele fizeram que possa também justificar a sua decisão agora. Desse modo, (3) deve ser rejeitada, porque o princípio por ela defendido é contrário ao esquema de divisão de competência entre os Poderes.

5.17 As últimas três hipóteses e a segunda dimensão da interpretação

Portanto, as três primeiras hipóteses falham cada uma a sua maneira porque elas não podem ser, de forma competente, englobadas em uma teoria geral que justifique os princípios adotados pela comunidade no passado. Elas parecem desrespeitar preceitos básicos e paradigmáticos da cultura jurídica na qual elas pretendem se encaixar. Todavia, para escolher qual, entre as três últimas, é a melhor decisão, a extensão da exploração do “Império do Direito” feita por Hércules deve-se ampliar. Ele deve agora testar as hipóteses (4), (5) e (6) em face de princípios subjacentes a decisões não apenas relacionadas com a área a que elas estão imediatamente submetidas, mas ao corpo do Direito como um todo. Dworkin afirma – em consonância com a hipótese aqui defendida, de que a integridade é um ideal regulativo – que:

Nenhum juiz de verdade pode compor algo próximo de uma interpretação completa de todo o Direito da sua comunidade de uma vez. Por isso que nós estamos imaginando um juiz hercúleo de talento sobre-humano e tempo ilimitado. Mas um juiz de verdade pode imitar Hércules de uma forma limitada. Ele pode deixar que o escopo da sua interpretação se afaste dos casos imediatamente em jogo para casos na mesma área geral ou departamento do Direito, e depois, ainda mais longe, tanto quanto isso pareça promissor.⁸⁴⁸

Dworkin supõe então, que uma modesta expansão do teste interpretativo de Hércules demonstraria que é inadequada a decisão (4), pois, as decisões passadas da comunidade não podem ser explicadas sem considerar a razoabilidade e previsibilidade do dano e, nenhuma teoria legal substancial que ele esteja disposto a aceitar julga que esses precedentes tenham sido fruto de equívoco. Assim, restam duas hipóteses de decisão (5) e (6). Elas são bastante semelhantes, diferem apenas em que em (6) o reconhecimento do direito à reparação é condicionado ao reconhecimento de que a imposição da indenização não resulte em um fardo desproporcional à culpa do autor do dano, enquanto em (5) não existe qualquer limitação desse tipo. Depois de expandir o âmbito de sua exploração, Hércules encontra um padrão diversificado: em alguns casos, a indenização foi concedida sem tomar como restrição o fato de que ela poderia levar à ruína financeira o autor do dano e, em outras, esse fator foi levado em consideração. Dworkin alerta que:

A contradição que ele descobriu, ainda que genuína, não é em si mesma tão profunda ou universal a ponto de justificar uma interpretação cética da prática legal

⁸⁴⁸ DWORKIN. 2001. p. 245. “No actual judge could compose anything approaching a full interpretation of all of his community’s law at once. That is why we are imagining a Herculean judge of superhuman talent and endless time. But an actual judge can imitate Hercules in a limited way. He can allow the scope of his interpretation to fan out from the cases immediately in point to cases in the same general area or department of law, and then still farther, so far as this seems promising.”

como um todo, pois o problema da indenização ilimitada, enquanto importante, não é tão fundamental a ponto de que a contradição dentro dele destrua a integridade do sistema como um todo.⁸⁴⁹

Assim, nesse dado ponto, Hércules conclui que as duas interpretações são adequadas à prática jurídica como um todo, tal como Dworkin já alertara que podia acontecer, pois, ela em si, parece, em certo grau, suportar princípios distintos e concorrentes. Desse modo, apenas a primeira dimensão não é suficiente para decidir o caso, ele tem que passar à seguinte. Ele tem que decidir qual das duas interpretações é mais coerente com uma teoria substancial que justifique os princípios adotados pela comunidade. Não se trata aqui de contar quais as decisões que teriam que ser consideradas como equivocadas, caso cada uma das soluções possíveis fosse adotada, e tomar aquela que desabona o menor número de decisões. O problema aqui é muito mais qualitativo do que quantitativo: “Ele deve levar em conta não apenas o número de decisões que contam para cada interpretação, mas se essas decisões expressam um princípio que pareça mais importante ou fundamental ou difundido que as decisões expressando o outro.”⁸⁵⁰

Dworkin torna a questão ainda mais complexa para Hércules supondo que, não obstante algumas decisões reconhecerem alguns limites à indenização de um modo que não seria completamente compatível com (5), ainda assim, ninguém nunca se expressou em termos de (6). Nesse caso, Hércules terá que ponderar uma série de convicções mais formais com a sua teoria política substantiva e julgar se (6) é uma decisão melhor do ponto de vista moral que (5), melhor o suficiente para que dentro dessa teoria política substantiva seja encontrado lugar para adotá-la mesmo em face de outra interpretação que se mostra *prima facie* mais adequada à história da comunidade. Caso ele conclua que, não obstante (5) tenha sido expresso diversas vezes como princípio da decisão, (6) é uma melhor explicação do efeito prático que essas decisões tiveram, ele deverá optar por essa última, afinal, é mais importante respeitar os princípios subjacentes às decisões passadas do que princípios que eventualmente tenham sido ditos como suportando-as. Isso não quer dizer que as decisões não devam ser tomadas pelos argumentos que elas expressam, como já dito, é justamente por eles que elas têm que ser julgadas. O ponto é que pode acontecer com as obras de juízes e

⁸⁴⁹ DWORKIN. 2001. p. 246. “*This contradiction he has discovered, though genuine, is not in itself so deep or pervasive as to justify a skeptical interpretation of the legal practice as a whole, for the problem of unlimited damages, while important, is not so fundamental that contradiction within it destroys the integrity of the larger system.*”

⁸⁵⁰ DWORKIN. 2001. p. 247. “*He must take into account not only the numbers of decisions counting for each interpretation, but whether the decisions expressing one principle seem more important or fundamental or widespread than the decision expressing the other.*”

legisladores o mesmo que acontece com as obras de arte, a interpretação de ambas pode levar a uma explicação diferente daquela que eles próprios dariam. Um juiz pode muito bem dizer que: “O presente caso deve ser decidido conforme determina (5)”, e desenvolver uma longa argumentação do que ele acredita decorrer desse princípio. Outra pessoa – ou esse mesmo juiz um tempo depois – ao ler a decisão pode chegar à conclusão de que, não obstante haver essa decisão enunciado que aplicaria (5), os argumentos por ela desenvolvidos podem ser interpretados de maneira muito mais adequada como se referindo a (6).

Pode ser, no entanto, que nenhum julgamento de adequação seja possível, e tanto (5), quanto (6) se encaixam com a história política da comunidade e essa tanto pode ser interpretada como adotando um, quanto o outro. Ainda que em ambos os casos tenha que se conceder que houve lapsos, nada neles leva a acreditar que um dos princípios é mais adequado que o outro. Em outras palavras, qualquer dessas hipóteses que ele resolva adotar poderá ser considerada como uma continuação competente dessa história. Isso, no entanto, não quer dizer que elas são igualmente valiosas e Hércules pode escolher legitimamente entre elas jogando um “cara-ou-coroa”. Ainda cabe a ele fazer mais uma pergunta: “Qual história mostra a comunidade em uma luz melhor, todas as coisas consideradas, do ponto de vista da moralidade política?”⁸⁵¹

Para responder a essa pergunta ele deverá se questionar qual o papel que é a justiça e o *fairness* têm que ter em seu julgamento. Em outras palavras, ele deve verificar se a decisão que ele entende ser a melhor do ponto de vista da justiça, isso é, aquela que distribua os recursos da comunidade segundo as concepções de igualdade que ele mantém, é compatível com aquela da opinião pública. Havendo concordância entre a sua teoria de justiça e a opinião pública, ele não tem mais porque, então, duvidar que essa decisão é a melhor. Pode ser, no entanto, que não seja assim, que de fato aquilo que ele acredita como decorrendo da sua teoria de justiça é contrário àquilo que a opinião pública mantém como correto. Ele deverá, então, encontrar lugar na sua teoria política geral para o papel que a opinião pública e os órgãos majoritários devem ter nas decisões judiciárias da comunidade.

A determinação desse papel não deve se basear em concepções e convicções simples. “A maioria dos juízes pensará que o balanço entre as opiniões da comunidade e as exigências abstratas da justiça deve ser feito de forma diferente em diferentes tipos de caso.”⁸⁵² Em casos constitucionais, muitos terão a opinião de que as considerações abstratas de justiça devem ter

⁸⁵¹ DWORKIN. 2001. p. 249. “Which story shows the community in a better light, all things considered, from the standpoint of political morality?”

⁸⁵² DWORKIN. 2001. p. 250. “Most judges will think that the balance between the opinions of the community and the balance the demands of abstract justice must be struck differently in different kinds of cases.”

um papel mais relevante do que a opinião popular “porque eles pensarão que o objetivo da Constituição é, em parte, proteger indivíduos do que a maioria pensa que é correto.”⁸⁵³ Mas, ainda assim, caberá a Hércules desenvolver uma teoria política complexa e abrangente o suficiente, integrando da melhor maneira todos os princípios subjacentes às decisões da comunidade, em um todo coerente, determinando então quais decisões do ponto de vista dessa teoria política são equivocadas. Nesse ponto, provavelmente vai ser possível determinar que uma das decisões – ou (5) ou (6) – é melhor e justificar essa assertiva com base nessa teoria política abrangente. Se no final desse esforço intelectual verdadeiramente hercúleo não fosse possível concluir por (5) ou por (6) então, estar-se-ia diante de mais um conceito da razão pura, a decisão supremamente difícil. Nesse caso, e apenas nele, prevaleceria a posição cética, ou seja, a resposta correta para ele seria a de que não haveria resposta correta. Não se trata aqui de uma questão de haver discordância, de pessoas distintas discordarem sobre qual é a resposta correta para o caso. Para que as pessoas discordem, elas têm que primeiro julgar qual é, na opinião delas a resposta correta, para só então poderem dizer que o seu ponto de vista é superior aos outros. Um caso apenas seria supremamente difícil se alguém passasse a defender que a resposta correta é a de que não há resposta correta, que as decisões que se apresentam são absolutamente indistinguíveis do ponto de vista moral e político, que qualquer uma delas que seja tomada representará uma contribuição igualmente valiosa para a continuação da história institucional. Pode ser que esse caso exista, mas não foi possível encontrar qualquer questão real posta perante o Supremo Tribunal Federal que tenha seus caracteres. Em todos os debates contundentes e apaixonados mantidos entre os Ministros, cada um sempre defende determinado ponto de vista substantivo e não cético. Em momento algum observou-se alguma posição segundo a qual, tendo em vista a proibição do *non liquet* e o fato de que a resposta correta é a posição cética, que deveria ser adotado um padrão não-moral ou não-jurídico para a sacramentar a posição da Corte. Com efeito, a busca empírica pelo caso supremamente difícil se mostraria tão frutífera quanto aquela por Deus, pela alma e pela liberdade,⁸⁵⁴ porém, do ponto de vista transcendental, muito menos valiosa.

5.18 Mais algumas considerações sobre a decisão judicial e as dimensões da interpretação

⁸⁵³ DWORKIN. 2001. p. 250. “because they will think that the point of the Constitution is in part to protect individuals from what the majority thinks right.”

⁸⁵⁴ KANT. 2008.

Esse é então o modelo de decisão proposto por Dworkin, um modelo que propõe que o julgador tente encontrar as respostas para seus problemas legais na história da comunidade, esforçando-se para dar decisões que sejam a leitura mais coerente dos seus princípios, na maior profundidade possível. Esse modelo exige que, mesmo no caso de o julgador se encontrar com um caso no qual duas ou mais decisões se mostrem igualmente adequadas, ainda assim, caberá a ele elaborar uma teoria política coerente com essa história institucional, que apresente justificativas racionais e coerentes do ponto de vista global para a adoção das normas paradigmáticas da comunidade, uma teoria que encontre local para considerações a respeito das exigências abstratas da justiça e da opinião pública, pois, só assim, ele poderá julgar qual é a melhor decisão.

Dworkin alerta que a distinção entre as duas dimensões é meramente analítica e já foi citada a sua opinião de que a decisão judicial não é dada em dois momentos. Porém, algumas outras considerações adicionais ainda se fazem necessárias. Em casos reais, isso é, não hipotéticos, nunca será possível deixar completamente a primeira dimensão.

Duas máximas de decisão nunca serão igualmente adequadas até os níveis mais profundos, ou seja, elas nunca serão indiferentes do ponto de vista constitucional. Depois de sobreviver a uma série de, cada vez mais abstratos, julgamentos de adequação, na medida em que elas vão se afastando do regramento imediato da questão, o julgador começará a confrontá-las com os grandes princípios políticos; ele passará a se perguntar: qual decisão é mais adequada à boa-fé, à igualdade, à dignidade humana, à Justiça? O julgamento de adequação se torna agora distinto de outros que lhe precederam, mais concretos. Além de saber qual das decisões é mais adequada, o juiz tem que também se perguntar: adequada a quê? Conceitos como aqueles acima enunciados são interpretativos e intérpretes diferentes terão concepções distintas quanto ao que eles significam, conforme as teorias políticas abrangentes que adotem. Assim, a pergunta sobre se (5) ou (6) é mais adequada à dignidade humana é, em certo sentido, inadequada ela mesma. Não se trata mais de adequação puramente. Trata-se da defesa de uma concepção, defesa essa que é feita com base na sua capacidade de justificar aquela concepção como a mais valiosa a ser mantida. Justificativas essas, feitas, cada uma delas, sobre outros argumentos morais, isso é, sobre o que é certo e sobre o que é errado. No momento em que a pergunta da adequação passa a se referir a conceitos morais altamente abstratos, ela se transforma; ela não é mais apenas uma questão de adequação, mas de justificação; da apresentação de uma justificativa de que porque aquela

concepção desses conceitos morais abstratos é melhor, de porque os propósitos que ela impõe às práticas e normas da comunidade são mais valiosos do ponto de vista moral, de modo que a decisão mais adequada a ela é a única possível.

É por isso que a maioria das decisões é fácil em termos normativos, porque o juízo de adequação determina a única resposta correta em um nível muito concreto. Uma linha pacífica de jurisprudência ou uma regra positivada em uma lei aprovada pelo Congresso Nacional costuma ser suficiente para resolver qual decisão que é a única correta. Apenas em alguns casos se fazem necessárias consideração mais filosóficas, pois neles a avaliação da decisão quebra a barreira dos julgamentos concretos de adequação e o julgamento quanto a qual é a decisão mais adequada passa a ser feito em face de princípios abstratos e das concepções que cada julgador tem a respeito deles, segundo a teoria política que adota. Então, as decisões se tornam complexas e permeadas de questões políticas, porque, no final das contas, o que passa a estar em jogo é a pergunta sobre qual dessas concepções é a melhor para a comunidade. E a força de argumentos morais apenas depende de outros argumentos morais, cada vez mais abstratos e, por mais que se procure, não haverá nada que não sejam outros argumentos morais para calcar um fundamento discursivo dessa natureza. Em momento algum a força de um argumento moral dependerá de alguma asserção incontestável e plenamente demonstrável, mas apenas de outros juízos morais tão, ou mais, controversos que aqueles a cujo suporte esse juízo se propõe. Nem por isso eles serão subjetivos ou menos verdadeiros. Como aponta Heidegger, isso se dá porque a verdade está “numa conexão intrínseca e essencial com o homem. Somente enquanto o homem *existe*, numa determinada *história*, é que se dá sendo e acontece verdade. Não há nenhuma verdade em si, mas verdade é sempre *decisão* e *destino* do homem, é algo *humano*.”⁸⁵⁵

5.19 O derradeiro desafiante da integridade: o balanceamento

Em tempo retornar-se-á, aí já para concluir a presente dissertação, às questões mais teóricas ligadas à integridade e à tese da resposta correta. Agora é necessário voltar as atenções para o principal objetivo da presente dissertação, pois depois de tudo quanto foi dito aqui, já é possível tecer algumas considerações mais conclusivas. O final da jornada começa,

⁸⁵⁵ HEIDEGGER. 2007. p. 181.

no entanto, não com Dworkin, mas com Alexy; não com a integridade, mas com o balanceamento. O interessante, contudo, é que este autor começa sua teoria sobre como resolver o conflito entre princípios que competem entre si para a solução de um caso concreto com aquele. A descrição geral feita por Alexy,⁸⁵⁶ do que acontece nesse caso, é extremamente semelhante àquela dada por Dworkin em *Levando os Direitos à Sério*,⁸⁵⁷ e após o parágrafo na qual a descrição é feita, há uma nota de rodapé fazendo menção expressa a essa correlação.⁸⁵⁸ Assim, Alexy parte das proposições gerais de Dworkin, na citada obra, para desenvolver a sua teoria. O autor de Kiel utiliza como exemplo para a demonstração desse conflito uma decisão do Tribunal Constitucional alemão⁸⁵⁹ que sopesou dois princípios: aquele determinava a máxima funcionalidade do sistema de justiça e o que protegia a vida e a integridade física das pessoas. Ocorre que certo acusado corria sérios riscos de sofrer um enfarte em virtude do estresse decorrente do julgamento, logo coube à Corte decidir se o julgamento deveria prosseguir ou não.

⁸⁵⁶ ALEXY. 2004.

⁸⁵⁷ DWORKIN. 2002.

⁸⁵⁸ Veja a comparação: DWORKIN. 2002. “Pode haver outros princípios ou outras políticas que argumentam em outra direção – por exemplo, uma política que garanta o reconhecimento da validade de escrituras ou um princípio que limite a punição ao que foi estipulado pelo Legislativo. Se assim for, nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois, em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo. Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmar que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra direção. [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mesuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra será frequentemente objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.” pp. 41-42. ALEXY, 2004. “*Competing principles are to be resolved in quite different way. If two principles compete, for example, if one principle prohibits something and another permits it, than one of the principles must be outweighed. This means neither that the outweighed principle is invalid nor that it has to have an exception built into it. On the contrary, the outweighed principle may itself outweigh the other principle in certain circumstances. In other circumstances the question of precedence may have to be reversed. This is what is meant when it is said that principles have different weights in different cases and that the more important principle of the facts of the case takes precedence. Conflicts of rules are played out at the level of validity; since only valid principles can compete, competitions between principles are played in the dimension of weight instead.*” (“A competição entre princípios deve ser resolvida de uma forma bem diferente. Se dois princípios competem, por exemplo, se um princípio proíbe algo e outro o permite, então um dos princípios deve tomar precedência. Isso nem significa que o princípio sobre o qual o outro tomou precedência é inválido, nem que uma exceção foi a ele estabelecida. Ao contrário, o princípio que não teve precedência pode ele mesmo ter precedência sobre outros princípios em algumas circunstâncias. Em outras circunstâncias a questão de precedência pode ter de ser revertida. É isso que significa quando é dito que os princípios têm pesos diferentes em casos diferentes e que o princípio mais importante, considerados os fatos da causa, toma precedência. Conflitos entre regras se dão no nível da validade; uma vez que apenas princípios válidos podem competir, por outro lado, competições entre princípios se dão na dimensão de peso.”). p. 50.

⁸⁵⁹ BVerfGE 51, 234.

Como afirma Alexy, caso estivesse em jogo apenas o primeiro princípio, o julgamento deveria continuar, caso estivesse em jogo apenas o segundo, o contrário deveria acontecer. Diante dessa situação, deve ser estabelecida uma “relação condicional de precedência”.⁸⁶⁰ A relação é condicional porque ela se dá *condicionada* aos fatos da causa, isso é, ela não se dá em abstrato. Assim, em certas condições uma dada conduta é inconstitucional. A determinação dessas condições, por sua vez, como aponta o autor, decorre da ideia de que: “Em qualquer conjunto concreto de fatos o princípio P1 tem um peso maior que o princípio que lhe opõe P2 quando existirem razões suficientes para supor que nessas circunstâncias do caso concreto, P1 têm precedência sobre P2.”⁸⁶¹ Desse modo, “uma proposição preferencial que concerne uma relação condicional de preferência tem como consequência o surgimento de uma regra exigindo as consequências do princípio que tem precedência caso as condições da precedência se apliquem.”⁸⁶² Em outras palavras, quando dois princípios competem pela solução de um caso concreto, o Tribunal deverá determinar uma regra contendo as condições que devem ser satisfeitas para que aquilo que o princípio que se julgou mais relevante determina tenha lugar no caso concreto. Assim, no exemplo utilizado: “Se existe um perigo próximo e específico de que se um julgamento for continuado, a pessoa acusada perderá sua vida ou sofrerá dano sério à sua saúde, então a continuação do processo legal é contrária aos seus direitos constitucionais sobre o artigo 2(2)(1) da Lei Básica.”⁸⁶³ Essa relação de precedência dá lugar à “*Law of Competing Principles*”, segundo a qual: “As circunstâncias sob as quais um princípio toma precedência sobre um outro constituem as condições de uma regra que tem as mesmas consequências legais que o princípio que tem precedência.”⁸⁶⁴ Essas regras decorrentes da LCP são as já discutidas regras constitucionais derivadas. Deve ser dito que a descrição abstrata desse processo é perfeitamente compatível com o modelo sugerido pela integridade, ainda que a linguagem e o estilo de sua descrição sejam completamente diferentes. Parece claro que os dois autores estão aqui tentando compreender o mesmo fenômeno jurídico e, quanto às suas causas e consequências parece, outrossim, haver concordância. Disso dá testemunho o fato de que os princípios de decisão de Dworkin

⁸⁶⁰ ALEXY. 2004.

⁸⁶¹ ALEXY. 2004. p. 53. “*On any set of concrete facts principle P1 has greater weight than the opposing principle P2 when there are sufficient reasons for supposing that in the circumstances of the concrete case, P1 takes precedence over P2.*”

⁸⁶² ALEXY. 2004. p. 53. “*a preferential statement concerning a conditional relation of precedence gives rise to a rule requiring the consequences of the principle taking precedence should the conditions of precedence apply.*”

⁸⁶³ ALEXY. 2004. p. 53. “*If there is a proximate and specific danger that if the trial is continued, the accused person will lose his life or suffer serious injury to his health, then continuing the legal process breaches his constitutional rights under article 2(2)(1) of the Basic Law.*”

⁸⁶⁴ ALEXY. 2004. p. 54. “*The circumstances under which one principle takes precedence over another constitute the conditions of a rule which has the same legal consequences as the principles taking precedence.*”

estudados, conquanto não estejam redigidos em forma condicional, podem ser reduzidos a isso. Desse modo, não há nada de estranho, como pode ter parecido em um primeiro momento, que a presente dissertação abrace alguns conceitos do Professor de Kiel, notadamente aquele de normas constitucionais derivadas. Eles são apenas concepções “germanizadas”, isso é, mais analíticas e, de certa maneira, até mais claras e elegantes, de pressupostos que já estavam presentes na obra de Dworkin. Mesmo o conceito de princípio como mandado de otimização pode ser interpretado à luz da integridade.⁸⁶⁵ Ademais, para ambos autores, os conflitos são apenas *prima facie* e podem ser resolvidos por meio de um modelo estrutural de decisão. A diferença é o modelo. O modelo de Dworkin já foi explorado acima, cumpre agora analisar a proposta de Alexy e a sua influência sobre o Supremo Tribunal Federal.

5.20 O princípio da proporcionalidade e seus subprincípios

O modelo de Alexy está em íntima conexão com a proporcionalidade. Segundo ele:

A natureza dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e vice versa. Que a natureza dos princípios implica o princípio da proporcionalidade significa que o princípio da proporcionalidade e seus três subprincípios de adequação [*suitability*], necessidade (uso dos meios menos interferentes) e proporcionalidade no sentido estrito (isso é, o requisito do balanceamento) se segue logicamente da natureza dos princípios; podem ser deles deduzidos.⁸⁶⁶

Para o autor, os princípios são “mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que eles podem ser satisfeitos em graus variáveis e que o grau apropriado de satisfação depende não apenas do que é factualmente possível, mas também do que é legalmente possível.”⁸⁶⁷ Desse modo, o engendramento do que é legalmente possível deve ser feito com base na teoria do escopo normativo extenso, segundo a qual: “Julgamentos constitucionais

⁸⁶⁵ Cumpre ressaltar que autores mineiros como Menelick de Carvalho Neto, Marcelo Andrade Catttoni de Oliveira e Marcelo Gallupo discordam dessa posição. Ver nesse sentido, PEDRON, 2004. Infelizmente, não há como defender a tese de conformação da definição de princípios dada por Alexy com a integridade defendida por Dworkin no presente trabalho.

⁸⁶⁶ ALEXY. 2004. p. 66. “*The nature of principles implies the principle of proportionality means that the principle of proportionality with its three sub-principles of suitability, necessity (use of the least intrusive means), and proportionality (that is, the balancing requirement) logically follows from the nature of principles; it can be deduced from them.*”

⁸⁶⁷ ALEXY. 2004. pp. 47-48. “*optimization requirements, characterized by the fact they can be satisfied to varying degrees, and that the appropriate degree of satisfaction depends not only on what is factually possible but also on what is legally possible.*”

estão corretos apenas quando eles correspondem ao resultado apropriado de um balanceamento de princípios.”⁸⁶⁸ Assim, “tudo que o princípios constitucionais relevante sugerirem que seja protegido cai dentro do escopo de proteção.”⁸⁶⁹ Como os princípios se aplicam, portanto, sempre que for possível desenvolver uma argumentação constitucional correta nesse sentido, algumas vezes dois princípios se aplicarão ao mesmo caso concreto. Caso esses princípios relevantes indiquem soluções distintas para o caso em análise, ter-se-á uma situação de competição a ser resolvida pela proporcionalidade. A proporcionalidade em sentido estrito, assim, determina quais são os limites dos direitos constitucionais, isso é, seu limite legal. Mais à frente, analisar-se-á o que isso significa e como a proporcionalidade pode exercer essa função.

A limitação empírica – daquilo que é factualmente possível – é dado pelos outros dois subprincípios da proporcionalidade: a necessidade e a adequação-*suitability*.⁸⁷⁰ A necessidade e a adequação-*suitability* estão relacionadas aos meios disponíveis. Em outras palavras, dado que um princípio tenha sido julgado mais relevante no caso concreto, deve-se perguntar primeiro quais são os meios adequados-*suitability* para a realização das consequências normativas por ele engendradas e, em havendo vários meios adequados-*suitability*, deve-se escolher aquele que represente a menor interferência possível no princípio julgado menos relevante.

Com isso, as atenções podem se voltar para o balanceamento propriamente dito, conforme ele é sugerido pela proporcionalidade em sentido estrito.⁸⁷¹ Alexy alerta que “[a] objeção que é repetidamente feita à ideia de balanceamento é que ela não representa um método sujeito a controle racional”.⁸⁷² Voltar-se-á ainda a essa tese mas, por ora, é suficiente

⁸⁶⁸ ALEXY. 2004. p. 210. “*Constitutional judgments are only correct if they correspond to the outcome of an appropriate balancing of principles.*”

⁸⁶⁹ ALEXY. 2004. p. 210. “*everything which the relevant constitutional principle suggests should be protected falls within the scope of protection.*”

⁸⁷⁰ O termo adequação é infelizmente a melhor tradução para dois termos do inglês distintos *fit* e *suitability*. *Fit* é a palavra que Dworkin usa para designar a primeira dimensão de um julgamento interpretativo. *Suitability* é a palavra utilizada por Alexy para designar o primeiro subprincípio da proporcionalidade. Assim, conquanto, em português, os dois termos compartilhem a mesma tradução, eles têm conteúdos semânticos completamente distintos. Portanto, daqui em diante, sempre que se utilizar o termo adequado no sentido de *suitability* ele virá grafado seguido de um hífen e da palavra em inglês, como no seguinte exemplo: adequação-*suitability*. Desse modo, o termo adequado, sem qualquer outra distinção, deverá ser tido, quando o contexto assim indicar, como no sentido de *fit*.

⁸⁷¹ ALEXY. 2004. “*The principle of proportionality in the narrow sense as the third sub-principle of proportionality expresses the meaning of optimization relative to competing principles. It is identical with the Law of Balancing.*” (“O princípio da proporcionalidade no sentido estrito como terceiro subprincípio da proporcionalidade expressa o sentido da otimização relativa aos princípios que competem. Ele é idêntico com a Lei do Balanceamento.”) p. 401.

⁸⁷² ALEXY. 2004. p. 100. “*The objection is repeatedly made to the idea of balancing that it does not represent a method subject to rational control.*”

dizer que o autor rejeita a crítica dizendo que “um balanceamento de princípios é racional quando as proposições preferenciais a que ele leva podem ser justificadas racionalmente.”⁸⁷³ A justificação da proposição preferencial – aquela decorrente da aplicação da LCP – pode-se “usar todos os argumentos disponíveis na argumentação constitucional em geral.”⁸⁷⁴ No entanto, alguns argumentos são específicos ao problema do balanceamento e esses são decorrência da Lei do Balanceamento, segundo a qual: “Quanto maior for o grau de não satisfação de, ou de detrimento a, um princípio, maior deve ser a importância de satisfazer o outro.”⁸⁷⁵ Em outras palavras:

A Lei do Balanceamento mostra que o balanceamento pode ser fragmentado em três estágios. O primeiro estágio envolve estabelecer o grau de não-satisfação de, ou detrimento ao, primeiro princípio. Isso é seguido por um segundo estágio no qual a importância de satisfazer o princípio que compete com o outro é estabelecida. Finalmente, o terceiro estágio estabelece se a importância de satisfazer um dos princípios que competem justifica o detrimento ao, ou a não satisfação do, outro.⁸⁷⁶

Depois de sofrer críticas de Habermas e Böckenförde, Alexy refinou sua estrutura de balanceamento, demonstrando que não só ela se dá em três estágios, como acima apontado, mas, também, em três instâncias cumulativas.⁸⁷⁷ Na primeira instância, comparam-se os pesos abstratos dos princípios que competem pela solução do caso concreto. Na maioria dos casos não existe diferença entre os pesos abstratos dos princípios, de modo que, salvo em certas circunstâncias excepcionais – quando, por exemplo, o direito à vida ou à dignidade humana entram no balanceamento – essa instância pode ser desconsiderada. Depois, deve ser considerada a intensidade de intervenção de um princípio em face do grau de importância de satisfação do outro no caso concreto, segundo os três estágios da Lei do Balanceamento. Por fim, deve ser levada em consideração, também, a certeza empírica das premissas que apoiam cada um dos argumentos acima mencionados. É importante notar que a Lei do Balanceamento não é uma “fórmula mágica” e nem é tudo quanto há para resolver o problema gerado pelo conflito entre os princípios. Nesse sentido, Alexy afirma que:

⁸⁷³ ALEXY. 2004. p. 101. “*a balancing of principles is rational when the preferential statements to which it leads can be rationally justified.*”

⁸⁷⁴ ALEXY. 2004. p. 101. “*use all the arguments available in constitutional argumentation generally.*”

⁸⁷⁵ ALEXY. 2004. p. 102. “*The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other.*”

⁸⁷⁶ ALEXY. 2004. p. 401. “*The Law of Balancing shows that balancing can be broken down into three stages. The first stage involves establishing the degree of non-satisfaction of, or detriment to, the first principle. This is followed by a second stage in which the importance of satisfying the competing principle is established. Finally, the third stage establishes whether the importance of satisfying the competing principle justifies the detriment to, or non-satisfaction of, the first.*”

⁸⁷⁷ ALEXY. 2008. Deve se notar, *data maxima venia*, que a tradução é pouco satisfatória, a ponto de dificultar a compreensão de diversas passagens, motivo pelo qual as citações diretas serão aqui, de todo, evitadas.

É claro, a Lei do Balanceamento, como tal, não nos dá um padrão pelo qual os casos podem ser definitivamente decididos, mas o *modelo balanceamento como um todo* nos fornece um critério porque que liga a Lei do Balanceamento à teoria geral da argumentação jurídica racional. A Lei do Balanceamento nos fala o que é que deve ser racionalmente justificado.⁸⁷⁸

A “fórmula da ponderação” – *gewichtsformel* – assim indica qual é a argumentação jurídica suficiente para uma decisão judicial em um caso no qual princípios distintos competem pela solução. Ela deve levar em consideração o peso abstrato dos princípios envolvidos, a importância de satisfazê-los em relação à interferência que essa satisfação tem em face dos outros diante das circunstâncias concretas do caso em jogo e, por fim, a certeza empírica das premissas fáticas em que se apoiam os argumentos deduzidos nas fases anteriores.

Alexy oferece, de fato, um modelo de decisão com diferenças marcantes daquele defendido por Dworkin. Poderia ser dito que isso se dá em virtude das profundas diferenças que existem entre os sistemas jurídicos germânico e norte-americano. No entanto, esse não parece ser o caso, não apenas porque o próprio Dworkin afirmou que seu modelo tinha a pretensão de não se aplicar apenas àquele sistema jurídico,⁸⁷⁹ mas, também porque, como Hall já demonstrou, as teses de Dworkin são compatíveis com o sistema alemão.⁸⁸⁰ Além disso, parece ser muito mais interessante tomar a diferença não como interpretações de sistemas jurídicos particulares – apesar de Alexy haver advertido, ao contrário de Dworkin, que sua teoria pretendia validade apenas no contexto alemão⁸⁸¹ –, mas como interpretações concorrentes para um mesmo fenômeno: o reconhecimento da normatividade dos princípios e sua aplicação judiciária.

5.21 Considerações gerais sobre o balanceamento na prática judiciária do Supremo Tribunal Federal

⁸⁷⁸ ALEXY. 2004. p. 107. “Of course, the Law of Balancing as such does not give us a standard by which cases can be definitively decided, but balancing model as a whole does provide us with a criterion because it ties the Law of Balancing to the general theory of rational legal argumentation. The Law of Balancing tells us what is that has to be rationally justified.”

⁸⁷⁹ DWORKIN. 2004. “I explicitly deny, incidentally, that my account is limited to the Anglo-American systems.” (“Eu explicitamente nego, incidentalmente, que meu entendimento se limita aos sistemas anglo-americanos.”) p. 394.

⁸⁸⁰ HALL. 2008.

⁸⁸¹ ALEXY. 2004.

É comum a consideração de que em alguns casos o Supremo Tribunal Federal se utilizou do modelo do balanceamento para resolver questões constitucionais complexas, no entanto, tal como ficará demonstrado, elas são muito mais raras do que se poderia supor e mesmo quando alguma estrutura nesse sentido pode ser vislumbrada, mesmo quando assumida expressamente pela Corte, a integridade continua uma melhor interpretação dos argumentos utilizados pelo Tribunal.

5.22 A proporcionalidade no Mandado de Segurança n. 27.483/DF

Conquanto não seja normalmente apontado pela doutrina como um exemplo desse tipo de decisão – até porque, talvez, a proporcionalidade ali tenha tido um papel de algum modo diferente daquele preconizado por Alexy, tal como será explorado melhor abaixo – o acórdão, acima analisado, referente aos poderes das CPI's de requisitarem informações do Judiciário protegidas pelo segredo de justiça, notadamente no que se refere a dados de escutas telefônicas, merece a atenção da presente dissertação. Depois, disso serão analisadas outras decisões nas quais a proporcionalidade teria tido papel mais central, papel esse que, por vezes, foi atribuído expressamente pelos Ministros.

Como já notado, o MS n. 27.483/DF⁸⁸² foi decidido com a aplicação de uma regra constitucional, qual seja, aquela disposta no art. 5º, XII, da CRFB/88. Por outro lado, o acórdão pode ser visto como lidando com um conflito de princípios em termos mais gerais, caso se entenda que a norma do § 3º do art. 58 da CRFB/88 deve ser tratada como um princípio e que ele, por sua vez, conflitava no caso concreto com o disposto no art. 5º, X, da Constituição. O corpo da decisão parece muito mais adequado ao modelo da integridade. Isso pode ser observado no voto do Relator. O Min. Cezar Peluso inicia seu voto preso a argumentos de adequação – no sentido de *fit* e não de *suitability* – demonstrando que uma série de decisões anteriores da Corte, bem como vários suplementos doutrinários, nota que as CPI's “estão, portanto, submissas aos mesmos limites constitucionais e legais, de caráter formal e substancial, oponíveis aos juízes de primeiro grau, no desempenho de idênticas funções.”⁸⁸³ Ademais, as CPI's não poderiam ter poderes para revogar, reformar ou tornar

⁸⁸² STF, MS n. 27.483, Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 10/10/2008.

⁸⁸³ STF, MS n. 27.483, Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 10/10/2008. p. 193.

sem efeito decisões tomadas pelo Judiciário, o que seria uma decorrência do princípio da separação dos Poderes. A decisão de conferir segredo de justiça a certo processo, como decisão judicial típica, não pode sofrer intervenção Legislativa. Deve ser levado ainda em consideração, segundo o Ministro, que esse tipo de decisão tem um caráter constitucional peculiar, dado que ela se relaciona com a proteção da intimidade dos envolvidos no processo. Isso “implica que nem outros órgãos jurisdicionais podem quebrar esse sigilo, não o podendo, *a fortiori*, as CPI’s.”⁸⁸⁴ Desse modo, em termos simples, a Corte entendeu que a decisão mais adequada à história constitucional pátria seria uma que impusesse o limite estabelecido no art. 5º, XII, da CRFB/88 às CPI’s; pois, em um nível mais profundo essa decisão se justificava como a única possível em face dos princípios da separação dos Poderes (art. 2º, CRFB/88) e da proteção da intimidade (art. 5º, X, CRFB/88).

Tudo isso, já estava, de certa maneira, na liminar concedida monocraticamente. Não foi por esse motivo, portanto, que o Ministro trouxe a questão ao Plenário para ser referendada. O Min. Cezar Peluso pretendia trazer a seus pares uma proposta de abrandamento da liminar concedida, de modo que alguns dados pudessem ser repassados à CPI’s, sem a quebra das informações mantidas sob sigilo judicial. Para o Ministro poderiam ser repassadas às CPI’s os seguintes dados: a) os juízos que expediram os mandados de interceptação e número de mandados expedidos por cada um; b) a relação dos órgãos policiais destinatários das ordens judiciais; c) a relação dos órgãos que requisitaram as ordens de interceptação; d) a relação das cidades nas quais se situam os terminais telefônicos interceptados; e e) a duração total das interceptações em cada caso.

De toda maneira, a Corte alertou expressamente que algumas informações não poderiam ser repassadas, quais sejam: a) os números dos processos em que as ordens de interceptação foram proferidas; b) o nome de qualquer das partes ou dos titulares dos terminais interceptados; c) os números telefônicos dos terminais interceptados; e d) a cópia dos mandados ou decisões que suportaram as interceptações.

A questão é interessante por que o STF não estava pensando aqui em termos da proporcionalidade. Por outro lado, é fácil ver que foi exercido um juízo desse tipo entre o princípio da intimidade (art. 5º, X, CRFB/88) e o princípio subjacente aos poderes das CPI’s (art. 58, § 3º, CRFB/88). Nesse caso – poder-se-ia interpretar – verificou-se a correta correlação entre o grau de interferência no princípio da intimidade em relação à necessidade de satisfação dos poderes da CPI’s, tal como postulado por Alexy. Com efeito, não entraram

⁸⁸⁴ STF, MS n. 27.483, Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 10/10/2008. p. 195.

nas considerações o peso abstrato dos princípios envolvidos, nem a certeza empírica das premissas fáticas dos argumentos. Não obstante, a estrutura básica do balanceamento, tal como defendido na *Teoria dos direitos constitucionais*,⁸⁸⁵ pode ser vislumbrada. No entanto, mesmo essa parte da decisão pode ser vista pelas lentes do modelo da integridade, ou seja, em termos de adequação e justificação.

As informações que o Supremo entendeu passíveis de serem repassadas pelas operadoras de telefonia, ao menos na visão do Min. Cezar Peluso, não representavam quebra do sigilo judicial, e, por consequência, do direito à intimidade das pessoas envolvidas nos processos. Assim, o encaminhamento dessas informações não importaria qualquer comprometimento da normatividade do princípio que garante a intimidade; ou, em outras palavras, os princípios não foram aqui satisfeitos em graus distintos. É justamente por isso que se pode dizer que essas informações podem ser repassadas às CPI's, até porque, como não se dá *in casu* a violação da intimidade dos envolvidos, não se aplica o art. 5º, XII, da CRFB/88, uma vez que essa regra tem por objetivo resguardar justamente esse fim constitucional. Desse modo, o correto entendimento do art. 58, § 3º, da Constituição – diante dessas circunstâncias concretas – é o de que a CPI's têm poderes para requisitar as informações mencionadas e uma interpretação que negasse isso a elas, seria pior. Reveladora, nesse sentido, é a linguagem utilizada pelo Min. Ricardo Lewandowski: “Entendo que a solução dada pelo Relator mostra-se bastante adequada porque, com o fornecimento dos dados que Sua Excelência está liberando para a CPI, está-se permitindo que ela aprofunde e leve adiante o objeto de suas investigações.”⁸⁸⁶

5.23 O balanceamento no conflito entre o princípio da proteção ao meio ambiente e o princípio da livre iniciativa

A doutrina aponta que em alguns casos em que a livre iniciativa teria conflitado com a proteção ao meio ambiente, o Tribunal teria utilizado o balanceamento para solucionar o conflito.⁸⁸⁷ Todavia, essa linha não parece sobreviver a uma crítica mais próxima da

⁸⁸⁵ ALEXY. 2004.

⁸⁸⁶ STF, MS n. 27.483, Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 10/10/2008. p. 211.

⁸⁸⁷ SANTOS. 2009.

argumentação utilizada pelo Tribunal, sendo difícil enquadrar os argumentos por ele expedidos dentro da estrutura do balanceamento.

5.23.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.378/DF e o dever de compensação ambiental

Na ADI n. 3.378/DF,⁸⁸⁸ o Supremo investigou a constitucionalidade do art. 36 da Lei Ordinária n. 9.985/00 que estabelece o dever do empreendedor que pretenda instalar empreendimento de significativo impacto ambiental de apoiar, implementar e manter unidade de conservação ambiental e fixa os parâmetros para a determinação do montante a ser investido por ele nesse fim. A Confederação Nacional da Indústria questionava que teria havido delegação inconstitucional de poder ao Executivo, violando a legalidade e a separação de Poderes e que a fixação de um percentual mínimo de 0,5% do valor total do empreendimento para os fins ambientais determinados na Lei violaria a proporcionalidade e a razoabilidade.

O Min. Carlos Britto aponta a importância que a Constituição deu à proteção do meio ambiente, elevando-o à condição de “direito de todos” (art. 225, *caput*, CRFB/88). A Lei Ordinária n. 9.985/00 seria, assim, uma decorrência dessa regulação constitucional e, uma vez que ela fixaria parâmetros claros para determinação dos montantes que devem ser investidos pelo empreendedor, relacionando-os ao Estudo de Impacto Ambiental e ao Relatório de Impacto Ambiental e estabelecendo um piso percentual em relação ao valor do empreendimento para sua fixação, não se poderia julgar que teria havido delegação inconstitucional ao Executivo, não se podendo, portanto, falar em violação aos princípios constitucionais citados. Ademais, a criação dessa compensação se justificaria em virtude do princípio do usuário/pagador que estabelece o compartilhamento dos custos com a preservação ambiental. Por fim, o Min. Carlos Brito aponta como descabidas as alegações de violação à razoabilidade e à proporcionalidade da determinação de compensar previamente os eventuais danos ambientais consignados no EIA/RIMA:

Primeiro, porque a compensação ambiental se revela como instrumento adequado ao fim visado pela Carta Magna: a defesa e a preservação do meio ambiente para as

⁸⁸⁸ STF, ADI n. 3.378/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 20/06/2008.

presentes e futuras gerações, respectivamente. **Segundo**, porque não há outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional senão impondo ao empreendedor o dever de arcar, ao menos em parte, com os custos de prevenção, controle e reparação dos impactos negativos ao meio ambiente. **Terceiro**, porque o encargo financeiro imposto (a compensação ambiental) é amplamente compensado pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez.⁸⁸⁹

Logo, como pode ser visto, o Min. Carlos Britto, ao menos, tentou enquadrar seu argumento a respeito da relação entre o meio “compensação ambiental” e os fins constitucionais ambientais pertinentes à estrutura da proporcionalidade, demonstrando que ele é adequado-*suitability* e necessário, dado que não haveria outros meios menos interferentes de garantir esse fim, e, além disso, o meio escolhido pela Lei surge como proporcional também, uma vez que o encargo financeiro é compensado pelos benefícios ambientais. Parece certo, no entanto, que o argumento utilizado pelo Ministro não é exatamente adequado ao modelo do balanceamento, principalmente em seu subprincípio mais relevante: a proporcionalidade em sentido estrito. Desenvolvendo o argumento acima na direção da Lei do Balanceamento ter-se-ia que postular que a interferência no princípio da livre iniciativa é justificada em virtude do grau de necessidade de satisfação do princípio da proteção ambiental. Nesse ponto, já se está lendo mais no argumento do que ele realmente tem a oferecer, dado que a justificativa utilizada pelo Ministro sequer menciona a livre iniciativa. Mas, para que ele fosse realmente fruto do modelo do balanceamento, ele teria que ir muito mais longe, pois várias de questões que esse modelo exigiria que fossem justificadas foram totalmente olvidadas pelos Ministros. Por exemplo, em momento algum, o Min. Carlos Britto trata do peso abstrato dos princípios envolvidos – mesmo para dizer que eles se equivalem e que, nesse sentido, são irrelevantes para o balanceamento – ou da certeza empírica das premissas fáticas; concentrando-se, unicamente e de forma incompleta, no grau de interferência *v.* necessidade de satisfação dos princípios envolvidos.

Desse modo, se o ponto de apoio da decisão fosse apenas o julgamento de proporcionalidade feito acima, ter-se-ia que concluir que ela seria um exemplo pobre de provimento jurisdicional. No entanto, sequer o voto do Relator pode ser apoiado sobre essa premissa. Com efeito, o modelo da integridade parece ser mais adequado como interpretação do acórdão.

As alegações de delegação inconstitucional de competência empolgaram apenas o Min. Marco Aurélio que votou pela inconstitucionalidade do dispositivo mencionado. O ponto que parece ter incomodado mais o Ministro foi o de que a determinação do pagamento de uma

⁸⁸⁹ STF, ADI n. 3.378/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 20/06/2008. p. 252.

indenização antes que houvesse dano efetivo não seria compatível com o que determina o art. 225, § 3º, da CRFB/88, segundo o qual: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” Os argumentos do Min. Marco Aurélio chamaram a atenção do Min. Ricardo Lewandowski para o piso de 0,5% estabelecido pela Lei e, depois, também dos outros Ministros, levando, por fim, ao voto do Min. Menezes Direito que foi quem deu de fato a tônica da posição da Corte, ao pontuar que:

Daí a vertente moderna do desenvolvimento sustentável no sentido de que é possível, sim, e deve ser continuado o precedente desta Suprema Corte, de que [foi] Relator o Ministro **Celso de Mello**, em relação ao Código Florestal, se não me falha a memória, em que se disse claramente que é possível e se deve compatibilizar o desenvolvimento com a preservação do meio ambiente.⁸⁹⁰

Desse modo, o dispositivo impugnado contém providências “até imperativas”, tendo em vista os preceitos constitucionais pertinentes. Todavia, a fixação de percentual mínimo a ser aplicado para preservação ambiental seria de fato inconstitucional uma vez que ela não necessariamente guardaria proporcionalidade ao dano ambiental causado. É importante aqui diferenciar aplicações diversas da proporcionalidade. O uso da proporcionalidade como critério resolutivo de conflito entre princípios é diferente do seu uso como critério de medição de compensação ou indenização. No primeiro caso, ela é utilizada no sentido do balanceamento; no segundo, como forma de garantir a compatibilidade entre o ato lesivo e a sanção. No caso em tela, ficou controversa a questão de saber se se tratava ou não de indenização, mas o fato é que a proporcionalidade aí, nesse segundo momento, deve ser vista pelo mesmo prisma em que ela é vista na indenização. Portanto, nos termos utilizados pelo Min. Menezes Direito, “a leitura moral feita por Dworkin”,⁸⁹¹ leva à conclusão de que essa compensação ambiental tem que ser medida pela extensão do dano ambiental potencial, conforme avaliado pelo EIA/RIMA, não, podendo, destarte, ser dado um piso *a priori* para a compensação, pois, muito bem pode ser que, em um caso concreto, a compensação pertinente, conforme avaliado pelo órgão administrativo, seja inferior a 0,5% do valor total do empreendimento. Nesse caso, o devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB/88) exigiria que não se respeitasse esse piso e se guardasse a proporcionalidade entre o dano potencial e a compensação.

⁸⁹⁰ STF, ADI n. 3.378/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 20/06/2008. p. 277.

⁸⁹¹ STF, ADI n. 3.378/DF, Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 20/06/2008. p. 277.

Parece ser equivocado avaliar, ao menos, nesse caso específico, que o princípio da livre iniciativa triunfou sobre aquele da proteção ambiental. Não há nada nesse sentido no acórdão analisado. O que a Corte decidiu é que era suficiente à proteção ambiental deixar à discricção da Administração a fixação do *quantum* a ser compensado, determinando que essa fixação deve se dar em relação ao dano potencial, não podendo ser apresentados argumentos de princípio que suportem a fixação de um piso percentual, tal como feito pela Lei.

5.23.2 A Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.540/DF e a supressão de cobertura vegetal em áreas de proteção ambiental

Na ADI n. 3.540-MC/DF⁸⁹² discutiu-se a constitucionalidade do art. 4º do Código Florestal, com a redação que lhe deu a MP n. 2.166-67/01. Esse dispositivo estabelece regras para a supressão de vegetação em área de preservação permanente, condicionando-a à autorização prévia pelo órgão das Administrações Públicas pertinentes e estabelecendo os parâmetros para que a autorização possa ser dada. Questionou-se sua constitucionalidade em face do art. 225, § 1º, III, da CRFB/88, que dispõe que cabe ao Poder Público, para a proteção do meio ambiente:

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

O Procurador-Geral da República aduziu que a Lei não poderia delegar o poder de permitir a supressão de vegetação à autoridade administrativa, uma vez que o citado dispositivo constitucional teria determinado que tal autorização só poderia ser dada por Lei. O Supremo Tribunal Federal entendeu, no entanto, pela constitucionalidade da Lei, postulando, em suma, que a Constituição reserva apenas à lei a supressão e alteração das unidades de preservação, elas mesmas, não havendo essa necessidade para o regramento da sua utilização, inclusive quando esse uso importar em supressão vegetal. O Min. Celso de Mello conclui seu voto – depois de já ter fixado a constitucionalidade do dispositivo – afirmando que:

⁸⁹² STF, ADI n. 3.540-MC/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 03/02/2006.

Concluo o meu voto: atento à circunstância **de que existe** um permanente estado de tensão **entre** o imperativo de desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), de um lado, e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225), de outro, **torna-se essencial reconhecer** que a superação desse antagonismo, **que opõe** valores constitucionais relevantes, **dependerá** da ponderação concreta, **em cada caso ocorrente**, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, **em ordem** a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, **tendo-se** como vetor interpretativo **entre as exigências** da economia e as da ecologia, **o princípio** do desenvolvimento sustentável, **tal como formulado** nas conferências internacionais (a “*Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992*”, p. ex.) e **reconhecido** em valiosos estudos doutrinários **que lhe destacam** o caráter eminentemente constitucional (CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO, “*Curso de Direito Administrativo Brasileiro*”, p. 27/30, item n. 2, 6ª ed., 2005, Saraiva; LUÍS PAULO SIRVINSKAS, “*Manual de Direito Ambiental*”, p. 34, item n. 6.2, 2ª ed., 2003, Saraiva; MARCELO ABELHA RODRIGUES, “*Elementos de Direito Ambiental – Parte Geral*”, p. 170/172, item 4.3, 2ª ed., 2005, RT, NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO, “*Proteção Jurídica do Meio Ambiente*”, p. 57/64, item n. 6, 2003, Del Rey, v.g.).⁸⁹³

O Ministro lembra que devem ser encontrados critérios para determinar qual dos princípios deve preponderar em um dado caso concreto, sem que, no entanto, haja esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, “**dentre os quais avulta, por sua significativa importância, o direito à preservação do meio ambiente**”.⁸⁹⁴ Desse modo, considerações meramente econômicas e de conveniência privada não podem comprometer esse direito, ainda mais quando a própria Constituição submete a ordem econômica à preservação do meio ambiente (art. 170, VI, CRFB/88). Sobre essas premissas, o Min. Celso de Mello finaliza seu voto, nos seguintes termos:

Como **precedentemente** assinalado **neste** voto, o diploma normativo em causa, **longe de comprometer** os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, **estabeleceu**, ao contrário, mecanismos **que permitem** um real controle, **pelo Estado**, das atividades desenvolvidas **no âmbito** das áreas de preservação permanente, **em ordem a impedir** ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação **de maior** vulnerabilidade **reclama** proteção mais intensa, **agora propiciada**, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pela MP n. 2.166-67/2001, **no ponto** em que introduziu **significativas alterações** no art. 4º do Código Florestal.⁸⁹⁵

Novamente, diante de toda a argumentação do Min. Celso de Mello, que norteou a posição da Corte, angariando o apoio dos seus pares à exceção do Min. Marco Aurélio e do Min. Carlos Britto, parece equivocada dizer que o juízo da Corte se baseou em um balanceamento entre os princípios da proteção ao meio ambiente e da livre iniciativa. Com efeito, podem ser encontradas no voto discussões a respeito da adequação-*suitability* da

⁸⁹³ STF, ADI n. 3.540-MC/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 03/02/2006. pp. 565-566.

⁸⁹⁴ STF, ADI n. 3.540-MC/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 03/02/2006. p. 567.

⁸⁹⁵ STF, ADI n. 3.540-MC/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 03/02/2006. pp. 568-569.

medida, da importância abstrata dos princípios envolvidos e até da certeza empírica das premissas fáticas.⁸⁹⁶ No entanto, não há nenhuma consideração a respeito do grau de interferência na livre iniciativa em contraponto ao grau de importância de satisfação da proteção ao meio ambiente. A decisão não foi tomada com base nesse tipo de juízo. Mais uma vez, a integridade se mostra como um modelo muito mais adequado para interpretar a decisão. Como já dito, o argumento imediato que a Corte utilizou para entender pela constitucionalidade do dispositivo é aquele que o Min. Celso de Mello tomou emprestado de Édis Milaré, segundo quem:

Questão que tem suscitado controvérsia diz com a necessidade de ‘lei’ **para executar** qualquer obra ou serviço **nesses** espaços territoriais, **mesmo** quando admissíveis nos termos da lei **ou** do decreto que instituiu e disciplinou qualquer desses territórios protegidos.

Pensamos que a alteração e a supressão **sujeitas** à lei **são** as do próprio regime jurídico que rege o espaço protegido. **Vale dizer, depende de lei** a alteração **ou** revogação da legislação – **portanto** também do decreto – **que institui**, delimita e disciplina esse espaço protegido. **Não depende de lei o ato administrativo** que, **nos termos** da legislação que disciplina esse espaço, **nele autoriza**, licencia **ou** permite obras ou atividade.

[...]

Entender que o ato administrativo, no caso, **depende de lei** é subverter o sistema constitucional das competências dos três poderes, **atribuindo** ao Legislativo o que é de competência do Executivo. **Para que isso fosse possível** seria necessária expressa previsão constitucional, **como é o caso do § 6º** do art. 225 da Constituição, **que sujeita à lei** a localização de usinas nucleares.

À mingua dessa exceção, **conclui-se**, portanto: **não depende de lei** o simples ato administrativo que, **vinculado à norma legal** que disciplina determinado espaço territorial protegido, **decide** sobre obras **ou** atividades a serem **nele** executadas.⁸⁹⁷

Portanto, a decisão se apoiou em uma concepção do princípio da separação dos Poderes, isso é, em uma interpretação da Constituição segundo a qual uma série de atos concretos de administração, utilização e aproveitamento das áreas ambientais protegidas devem ser tido como incluídos na competência do Executivo, porque o deslocamento de atos típicos da Administração para a esfera do Legislativo apenas pode se dar por mandado constitucional explícito, o que inexistente no caso analisado. Sem dúvida, poder-se-ia tentar interpretar a decisão como se ela se apoiasse numa ideia de que as limitações impostas ao princípio da proteção ambiental deveriam ser tidas como proporcionais em virtude da satisfação do princípio da livre iniciativa, uma vez que elas representariam limitações marginais ao primeiro, enquanto os ganhos para o segundo seriam significativos. No entanto,

⁸⁹⁶ STF, ADI n. 3.540-MC/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 03/02/2006. O Min. Celso de Mello pontua que nos quatro anos de vigência da norma impugnada: “**não resultou** o alegado efeito lesivo e predatório ao patrimônio ambiental, **como temido** pelo eminente Senhor Procurador-Geral da República.” p. 549.

⁸⁹⁷ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. São Paulo: RT, 2000 *apud* STF, ADI n. 3.540-MC/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 03/02/2006. pp. 557-558. Grifos do Min. Celso de Mello.

essa interpretação não levaria em consideração o argumento central do acórdão, falhando, portanto, na dimensão da adequação, o que a inviabilizaria como interpretação competente. Assim, ainda que o acórdão possa ser julgado pela ótica do balanceamento, parece complicada a missão de tentar demonstrar que esse modelo oferece a melhor interpretação da decisão. A isso dá suporte, inclusive, a parte final do voto do Min. Celso de Mello quando ele fala do conflito entre os princípios e da necessidade de ponderação, pois, no final das contas, ele conclui que não há preponderância da livre iniciativa sobre a proteção do meio ambiente – ou desta sobre aquela –, que, em verdade, ao menos na visão da Corte, o dispositivo impugnado representa o estabelecimento de “mecanismos **que permitem** um real controle, **pelo Estado**, das atividades desenvolvidas **no âmbito** das áreas de preservação permanente, **em ordem a impedir** ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental”⁸⁹⁸ que na sua visão são adequados e compatíveis com a Constituição, frutos da divisão de competências entre os Poderes e atendendo à livre iniciativa e à proteção do meio ambiente.

5.23.3 A Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.937/SP e a proibição de utilização de amianto no Estado de São Paulo

As alegações de que o Tribunal utilizou o balanceamento no julgamento da ADI n. 3.937-MC/SP⁸⁹⁹ são ainda mais abstrusas. Discutiu-se, nesse caso, a constitucionalidade da Lei Estadual n. 12.684/07, do Estado de São Paulo, em face das normas de competência legislativa da CRFB/88. O referido Diploma Legal estabelece normas proibindo o uso de objetos feitos de amianto, em suas diversas formas. Considerava-se que já existia legislação federal – a Lei Ordinária n. 9.055/95 – a respeito, proibindo o uso de uma série de tipos de amianto, mas, permitindo que o amianto do tipo crisotila fosse utilizado e, ainda, que podia ser encontrado um precedente na história do Tribunal sobre matéria idêntica, no qual se considerou a lei inconstitucional.⁹⁰⁰ O Min. Marco Aurélio aponta que: “Em síntese, a lei atacada trata de tema – criando embaraços à comercialização de produto – sobre o qual, de início, compete à União legislar, porquanto, ao se proibir o uso e a comercialização no Estado,

⁸⁹⁸ STF, ADI n. 3.540-MC/DF, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 03/02/2006. pp. 568-569.

⁸⁹⁹ STF, ADI n. 3.937-MC/SP, Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 10/10/2008.

⁹⁰⁰ STF, ADI n. 2.656/SP, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2003.

tem-se alcançado o comércio interestadual.”⁹⁰¹ Desse modo, nos termos do art. 22, VIII, da CRFB/88, segundo o qual cabe exclusivamente à União legislar sobre comércio exterior e interestadual, o Estado de São Paulo teria extrapolado sua competência legislativa ao tratar da matéria. O Min. Joaquim Barbosa, no entanto, tira a matéria do âmbito do citado art. 22 e a traz para as competências legislativas concorrentes estabelecidas no art. 24 da CRFB/88, mais especificamente ao seu inciso XII, que inclui no rol “a proteção e defesa da saúde”.

Antes, no entanto, o Min. Joaquim Barbosa lembra que desde a Constituição anterior, o Tribunal tem sido bastante exigente no que tange às interferências da legislação estadual à circulação de mercadorias, apoiando-se na premissa de que é irrelevante a análise da razoabilidade das medidas limitativas. Ele cita nesse sentido o precedente da Rep. n. 1.153/RS⁹⁰² para declarar a inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei Estadual n. 7.747/82, do Estado do Rio Grande do Sul, que limitava, no âmbito estadual, o uso de agrotóxico cuja utilização era permitida por lei federal. No novo paradigma constitucional a Corte se orientou, de maneira geral, no sentido de que “o Estado-membro pode dispor sobre a matéria desde que de forma similar ao que dispuser a lei federal”.⁹⁰³ O Ministro pontua, no entanto, que no caso da proibição do uso de amianto, a lei estadual, não obstante, incompatível com a federal, seria válida. Isso porque o Brasil é signatário da Convenção n. 162 da OIT, que foi incorporada ao ordenamento pátrio pelo Decreto n. 126/91. A referida Convenção estabelece uma série de normas direcionadas à proteção dos trabalhadores sujeito à exposição ao amianto. Estão contidas nessa Convenção várias normas, apontadas pelo Ministro, que determinam a paulatina evolução legislativa da questão em direção à eliminação do uso do amianto, prescrevendo a sua substituição, sempre que possível, por outros materiais.⁹⁰⁴ Dessa maneira, “se o Brasil, no plano internacional, assumiu o compromisso de

⁹⁰¹ STF, ADI n. 3.937-MC/SP, Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 10/10/2008. pp. 67-68.

⁹⁰² STF, Rep. 1.153/RS, Min. Aldir Passarinho, Tribunal Pleno, DJ 25/10/1985.

⁹⁰³ STF, ADI 1.540/MS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 16/11/2001. p. 31.

⁹⁰⁴ Convenção OIT n. 162: “[...] Art. 3º: 1. A legislação nacional deve prescrever as medidas a serem tomadas para prevenir e controlar os riscos, para a saúde, oriundos da exposição profissional ao amianto, bem como para proteger os trabalhadores contra tais riscos. 2. A legislação nacional, adotada em virtude da aplicação do parágrafo 1 do presente Artigo deverá ser submetida a revisão periódica, à luz do desenvolvimento técnico e do aumento do conhecimento científico. 3. A autoridade competente poderá suspender, temporariamente, as medidas prescritas em virtude do parágrafo 1 do presente Artigo, segundo condições e prazos a serem fixados após consulta às organizações mais representativas dos empregadores e dos empregados interessadas. 4. Quando de derrogações estabelecidas de acordo com o parágrafo do presente Artigo, a autoridade competente deverá zelar por que sejam tomadas as precauções necessárias para proteger a saúde dos trabalhadores. [...] Art. 10: Quando necessárias para proteger a saúde dos trabalhadores, e viáveis do ponto de vista técnico, as seguintes medidas deverão ser previstas pela legislação nacional: a) sempre que possível, a substituição do amianto ou de certos tipos de amianto ou de certos produtos que contenham amianto por outros materiais ou produtos, ou, então, o uso de tecnologias alternativas desde que submetidas à avaliação científica pela autoridade competente e definidas como inofensivas ou menos perigosas. b) a proibição total ou parcial do uso do amianto ou de certos tipos de amianto ou de certos produtos que contenham amianto para certos tipos de trabalho. [...]”

substituir progressivamente a utilização do amianto crisotila, esse compromisso deve ser executado também no plano interno, por todos e cada um dos membros da federação.”⁹⁰⁵ Desse modo, ainda que se considerasse os paramentos jurisprudenciais da Corte, é a Convenção da OIT e não a Lei Ordinária n. 9.055/95 que deveria ser tomada como norma geral. Ademais, as normas Estaduais se justificariam em virtude da possibilidade de substituição do amianto por outras matérias-primas.

A Min. Carmen Lúcia vai ainda mais longe ao que tange à questão das competências legislativas, aduzindo que a competência no caso é mais do que concorrente, ela é comum, nos termos do art. 23, II, da CRFB/88.⁹⁰⁶ Em todo caso, como pontuou o Min. Ricardo Lewandowski, não se pode deixar de considerar o dever imposto ao Estado pelo art. 196 da CRFB/88. O Min. Carlos Britto acrescenta que o propósito da legislação federal a respeito da questão “não é atenuar gradativamente a sua eficácia, é reforçar, é se definitizar, e isso vai, parece-me, de encontro ao espírito e a letra da própria Convenção OIT 192, que é citada aqui como fundamento de validade dessa norma federal.”⁹⁰⁷ Desse modo, “a legislação estadual está muito mais próxima dos desígnios constitucionais, e, portanto, realiza melhor esse sumo princípio da eficácia máxima da Constituição em matéria de direitos fundamentais.”⁹⁰⁸

No caso anterior, notou-se o fato de que, conquanto se negasse que os argumentos do Tribunal poderiam ser interpretados de maneira competente como expressando algum juízo de proporcionalidade, a decisão poderia ser analisada por esse prisma, quer dizer, seus efeitos poderiam ser criticados por meio de um juízo de proporcionalidade entre princípios. No caso em tela seria mesmo isso seria difícil fazer.

Os princípios da livre iniciativa e da proteção ao meio ambiente sequer figuram no quadro argumentativo da decisão. A grande questão aqui é se uma lei estadual que tem consequências tanto de saúde pública, quanto para o comércio interestadual é constitucional, isso é, se o Estado-membro que a promulgou tinha competência para tal. Nesse sentido, verificou-se que, não obstante vários precedentes da Corte apontando uma orientação no sentido de que deveria ser declarada a inconstitucionalidade da Lei paulista, uma consistência mais profunda, não apenas em relação a essas decisões passadas, mas àquelas tomadas pelo Constituinte e pelo Brasil como pessoa jurídica de Direito Internacional, levavam à conclusão de que ao menos nesse caso, tendo em vista: a) suas especiais implicações sanitárias; b) o

⁹⁰⁵ STF, ADI n. 3.937-MC/SP, Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 10/10/2008. p. 111.

⁹⁰⁶ BASTOS & MARTINS. 1988-1992. Vol. 3, Tomo I. “Na competência comum da União, dos Estados e dos Municípios, além do Distrito Federal, está a tarefa de cuidarem da saúde e da assistência pública, além da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.” p. 382.

⁹⁰⁷ STF, ADI n. 3.937-MC/SP, Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 10/10/2008. p. 134.

⁹⁰⁸ STF, ADI n. 3.937-MC/SP, Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 10/10/2008. p. 134.

dever constitucional do Estado de garantir a saúde dos seus cidadãos; c) a participação do Brasil em uma Convenção internacional que estabelecia normas tendentes à abolição do uso de amianto e os princípios subjacentes à legislação federal pertinente; a melhor interpretação da Constituição levava à validade do Diploma Legislativo impugnado. Em outras palavras, a única forma de tratar essa história institucional como fruto dos desígnios de um único autor é considerar como equivocadas algumas disposições da legislação federal e como inaplicável uma linha de precedentes, dadas as peculiaridades específicas do caso, decorrentes da estrutura constitucional. A última citação feita, aquela do Min. Carlos de Britto, é sem dúvida um esforço nesse sentido, no sentido da integridade.

5.23.4 Os Agravos Regimentais nas Suspensões de Tutela Antecipada n. 118/RJ e 171/PR e a importação de pneus usados

Nos julgamentos dos AgRg nas STA's n. 118/RJ⁹⁰⁹ e 171/PR⁹¹⁰ discutiu-se a validade das decisões da Presidência do Tribunal que suspenderam antecipações de tutela que permitiam a duas sociedades empresárias importar pneus usados. O art. 40 da Portaria da SECEX n. 14/04 determina:

Não será deferida licença de importação de pneumáticos recauchutados e usados, seja como bem de consumo, seja como matéria-prima, classificados na posição 4012 da NCM, à exceção dos pneumáticos remoldados, classificados nas NCM 4012.11.00, 4012.12.00, 4012.13.00 e 4012.19.00, originários e procedentes dos Estados Partes do Mercosul ao amparo do Acordo de Complementação Econômica n. 18.

A Min. Ellen Gracie, na presidência do STF, deferiu a suspensão das antecipações de tutela entendendo que se verificavam os pressupostos normativos para tal. A Ministra pontua que:

[O] exercício da atividade empresarial, tendo o lucro como sua finalidade legítima e amparado pelo ordenamento jurídico, deve ser compatível com os demais princípios constitucionais, notadamente, com os fundamentos inscritos no art. 170 da Constituição Federal, com especial ênfase para a proteção da saúde e do meio ambiente.⁹¹¹

⁹⁰⁹ STF, AgRg na STA n. 118/RJ, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 29/02/2008.

⁹¹⁰ STF, AgRg na STA n. 171/PR, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 29/02/2008.

⁹¹¹ STF, AgRg na STA n. 171/PR, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 29/02/2008. p. 46.

Ressalta, então, que em virtude da importação de pneus usados ingressam no País 15 toneladas de pneumáticos inservíveis. “Todo esse passivo ambiental ingressa no território brasileiro sem que o país, assim como nenhuma outra nação no mundo, disponha de tecnologia ou método de destinação final ambientalmente segura, eficaz e econômica.”⁹¹² Portanto, a importação desses materiais interfere nas políticas nacionais de disposição de resíduos sólidos, o que acarreta grave risco ao meio ambiente equilibrado. Ademais, a acumulação de pneus, por sua forma e estrutura características, gera condições ideais para o desenvolvimento de diversos insetos vetores de doenças graves, dentre as quais a febre amarela, a malária e a dengue.

Porém, não houve qualquer juízo de balanceamento. Mais uma vez não houve qualquer consideração quanto a eventuais conflitos entre livre iniciativa e proteção ao meio ambiente. Muito antes pelo contrário, é a posição de tentar harmonizar no caso concreto as indicativas aparentemente contrárias dos citados princípios, de modo a integrá-los em um todo coerente, bem nos moldes da integridade, que fica explícita. Nesse sentido, o voto do Min. Carlos Britto:

Não quero perder a oportunidade para dizer que essa noção que vem se desenvolvendo, vem se densificando tanto, que hoje já é possível afirmar, com foros de cientificidade constitucional, que o conceito de desenvolvimento em nenhum momento pode se antagonizar com o de meio ambiente. Isso é um falso problema. O certo é: não há desenvolvimento sem meio ambiente sustentado. De maneira que o meio ambiente se tornou hoje, por evolução conceitual perfeitamente compreensível, fundamentada, um elemento conceitual do próprio desenvolvimento.⁹¹³

5.24 O Habeas Corpus n. 82.424/RS – O caso Ellwanger

Não é, contudo, nos acórdão de Direito Ambiental que a integridade encontra seu maior teste. Esse se dá no *locus* em que os princípios ficam mais à vontade, no Direito Constitucional, mais especificamente, nos direitos e garantias fundamentais.

O Sr. Siegfried Ellwanger resolveu montar uma editora com uma linha assaz controversa e por meio dela publicou, dentre outras, obras de sua autoria e de outros,

⁹¹² STF, AgRg na STA n. 171/PR, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 29/02/2008. p. 48.

⁹¹³ STF, AgRg na STA n. 171/PR, Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 29/02/2008. p. 57.

denunciando supostas conspirações judaicas de dominação mundial e expondo “teorias históricas revisionistas” negando o Holocausto e alocando a culpa da Segunda Guerra Mundial aos judeus. O Ministério Público tomou conhecimento de tais livros e denunciou o Sr. Ellwanger pelo crime tipificado no art. 20 da Lei Ordinária n. 7.716/89, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.081/90, segundo o qual é crime: “Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.”

A questão pareceria simples à primeira vista, tal como qualquer outra questão penal, bastaria apenas verificar se foram realizadas as ações típicas pelo acusado. Mas quando o HC n. 82.424/RS⁹¹⁴ chegou ao Supremo Tribunal Federal, a questão era ainda mais restrita. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já havia reconhecido que a conduta típica havia sido realizada e em seus sucessivos *habeas corpus*, o paciente sequer questionava isso, mas, apenas pontuava que a pretensão estatal punitiva estaria prescrita. Destarte, a questão colocada diante do Supremo Tribunal Federal era apenas aquela de decidir se o crime tipificado no art. 20 da Lei n. 7.716/89 estava dentro do escopo da regra constitucional do art. 5º, XLII, que estabelece que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

5.24.1 O voto do Relator original e o lugar dos debates legislativos na integridade

Foi designado Relator do singelo *habeas corpus* o Min. Moreira Alves que pontuou que o citado dispositivo constitucional se restringia aos atos de discriminação e preconceito ligados à raça, não abrangendo outras condutas desse jaez direcionadas a outros grupos cuja nota discriminativa não fosse a raça, que conquanto pudessem ser criminalizadas pelo legislador, deveriam atender às normas pertinentes de prescrição. O Ministro esclarece que nas circunstâncias geratrizes da norma na constituinte, ela estava ligada ao preconceito contra a raça negra, tendo sido engendrada para combater precisamente essa chaga presente na sociedade brasileira. Ainda que se admita que a imprescritibilidade abrange outros tipos de preconceitos raciais, ela não pode ir até outros tipos de discriminação que, conquanto, odiosas não mereceram tratamento constitucional especial. Pergunta-se, então, o Ministro se os judeus

⁹¹⁴ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004.

compõem uma raça, chegando a uma resposta negativa a essa questão. Logo, diante dessas considerações, apenas se poderia concluir pela prescrição da pretensão punitiva.

Esse voto pode ser claramente analisado pelas lentes da integridade. Para o Min. Moreira Alves essa seria a melhor interpretação da Constituição por dois motivos. O primeiro se vincula à ideia de adequação porque se relaciona com os debates na Constituinte a respeito do dispositivo. Pretende o Ministro com isso demonstrar que a interpretação segundo a qual a imprescritibilidade deve se ligar apenas a crimes de discriminação racial em sentido estrito é a mais adequada à essa história constitucional. É importante ressaltar que Dworkin, assim como a grande maioria da doutrina pátria e da jurisprudência do STF, vê com suspeitas a tese de que a melhor interpretação de uma norma se relaciona com as intenções daquele órgão que a positivou. No entanto, dentro da integridade existe lugar para os debates legislativos e constituintes na determinação do sentido normativo, uma vez que esses atos integram a história institucional da comunidade. Dworkin aponta a respeito disso que como Hércules levaria em consideração os debates legislativos:

Uma comunidade de princípio é melhor servida por uma complexa estrutura legislativa como essa, uma estrutura que inclui uma distinção entre atos legislativos performativos e explicações interpretativas desses atos. Então Hércules tem razões para levar em conta as declarações formais que constituem a história legislativa como atos do Estado e para não tratá-las como parte da lei elas mesmas. Ele deve levá-las em consideração na decisão sobre qual a história do evento legislativo é, no geral, a melhor história, mas ele deve fazer isso da maneira correta. Ele reconhece que a legislação é vista sob a melhor luz, tudo mais sendo igual, quando uma lei não enganou o público; por essa razão ele prefere uma interpretação que corresponda às declarações formais de propósito legislativo, particularmente quando os cidadãos podem ter tomados decisões cruciais confiando nessas declarações. Se os debates legislativos, em volta da lei de testamento, houvessem sido crivados de declarações incontestes que os testamentos devem ser lidos de uma maneira acontextual – dando às suas palavras os significados que as pessoas dariam a elas se elas não soubessem nada especial sobre o contexto do seu uso – então o público teria aceito a lei e testamentos poderiam ter sido, muito bem, minutados, com base em tal hipótese. Hércules contaria então esse fato como um forte, conquanto não necessariamente decisivo, argumento em favor dessa construção. Mas como nós poderemos ver, esse é um argumento cuja força enfraquece com a passagem do tempo.⁹¹⁵

⁹¹⁵ DWORKIN. 2001. pp. 346-347. *“A community of principle is best served by a complex structure of legislation like that, a structure that includes a distinction between performative legislative acts and interpretative explanations of these acts. So Hercules has reasons both for counting the formal statements that make up legislative history as acts of the State and for not treating them as part of the statute itself. He must take them into account in deciding which story of the legislative event is overall the best story, but he must do this in the right way. He acknowledges that legislation is seen in the best light, all else being equal, when the state has not mislead the public; for that reason he will prefer an interpretation that matches the formal statements of legislative purpose, particularly when citizens might well have made crucial decisions relying on these statements. If the legislative debates surrounding the statute of wills had been studded with uncontradicted statements that wills must be read in a acontextual way – giving their words the meanings people would assign them if they knew nothing special about the context of their use – then the public might have received the statute, and wills might well have been drafted, under that assumption. Hercules would then count that fact as a strong,*

A ideia de que a importância dessas declarações formais declina com o tempo está, inclusive, expressamente presente no voto do Min. Moreira Alves:

O elemento histórico – que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele – converge para dar a “racismo” o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra.⁹¹⁶

Também o Min. Marco Aurélio, depois de citar os anais da Constituinte, afirma:

Obviamente, não quero aqui defender a tese do Direito Constitucional – a meu ver, ultrapassada – por meio da qual se determinava que a interpretação da Constituição deveria partir da intenção dos legisladores originários. Meu pensamento insere-se na lógica que preza por uma compreensão limitativa das exceções constitucionais ao sistema de direitos fundamentais.⁹¹⁷

Além disso, essa interpretação não seria apenas adequada, mas ela justificaria as normas constitucionais pertinentes sob as melhores luzes possíveis. Isso porque a imprescritibilidade seria uma medida de caráter extremamente excepcional, cujo tratamento deve ser o mais restrito possível, dadas as suas terríveis consequências. Desse modo, o crime cometido pelo autor estaria prescrito, a ordem deveria ser concedida.

O citado Min. Marco Aurélio, em tempo, desenvolveu melhor as teses do Min. Moreira Alves, já se posicionando em face da discussão que tomou conta do acórdão, a respeito da interferência que a condenação do paciente gerava para seu direito de se expressar livremente, conforme garantido pelo art. 5º, IX, da CRFB/88. Antes que se passe à posição que acabou por dominar a Corte, cumpre estudar os argumentos minoritários daquele Ministro.

5.24.2 O voto do Min. Marco Aurélio e os erros institucionais

though not necessarily decisive, argument in favor of that construction. But as we shall see, it is an argument whose force grows weaker with the passage of time.”

⁹¹⁶ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004, p. 536.

⁹¹⁷ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004, p. 917.

Para o Min. Marco Aurélio a questão posta nos autos é “uma das mais importantes – se não a mais importante – apreciadas por este Colegiado nos treze anos em que nele tive assento”.⁹¹⁸ Ele aponta que ao longo dos tempos, os povos ocidentais positivaram diversas normas elevando a proteção da liberdade de expressão aos mais altos píncaros, inclusive em alguns tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Ele lembra também que a História também dá exemplos de diversas tentativas de banimento de documentos e obras literárias e filosóficas, destacando, nesse sentido, a queima dos arquivos sobre a escravidão no Brasil, determinada por Rui Barbosa, e o *Index livrorum prohibitorum* da Igreja Católica que proibiu aos seus adeptos a leitura de certos livros. Esse é o pano de fundo histórico da decisão dada pela Corte e a ela caberia, naquele momento, deslindar o “intricado problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu”.⁹¹⁹ Para que o Tribunal possa exercer sua função constitucional: “Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz a limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade.”⁹²⁰ O Ministro, então, segue com uma longa dissertação a respeito da importância da proteção dos direitos fundamentais destacando que: “O sistema de direitos fundamentais, como elemento constitutivo do Estado de Direito, é imprescindível na concretização do princípio democrático.”⁹²¹ Assim: “Nesse contexto, o específico direito fundamental da liberdade de expressão exerce um papel de extrema relevância, insuplantável, em suas mais variadas facetas”.⁹²² O Min. Marco Aurélio aponta para a finalidade instrumental da garantia da liberdade de expressão na construção do espaço democrático em que trocas de opiniões distintas podem se dar. Lembra nesse sentido que a Suprema Corte americana, em diversas oportunidades, privilegiou a liberdade de expressão em detrimento de outros direitos fundamentais, mesmo quando as expressões se demonstravam absurdas ou radicais, absolutamente contrárias às posições comuns ou oficiais. Para o Ministro:

Quando somente a opinião oficial pode ser divulgada ou defendida, e se privam dessa liberdade as opiniões discordantes ou minoritárias, enclausura-se a sociedade em uma redoma que retira o oxigênio da democracia e, por consequência, aumenta-se o risco de ter-se um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia, uma massa de manobra sem liberdade.

⁹¹⁸ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 866.

⁹¹⁹ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 870.

⁹²⁰ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 870.

⁹²¹ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 871.

⁹²² STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 872.

Os piores acontecimentos havidos – entre eles, a perseguição aos judeus – sempre ocorreram em momentos de treva no campo das comunicações, de falta de publicidade de modo a permitir o acompanhamento público. Com isso, foram evitadas as reações próprias aos episódios. Encobertos, ganharam proporções alarmantes, predominando a barbárie. A história mostra que a transparência, a revelação dos fatos serve de freio aos homens, evitando a prevalência de paixões condenáveis, de atos que contrariam a natureza em sua expressão maior.⁹²³

Além disso, a liberdade de expressão tem as finalidades de garantia da diversidade de opiniões, acomodação de interesses por meios pacíficos, criação do livre mercado de ideais, exercício de tolerância e expressão da individualidade e liberdade. Desse modo, o Ministro defende que:

O que importa, assim, é caracterizar e relevar uma dimensão eminentemente social da liberdade de expressão, que não pode ser tida unicamente como uma proteção cega e desproporcional da autonomia de ideias do indivíduo. A sociedade civil e política beneficia-se da garantia do livre exercício do direito de opinião como uma forma de se concretizar o princípio democrático. Reduzir a liberdade de expressão a um enfoque meramente individual significa podar, de maneira erosiva, a própria democracia.⁹²⁴

Em resumo, o ponto do Ministro é o de que a adoção da democracia implica a necessidade de tolerância, convivência e proteção de opiniões divergentes e disparatadas, pois aquela apenas pode ser construída nesse espaço de liberdade. “Há de se proclamar a autonomia do pensamento individual como uma forma de proteção a tirania imposta pela necessidade de adotar-se sempre o pensamento politicamente correto.”⁹²⁵ Pensar de forma diferente – daquela aduzida pelo Ministros – seria dar guarida ao totalitarismo. Em termos simples: “A liberdade de expressão presta-se a construir uma sociedade democrática, aberta e madura.”⁹²⁶ Assim, a limitação da liberdade de expressão se justifica apenas “quanto à forma de expressão, ou seja, a maneira como esse pensamento é difundido”,⁹²⁷ de modo que não seria aceitável se o paciente houvesse saído às ruas passando panfletos com palavras de ordem contra os judeus. Para o Ministro, qualquer análise de um conflito entre princípios deve ser feito em vista do caso concreto, de modo que: “não é correto se fazer um exame entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana de forma abstrata e se tentar extrair daí uma regra geral.”⁹²⁸ Assim, para o Ministro, é importante verificar se do ato de expressão tido como proibido, poder-se-ia seguir efetivamente perigo eminente a alguém ou a algum

⁹²³ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 876.

⁹²⁴ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 878.

⁹²⁵ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 879.

⁹²⁶ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 883.

⁹²⁷ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 880.

⁹²⁸ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 886.

grupo. Para ele não é esse o caso do paciente, uma vez que esse teria se limitado a publicar livros e livros apenas têm influência na medida da sua receptividade no mercado. Não haveria no Brasil espaço para uma discriminação contra os judeus. Segundo o Min. Marco Aurélio nada na História do País demonstra que exista qualquer tipo de sentimento difundido contra os judeus em terras brasileiras, de tal maneira que os preconceituosos pensamentos do paciente dificilmente se tornariam difundidos. Depois disso, o Ministro se verte a uma análise de proporcionalidade que será estudada, com mais vagar, a tempo.

O Ministro ainda faz uma análise da jurisprudência de Cortes europeias e de algumas decisões da Suprema Corte americana sobre assunto, demonstrando como se deu a análise da questão em outros Países. Depois, ele retoma um argumento histórico-institucional, lembrando que: “Nas Constituições brasileiras, nem sempre se tratou especificamente da proibição da discriminação em decorrência de critérios raciais.”⁹²⁹ As Constituições pátrias do século XIX declaravam a igualdade de todos perante a lei, cada uma à sua forma específica, mas sem fazer menção à raça. Apenas com a Constituição de 1934 foi que a Ordem Constitucional brasileira passou a contar com alguma expressão nesse sentido. Na Constituição de 1946 a liberdade de pensamento e expressão foi garantida de maneira condicionada à sua não utilização para vocalizar “preconceitos de raça ou de classe”. As Constituições do período militar determinavam que o preconceito de raça deveria ser punido nos termos da lei. Somente na atual Constituição não apenas criminalizou-se do racismo, mas, também, determinou-se a sua imprescritibilidade.⁹³⁰ Essa disposição deve ser entendida em vista do contexto da redemocratização, como uma resposta a “um comportamento específico reprovável em nossa história. Refiro-me [Min. Marco Aurélio] à discriminação racial, ao preconceito contra o negro.”⁹³¹ Ela é, assim, uma exceção à proteção abrangente da CRFB/88 aos direitos e garantias fundamentais. Para o Ministro: “Os direitos fundamentais são hoje verdadeiros princípios estruturantes da organização e do funcionamento do Estado, valores objetivos que servem como norte da atuação estatal em seus mais diferentes níveis”.⁹³² Por isso:

Essa postura democraticamente adequada em face da Constituição obriga-nos, por imposição dos princípios constitucionais, a interpretar abrangentemente os direitos fundamentais, de modo a compreender as exceções a esse sistema de maneira

⁹²⁹ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 908.

⁹³⁰ O Ministro desenvolve ainda um argumento quanto à simbologia da decisão judicial nesse caso e como a necessidade de se produzir um símbolo da preocupação do Estado com o tipo de manifestação expressado pelo paciente importaria na sua condenação, desconsiderando seus direitos.

⁹³¹ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 915.

⁹³² STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 913.

rigorosamente estrita. Assim sendo, cabe ao Supremo Tribunal Federal ampliar a proteção dos direitos fundamentais mediante construção constitucional e restringir-se a uma interpretação quase literal nas hipóteses de limitação a esses direitos, ainda que expressas no corpo da própria Carta Política. Não é permitido a este Tribunal ou a qualquer hermeneuta da Constituição interpretar de forma aberta ou ampliativa preceitos que impliquem a diminuição de eficácia dos direitos fundamentais.⁹³³

Essa doutrina exposta pelo Min. Marco Aurélio encontra ecos na integridade e na teoria do erro por ela incorporada. Dworkin defende – pedindo perdão ao leitor pela repetição – que o direito deve ser tratado como unitário. No entanto, ele *não é unitário*. Quem deve impor essa ordem a ele é o julgador, através da determinação interpretativa dos princípios subjacentes às decisões políticas passadas. Ocorre que, inevitavelmente, algumas decisões – não apenas no sentido judiciário, mas como uma tomada de posição positiva de qualquer órgão estatal – expressarão princípios que não podem ser recondicionados a essa unidade. Quando isso importar na inconstitucionalidade da medida, ou seja, quando a inconsistência principiológica for suficiente para deslocar a aplicação dos princípios formais que suportam a sua validade, a decisão será invalidada e retirada do ordenamento. Por outro lado, pode ser que, não obstante a inconformidade substancial da decisão, o respeito aos princípios formais se mostre relevante o suficiente para a manutenção da validade da decisão.

Decisões do constituinte, como já notado acima, são suportadas por princípios formais especialmente importantes. A autoridade da Constituição deve ser preservada, mesmo quando eventualmente alguma decisão específica tomada pelo Constituinte se mostre inconsistente, *a fortiori*, se se tratar do Constituinte Originário. Quando uma decisão é inconsistente nesse sentido, mas a melhor interpretação da Constituição leva à manutenção da sua validade, ela pode ainda assim ser considerada como um erro pelo julgador. Quando isso acontece: “Hércules deve ampliar sua teoria de modo a incluir a ideia de que uma justificação da história institucional pode apresentar uma parte dessa história como um equívoco.”⁹³⁴ Essa teoria deve ter duas partes. Dworkin explica como Hercules desenvolverá essa teoria:

Em primeiro lugar, distinguirá entre, de um lado, a autoridade específica de qualquer evento institucional, que corresponda ao seu poder de produzir, enquanto ato institucional, exatamente aquelas consequências institucionais que descreve e, por outro lado, a sua força gravitacional. Se Hércules classificar algum evento como erro, ele não negará sua autoridade específica, mas estará negando sua força gravitacional, e não pode então, de modo consistente, apelar para essa força em outros argumentos.⁹³⁵

⁹³³ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. pp. 914-915.

⁹³⁴ DWORKIN. 2002. p. 189.

⁹³⁵ DWORKIN. 2002. p. 189.

Na segunda parte, Hércules deverá demonstrar que, não obstante o reconhecimento desses erros, a justificativa que ele apresenta para considerar aquela decisão como equivocada se coaduna de forma melhor com a história institucional, do que uma que não reconheça essa mesma decisão como equivocada. Dworkin alerta que se uma dada decisão “é presentemente muito criticada no ramo pertinente da profissão, tal fato por si, revela a vulnerabilidade daquela decisão.”⁹³⁶ Ademais, “se Hércules acreditar, deixando de lado qualquer argumento de consistência, que uma lei ou uma decisão específica é errônea por não ser equitativa, essa crença será suficiente para caracterizar tal decisão e torná-la vulnerável.”⁹³⁷

O Min. Marco Aurélio utiliza exatamente a estrutura de consideração de erro institucional, apontada por Dworkin, para caracterizar a decisão constituinte a respeito da imprescritibilidade do crime de racismo. Primeiro, ao interpretar de forma restritiva o dispositivo constitucional ele lhe rouba toda força gravitacional, reconhecendo que, conquanto ele deve ser aplicado em alguns casos de discriminação, ele não deve ter influência sobre o julgamento de outros que não sejam paradigmáticos de racismo. Depois disso ele passa à segunda parte da teoria, defendendo sua convicção de que a interpretação restritiva do dispositivo é a melhor justificativa da história institucional da comunidade, apontando que:

A previsão de imprescritibilidade de crimes sempre foi uma figura considerada excepcional para a maioria esmagadora dos constitucionalistas e penalistas do mundo inteiro. O decurso do tempo possui efeitos relevantes em todas as áreas do Direito, e, na Penal, não poderia ser diferente.⁹³⁸

Complementa ainda que: “Dessa forma é que a doutrina, em peso e sem exceções conhecidas ou relevantes, entende ser a imprescritibilidade de tipos penais uma excrescência que direciona contra a orientação moderna do Direito Penal e Constitucional.”⁹³⁹ Ele estampa, assim, um argumento sobre a imprescritibilidade que se justifica sobre uma base que tipicamente caracteriza a decisão como um erro institucional, apoiando-se no fato de que ela é, parafraseando Dworkin, muito criticada no ramo do Direito a que aquela decisão é pertinente. Mas o Ministro não para por aí, ele aponta, ainda, porque a interpretação restritiva do dispositivo fornece uma justificativa melhor para a história institucional. Ele ressalta que a imprescritibilidade torna o cidadão para sempre refém de seus atos, gerando um clima de insegurança jurídica. Menciona ainda o fato de que a imprescritibilidade pode malograr os efeitos da pena, devido à distância no tempo entre o crime e a punição. Apelo para

⁹³⁶ DWORKIN. 2002. p. 191.

⁹³⁷ DWORKIN. 2002. p. 191.

⁹³⁸ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Córrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 918.

⁹³⁹ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Córrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 922.

argumentos de equidade, o Min. Marco Aurélio lembra que apenas os crimes mais graves – como aqueles de guerra e o genocídio – são tidos dessa maneira, de modo que:

Por tudo isso, a interpretação do inciso XLII do artigo 5º da Constituição deve ser a mais limitada possível, no sentido de que a imprescritibilidade só pode incidir no caso de discriminação racista contra o negro, sob pena de se criar um tipo constitucional penal aberto imprescritível, algo, portanto, impensável em um sistema democrático de direito.⁹⁴⁰

5.24.3 A posição da maioria e o racismo como conceito interpretativo

Cumpra agora analisar os principais votos que compuseram a maioria: o do Relator, Min. Maurício Côrrea, o do Min. Celso de Mello e, por fim, o do Min. Gilmar Mendes.

O Min. Celso de Mello afirma que:

Não tenho dúvida, Senhor presidente, de que o Supremo Tribunal Federal, nesta tarde, **reúne-se** para proferir **um** julgamento impregnado **de indiscutível** transcendência e revestido **de irrecusável** valor simbólico, **pois**, hoje, **está em debate**, nesta Corte, **questão** que se projeta com máxima intensidade **na definição** de **um** dos mais expressivos valores, **cujo respeito** confere legitimação ético-jurídica à ordem normativa sobre a qual se edifica e se estrutura o próprio Estado Democrático de Direito.⁹⁴¹

O Min. Maurício Côrrea pontua que a questão gira em torno da conceituação do termo “racismo” utilizado na Constituição e, segundo ele, o termo não deve ser tomado na acepção biológica. Para o Ministro:

Deve-se, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos.⁹⁴²

Aduz-se que, em termos biológicos, notadamente após o desvendamento do genoma humano, não há qualquer substância científica na divisão da espécie humana em raças. Assim, não existe nenhum dado científico que possa ser utilizado para a determinação do que seja raça. O conceito de raça não seria, assim, o que Dworkin chama de “conceitos ‘tipo-

⁹⁴⁰ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 923.

⁹⁴¹ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 614.

⁹⁴² STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 557.

natural”⁹⁴³ Essa espécie de conceito é aquela que tem uma “identidade fixa na natureza, como os elementos químicos ou as espécies animais”.⁹⁴⁴ Dessa forma, mesmo que as pessoas discordem sobre os critérios que devem ser utilizados para saber o que é um leão, ou uma foca, ou uma pepita de ouro, é possível, através da análise científica, determinar que se trata efetivamente de um leão, de uma foca ou de uma pepita de ouro. No caso em tela, contrariamente, não há qualquer experiência científica que possa determinar quem pertence a uma raça ou quem pertence a outra. O Min. Maurício Côrrea segue:

Nesse cenário, mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana segundo suas características físicas, perderia relevância saber se o povo judeu é *ou* não uma delas. Configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção que os arianos são a raça perfeita e eles a anti-raça. O racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. O que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no caso concreto.⁹⁴⁵

Mais à frente, continua o Ministro:

Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política.⁹⁴⁶

O Min. Celso de Mello identifica que a noção de racismo projeta-se “numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além **de caracterizar**, em sua abrangência conceitual, um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social.”⁹⁴⁷

O Min. Gilmar Mendes afirma que: “É certo, por outro lado, que, historicamente, o racismo prescindiu até mesmo daquele conceito pseudocientífico para estabelecer suas bases, desenvolvendo uma ideologia lastreada em critérios outros.”⁹⁴⁸ Concluindo que o conceito

⁹⁴³ DWORKIN. 2011. p. 159. “*natural-kind concepts*”

⁹⁴⁴ DWORKIN. 2011. p. 159. “*fixed identity in nature, such as chemical compounds or animal species.*”

⁹⁴⁵ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. pp. 566-567.

⁹⁴⁶ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 568.

⁹⁴⁷ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 625.

⁹⁴⁸ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 640.

tem nítido caráter ideológico, de tal modo que “do ponto de vista estritamente histórico, não há como negar o caráter racista do antissemitismo.”⁹⁴⁹

Em outras palavras, a aplicação do conceito de racismo, isso é de saber se certo ato pode ser enquadrado como racismo, decorre, ao menos nas circunstâncias ora observadas, da melhor interpretação das práticas em que ele figura.⁹⁵⁰ As pessoas – dentre as quais os Ministros do Supremo Tribunal Federal – não concordam sobre como o conceito de racismo deve ser utilizado, nem, tampouco, eles têm algum teste para saber se algo é racismo ou não. O tipo de discordância existente entre os Ministros a respeito desse conceito não é do mesmo tipo que alguém pode ter a respeito da classificação de dado objeto como um livro ou como um panfleto. Pode até ser que o *Manifesto do Partido Comunista* seja um caso marginal de livro, mas dizer que os Ministros estão discutindo se o preconceito contra os judeus é um caso marginal de racismo é não compreender a discussão. Com efeito, pode-se depreender do acórdão que existe ao menos um caso que é paradigmático de racismo: o preconceito contra as pessoas negras. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal têm assim um conceito compartilhado do que é racismo. Todavia, eles não concordam sobre qual concepção desse conceito, ou qual interpretação dele, melhor justifica o enquadramento de certos fenômenos, dentre eles aqueles paradigmáticos, sob o conceito. Dizer que um dado conceito “decorre de mera concepção histórica, política e social” é o mesmo que dizer que ele deve se dar na melhor interpretação das práticas em que ele figura. É como nota o Min. Gilmar Mendes: “[O] conceito jurídico de racismo não se divorcia do conceito histórico, sociológico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o anti-semitismo.”⁹⁵¹ O conceito de racismo é, portanto, nitidamente um conceito interpretativo e é assim que ele deve ser tratado. E a discordância sobre o enquadramento dos atos do paciente como racismo é fruto das diferentes concepções do conceito que os Ministros mantêm. Para o Min. Marco Aurélio, como se viu, o conceito, em virtude dos excepcionais efeitos a ele emprestados pela Constituição, deve ser interpretado à luz da história nacional, como se referindo apenas aos grupos que dentro da sociedade brasileira estão mais sujeitos à discriminação, notadamente, os negros, grupo para quem o dispositivo foi criado, como demonstram as evidências históricas. A concepção da maioria é outra. Para ela, o importante é o sentido dado ao termo por aquele que perpetra o ato. Nesse sentido, o Min. Gilmar Mendes assinala que:

⁹⁴⁹ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 646.

⁹⁵⁰ DWORKIN. 2011.

⁹⁵¹ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 649.

Todos esses elementos levam-me à convicção de que o racismo, enquanto fenômeno social e histórico complexo, não pode ter o seu conceito jurídico delineado a partir do referencial “raça”. Cuida-se aqui de um conceito pseudo-científico notoriamente superado. Não estão superadas, porém, as manifestações racistas aqui entendidas como aquelas manifestações discriminatórias assentes em referências de índole racial (cor, religião, aspectos étnicos, nacionalidade, etc.).⁹⁵²

O paciente se associa a uma cultura ligada ao movimento nacional-socialista alemão da primeira metade do século XX. Essa cultura, como aponta o Ministro, tratava os judeus nitidamente pelo prisma racial, julgando-os como uma raça inferior, tudo isso, com conseqüências que adjetivos dificilmente poderiam exprimir. A defesa desses mesmos ideais nefastos por alguém implica, por isso mesmo, a atitude de tratar os judeus como raça. O Min. Celso de Mello afirma que o STF “**não pode ser indiferente**, no exame dessa controvérsia, à **grave advertência** que a História nos impõe, **pois**, também aqui e agora, é **preciso** ‘lembrar e recordar – *jamais esquecer*.’”⁹⁵³ Desse modo, ele complementa:

Do que se pode apreender até aqui, as condutas imputadas ao paciente caracterizam prática de racismo, seja porque o conceito de raça não pode resumir-se a semelhança de características físicas, devendo ser adotada em suas mais diversas formas, especialmente como definição de comportamento social, seja porque, como é notório, a doutrina nazista defendida e incentivada pelas publicações, não só reputa os judeus uma raça, como baseia todo o seu segregacionismo nessa convicção.⁹⁵⁴

O Min. Celso de Mello justifica que a tese da impetração é inadmissível, pois a sua aceitação redundaria no enfraquecimento da proteção dada aos grupos minoritários no Estado brasileiro, tanto em virtude do ordenamento interno, quanto do externo. Em defesa do seu ponto de vista ele apresenta a seguinte justificativa:

Encerro o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, **devo enfatizar** que este julgamento, como aqui já foi referido, **mostra-se impregnado** de alto e transcendente valor emblemático, **pois nele está em debate**, uma vez mais, **o permanente** conflito entre civilização e barbárie, **cabendo**, ao Supremo Tribunal Federal, **fazer prevalecer**, em toda a sua grandeza, a essencial e inconfundível dignidade das pessoas, **em solene reconhecimento** de que, **acima** da estupidez humana, **acima** da insensibilidade moral, **acima** das distorções ideológicas, **acima** das pulsões irracionais e **acima** da degradação torpe dos valores que estruturam a ordem democrática, **deverão sempre preponderar** os princípios **que exaltam e reafirmam** a superioridade ética dos direitos humanos, **cuja integridade**, uma vez mais, **será preservada**, aqui e agora, **em prol** de todos os cidadãos e **em respeito aos milhões** de seres humanos **que a crueldade inominável** do regime nazista, em **momento sombrio e declinante da História destruiu e martirizou** em um holocausto **que jamais** deverá ser apagado da memória de todos nós,

⁹⁵² STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 648.

⁹⁵³ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 617.

⁹⁵⁴ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 572.

permanecendo, ao contrário, como uma grave advertência, para as presentes e futuras gerações, de que o MAL jamais deverá triunfar outra vez.⁹⁵⁵

O Min. Gilmar Mendes encerra seu voto estimando que:

Portanto, estou convencido de que uma compreensão dos direitos fundamentais que não se assente apenas em uma concepção liberal certamente não pode dar guarida, no âmbito do direito à liberdade expressão, a manifestações anti-semitas tão intensas como as que ressaem dos autos. Estou certo, outrossim, de que o indeferimento do *habeas corpus* na espécie é fundamental para a afirmação de uma concepção de exercício dos direitos fundamentais no contexto de sociedades democráticas, que se não compatibiliza com a prática de intolerância militante e com ataques a dignidade de grupos ou etnias.⁹⁵⁶

O Min. Maurício Côrrea pensa “não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento”.⁹⁵⁷ Da mesma forma, aponta o Min. Celso de Mello: “**Nem se diga**, finalmente, *que a incitação* ao ódio público contra o povo judeu **estaria** protegida pela cláusula constitucional **que assegura a liberdade de expressão.**”⁹⁵⁸ Isso porque a liberdade de expressão não pode ser utilizada para incitar ao racismo. Conforme entende o Min. Celso de Mello, publicações como aquelas do paciente “**não merecem** a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, **que não pode compreender, em** seu âmbito de tutela, manifestações **revestidas** de ilicitude penal.”⁹⁵⁹ Assim, ele ressalta que “os abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, quando praticados, legitimarão, sempre ‘*a posteriori*’, a reação estatal, expondo aqueles que os praticarem a sanções jurídicas, de índole penal ou de caráter civil.”⁹⁶⁰ O Ministro até reconhece que, em certas circunstâncias, o exercício da liberdade de expressão pode conflitar com outras garantias constitucionais, mas nega que seja o caso da hipótese *sub judice*. Nas suas palavras: “O caso ora exposto pela parte impetrante, no entanto, **não traduz**, a meu juízo [do Ministro], a ocorrência, na espécie, de **situação de conflituosidade** entre direitos básicos **titularizados** por sujeitos diversos.”⁹⁶¹ Isso porque a liberdade de expressão não pode “ser exercida **com o propósito subalterno** de veicular práticas criminosas, **tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.**”⁹⁶² Nesse sentido, ele complementa que:

⁹⁵⁵ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 944.

⁹⁵⁶ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 971.

⁹⁵⁷ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 584.

⁹⁵⁸ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 628.

⁹⁵⁹ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 628.

⁹⁶⁰ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 928.

⁹⁶¹ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 630.

⁹⁶² STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 631.

[A] prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente **que deva ser** o seu campo de incidência, **não constitui** meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, **especialmente** quando as expressões de ódio racial – veiculadas **com evidente superação** dos limites da crítica política **ou** da opinião histórica – **transgridem**, de modo inaceitável, valores tutelados **pela própria ordem constitucional**.⁹⁶³

Mesmo negando, tal como feito pelo Min. Celso de Mello, que no caso haja qualquer conflito de princípios, o Min. Maurício Côrrea entende que ainda que houvesse o conflito o direito das inúmeras pessoas discriminadas deveria se sobrepor àquele do paciente “sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco.”⁹⁶⁴ Além disso, trata-se da proteção dos direitos humanos das pessoas discriminadas. O Ministro lembra que não deve haver permissividade no que tange à interferência nos direitos humanos “uma vez que as grandes catástrofes da história só se tornaram tristes realidades diante do silêncio daqueles que tinham o dever de reagir, e não o fizeram.”⁹⁶⁵ Nesse diapasão, conclui o Min. Maurício Côrrea que:

Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas.⁹⁶⁶

O Min. Gilmar Mendes não nega que exista o conflito, afirmando que: “a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria ideia de igualdade.”⁹⁶⁷ Ele fala, sobre o conflito entre os princípios, nesse caso, que: “É verdade, ainda que a resposta possa ser positiva, como no caso parece ser, que a tipificação de manifestações discriminatórias, como racismo, há de se fazer com base em um juízo de proporcionalidade.”⁹⁶⁸

O Min. Maurício Côrrea historia toda uma série de tratados internacionais nos quais o Brasil figura como signatário em que a prática do racismo e da discriminação, em todas as suas formas, é repudiada. O Min. Celso de Mello ressalta entre esses a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* diante da qual se deve reconhecer a necessidade de “**forjar** as bases

⁹⁶³ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. pp. 930-931.

⁹⁶⁴ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 585.

⁹⁶⁵ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 586.

⁹⁶⁶ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 591.

⁹⁶⁷ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 651.

⁹⁶⁸ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 962.

jurídicas e éticas de um novo modelo que consagrasse, em **favor de todas as pessoas**, a posse da liberdade em todas as suas dimensões, **assegurando-lhes** o direito de viver protegidas do temor e a salvo das necessidades.”⁹⁶⁹ Para o Ministro é dever da Corte “**extrair**, das declarações internacionais e das constitucionais de direito, **a sua máxima eficácia**”.⁹⁷⁰ Dessa forma, conforme pontua o Min. Maurício Côrrea:

Os tratados antes referidos, subscritos pelo Brasil, demonstram que perante o Direito Internacional Público considera-se crime a propagação de doutrinas fundadas em discriminações e baseadas na superioridade ou ódio raciais, o que coloca o País ao lado das nações mais adiantadas no mundo no campo dos direitos humanos. Por outro lado, dá a exata dimensão do que tais normas internacionais convencionaram, tanto que inseridas no contexto da Constituição Federal e reguladas em normas infraconstitucionais, na forma do que preconiza o §2º do artigo 5º, em harmonia com o inciso II do artigo 4º da mesma Carta.⁹⁷¹

Alude ainda o Ministro, no plano do Direito Comparado, a diversas medidas legislativas tomadas por países europeus e a julgados da Suprema Corte americana. Afirmando, dessa feita, que: “Mostra-se, assim, que no direito comparado o problema da segregação racial é enfrentado atribuindo-se ao termo raça uma conotação mais complexa, sempre com o objetivo de assegurar o efetivo respeito aos postulados universais da igualdade e dignidade da pessoa humana.”⁹⁷² Também a doutrina se manifesta sobre a gravidade da questão do racismo. O Ministro cita, nesse sentido, autoridades como José Afonso da Silva⁹⁷³ e José Cretella Júnior.⁹⁷⁴ Ademais, a Constituição da República alçou a questão da promoção do bem-estar de todos “sem preconceitos de raça” a objetivo fundamental da República (art. 3º, IV, CRFB/88). Está a questão do racismo, ainda, ligada à igualdade protegida constitucionalmente e é a sua erradicação pressuposto do Estado Democrático. O Min. Celso de Mello, em sentido semelhante, julga que:

Desse modo, **não se mostra cabível valer-se de processo hermenêutico que comprometa** a força normativa da Carta Federal, **expondo**, perigosamente, a autoridade suprema da Constituição da República, a critérios de exegese que culminem por subtrair, **aos postulados da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica**, a sua máxima eficácia, **tornando-os**, em consequência,

⁹⁶⁹ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 618.

⁹⁷⁰ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 621.

⁹⁷¹ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 577.

⁹⁷² STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 581.

⁹⁷³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1984 *apud* STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004.

⁹⁷⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Saraiva. v. 1. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000 *apud* STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004.

fórmulas vazias, incompreensivelmente **destituídas** de significação e **despojadas** da abrangência **que lhes quis** emprestar o próprio legislador constituinte.⁹⁷⁵

Afirma ainda o Ministro, que o próprio legislador ao dispor sobre a matéria tratou de consignar que os crimes de racismo não se limitam à questão de cor da pele, como pode ser visto na Lei n. 8.081/90.

Diante de todos esses argumentos, não haveria como não estender aos judeus a proteção constitucional da imprescritibilidade dos crimes daqueles que, como o paciente, agiram no sentido de lhes tratar como uma raça de alguma maneira inferior.

5.24.4 A estrutura argumentativa da posição da maioria

É importante ressaltar os tipos de argumento utilizados pela maioria. Uma vez explicada a pretensão perseguida pelo *habeas corpus*, passa-se à apresentação de uma concepção do conceito de racismo, uma concepção ligada a uma interpretação da História da humanidade, que para o Min. Maurício Côrrea se estende aos tempos bíblicos mais primordiais. Preponderantes dentro dessa história são os eventos da Segunda Guerra Mundial que culminaram no Holocausto. Nesse contexto, surge como conceito sócio-ideológico a raça semita, em contraposição à raça ariana. Assim, o tratamento ao judeu dado pelos nazistas e seus simpatizantes – dentre os quais se pode contar o paciente – lhes concede o epíteto de raça. As invectivas lançadas pelo paciente em seu livro – e aquelas de outras pessoas contidas naqueles livros que o paciente publicou – devem ser vistas não apenas como preconceituosas ou discriminatórias, mas propriamente racistas, dado que feitas sob a assunção de que os judeus são, de fato, uma raça, segundo os pressupostos ideológicos do paciente.

Esse juízo já seria suficiente para denegar a ordem pedida, quer dizer, apenas com base nele é possível assentar que o crime tipificado no art. 20 da Lei n. 7.716/89, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.081/90, é um crime de racismo abrangido pela imprescritibilidade determinada no art. 5º, XLII, da CRFB/88. Todavia, uma outra questão, levantada, de certa maneira, pelo Min. Sepúlveda Pertence, se demonstrou extremamente insidiosa: Pode alguém cometer o crime descrito por meio da publicação de um livro? Isso levou o Tribunal a um outro nível de considerações. Questionou-se, então, se os atos do

⁹⁷⁵ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004, p. 940.

paciente não estariam protegidos pela liberdade de expressão, garantida no art. 5º, IX, da CRFB/88. A maioria se posicionou em sentido negativo. Para isso invocou a jurisprudência do Direito Comparado – acórdãos europeus e americanos pulularam nos votos – bem como tratados internacionais, convenções e resoluções das Nações Unidas de toda sorte, condenando o antissemitismo e identificando-o com o racismo. Com isso, justificou-se que o entendimento esposado pela maioria era adequado não apenas à história institucional brasileira, inclusive no seu plano internacional, mas também aos entendimentos mantidos em outros Países de cultura jurídica semelhante. Afirmou-se ainda, que a lei pertinente albergava também a *ratio* do julgamento, uma vez que teria criminalizado a conduta, havendo, destarte, concordância entre o Tribunal e os representantes do povo, um argumento tipicamente de *fairness*. Por fim, que a Constituição da República, ela mesma, dá grande relevo à erradicação e punição dos preconceitos e discriminações de todo o tipo; que na Assembleia Constituinte, não obstante todas as menções aos negros no que se refere ao art. 5º, XLII, o seu texto geral, sem determinações de as quais raças mereceriam a proteção, ajudou a angariar a simpatia de todos, resultando na sua aprovação quase unânime.

Todos esses argumentos estão claramente voltados a satisfazer a primeira dimensão de uma tese interpretativa. Eles têm por objetivo demonstrar que a interpretação que agora se esposa é adequada à história institucional da comunidade; que a valoração feita não se baseia apenas nas matutações individuais dos julgadores, mas se apoia em todo um plexo de decisões da comunidade no passado e, no caso em tela, até de outras comunidades sobre casos semelhantes.

A partir daí passa-se à segunda dimensão. Tal como já antevisto, os argumentos aqui levantados também são de adequação, mas agora uma adequação a decisões tão abstratas que eles passam a redundar em justificativas das concepções adotadas. Eles passam a demonstrar que a interpretação segundo a qual o crime cometido pelo paciente deve ser enquadrado como racismo é aquela melhor justifica as escolhas políticas feitas pela comunidade que são pertinentes ao caso. Nesses termos, a história institucional vista por esse prisma – como considerando racistas as práticas do paciente – é, do ponto de vista moral, o melhor exemplar de história institucional que ela pode ser, conforme as teorias políticas e morais desenvolvidas pelos Ministros.

Para demonstrar a verdade dessa tese os Ministros aduzem argumentos sobre a importância da proteção dos grupos minoritários e da sua relação tese com a dignidade humana e com a igualdade. Ainda no mesmo sentido são os argumentos sobre a necessidade de se garantir os pressupostos dessa tese para o florescimento da democracia, dado que o

discurso do paciente, segundo o acórdão, poderia prejudicar a participação de uma parcela da população nas decisões sobre os rumos da sociedade, considerações essas que são típicas de teoria política.

Mais do que isso, como aponta o Min. Celso de Mello, as opiniões expressas pelo paciente apontam para a existência do Mal. O Bem é a virtude solar do sistema de ideias platônico,⁹⁷⁶ é a virtude para que todas as outras virtudes apontam. Desse modo, algo que está de acordo com o Bem, é algo que é sumamente desejável. Para Kant, o Sumo Bem é a condição de existência do reino moral.⁹⁷⁷ Em contraposição, o Mal é aquilo que de pior e mais vicioso existe. Assim, dizer que algo participa do Mal, é lhe subtrair valor na mais alta instância e conceder o Bem à posição contrária é lhe justificar segundo o valor em que os outros valores culminam. No meio de tudo isso, estão a ponderação e a proporcionalidade. Que sentido fazer disso?

5.24.5 Os julgamentos de proporcionalidade dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio

As ponderações entre os princípios da não-discriminação e da liberdade de expressão feitas pelos Min. Maurício Côrrea e pelo Min. Celso de Mello não utilizam como modelo para esse procedimento o balanceamento, conforme proposto por Alexy. Em ambos os casos, os princípios são utilizados da forma preconizada por Dworkin, eles inclinam a decisão em um certo sentido. No caso ora apreciado, essa inclinação, para ambos os citados Ministros, no entanto, não leva a considerações suficientemente importantes para mudar a orientação segundo a qual deve preponderar nesse caso o princípio da não-discriminação. Nesse sentido, a ponderação que é feita – isso é o estudo comparativo da importância dos princípios envolvidos para o caso concreto – se dá na dimensão da justificação da decisão como a melhor possível e ela leva à consideração de que a melhor interpretação da liberdade de expressão, ao menos na visão do STF, é aquela segundo a qual ela não protege discursos antissemiticos.

O Min. Gilmar Mendes adota uma outra via, a via do balanceamento e aqui, finalmente, pode ser encontrada a utilização da estrutura do balanceamento, exatamente conforme pensada por Alexy, na prática judiciária do Supremo Tribunal Federal. E não é

⁹⁷⁶ PLATO. 1997.

⁹⁷⁷ KANT. 2008.

apenas o Min. Gilmar Mendes que a utiliza, também o Min. Marco Aurélio toma emprestada a estrutura para demonstração da validade da sua posição.

Cabe agora à presente dissertação verificar os méritos da utilização do balanceamento em cada um dos votos. Cumpre notar que, em ambos os casos, no momento da utilização do balanceamento, tanto a posição do Min. Gilmar Mendes, quanto aquela do Min. Marco Aurélio já estão definidas. Nesse sentido, o Min. Gilmar Mendes chega mesmo a afirmar, como já notado acima, que a resposta ao caso concreto já está positivada no ordenamento por meio da tipificação da conduta do paciente como racismo e também que:

É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos.⁹⁷⁸

Assim, é possível concluir, antes mesmo da análise pormenorizada da forma como o balanceamento foi empregado, que a sua utilização funcionou como reforço argumentativo da decisão tomada, como suporte no desenvolvimento das concepções adotadas. Dessa maneira, o balanceamento, visto à luz da integridade como uma espécie de ponderação, também dá suporte à justificativa adotada pela decisão para se demonstrar como melhor continuação da história institucional, como a decisão mais valiosa segundo as concepções pertinentes sobre aquilo que dá valor à uma proposição jurídica. Com isso em mente, passa-se à avaliação dos balanceamentos feitos.

5.24.5.1 O primeiro subprincípio: a adequação-*suitability*

O Min. Gilmar Mendes afirma que: “O princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental.”⁹⁷⁹ Para ele:

Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de

⁹⁷⁸ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 657.

⁹⁷⁹ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 658.

distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.⁹⁸⁰

Da mesma forma, o Min. Marco Aurélio:

A aplicação do princípio da proporcionalidade surge como o mecanismo eficaz a realizar a ponderação exigida no caso concreto, devido à semelhança de hierarquia dos valores em jogo: de um lado, a alegada proteção à dignidade do povo judeu; de outro, a garantia da manifestação do pensamento.⁹⁸¹

Depois de citar o próprio Alexy, fazer algumas considerações gerais sobre a proporcionalidade, sobre sua aplicação no contexto alemão e fazer longas citações do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que condenou o paciente, Min. Gilmar Mendes começa a verificar se essa última decisão satisfaz os três subprincípios da proporcionalidade. Ele começa pela adequação-*suitability*:

É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do pluralismo político (art. 1º, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art. 5º, XLII).⁹⁸²

Como já tratado, Alexy postula que os subprincípios da adequação-*suitability* e da necessidade se relacionam com o que o que é factível.⁹⁸³ As considerações de adequação-*suitability* não se relacionam ao quadro jurídico posto. O Ministro aqui parece ter tomado a adequação-*suitability* pela adequação – no sentido de *fit*. Não se trata, na análise da adequação-*suitability*, de se verificar se a decisão tomada discrepa das normas da comunidade, mas sim, de verificar se a consequência prática determinada na decisão tomada serve *de fato* ao propósito que ela prega. O propósito fático da decisão, isso é, o fim a que ela se destina, é a proteção de um grupo minoritário contra a discriminação e preconceito. Desse modo, aqui caberiam considerações acerca de se saber se a condenação do paciente por um crime imprescritível – o meio escolhido pelo Tribunal – pode de fato alcançar o fim pretendido. Em outras palavras, a pergunta pertinente aqui era se condenar alguém por

⁹⁸⁰ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 658.

⁹⁸¹ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 895.

⁹⁸² STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 669.

⁹⁸³ ALEXY. 2004.

racismo faz cessar a discriminação a grupo minoritário. As considerações feitas pelo Min. Gilmar Mendes não respondem a essa pergunta. As suas considerações de adequação-*suitability* estão muito mais próximas do que seria exigido pela primeira dimensão da integridade, do que pelo primeiro subprincípio da proporcionalidade.

Por outro lado, as considerações feitas pelo Min. Marco Aurélio sobre o mesmo subprincípio da adequação-*suitability* parecem mais pertinentes à configuração teórica dada por Alexy:

O subprincípio da conformidade ou da adequação dos meios (*Geeingnetheit*) examina se a medida adotada é apropriada para concretizar o objetivo visado, com vistas ao interesse público. Assim, cabe indagar se condenar o paciente e proibi-lo de publicar os pensamentos, apreender e destruir as obras editadas são os meios adequados para acabar com a discriminação contra o povo judeu ou com o risco de se incitar a discriminação. Penso que não, uma vez que o fato de o paciente querer transmitir a terceiros a sua versão da história não significa que os leitores irão concordar, e, ainda que concordem, não significa que vão passar a discriminar os judeus, mesmo porque, ante a passagem inexorável do tempo, hoje os envolvidos são outros.⁹⁸⁴

Pode-se ver que os argumentos do Min. Marco Aurélio de fato se referem às consequências práticas da decisão e a sua potencial habilidade de atingir aos fins por ela almejados.

5.24.5.2 O segundo subprincípio: a adoção do meio menos lesivo

Veja-se agora como foram as considerações a respeito do segundo subprincípio, aquele que trata da necessidade, ou da adoção do meio menos interferente ou gravoso. O Min. Gilmar Mendes assim aduz a respeito da questão:

Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. Não há exorbitância no acórdão.

Tal como anotado nos doutos votos, não se trata aqui sequer de obras revisionistas da história, mas de divulgação de ideias que atentam contra a dignidade dos judeus. Fica evidente, igualmente, que se não cuida, nos escritos em discussão, de simples discriminação, mas de textos que, de maneira reiterada, estimulam o ódio e a

⁹⁸⁴ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. pp. 895-896.

violência contra os judeus. Ainda assim, o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul agiu com cautela na dosagem da pena, razão pela qual também aqui a decisão atende ao princípio da “proibição do excesso”.⁹⁸⁵

As considerações à cerca do segundo subprincípio, aquele da necessidade – ou da necessidade de adoção do meio menos interferente ou gravoso – também se relacionam ao que é factível.⁹⁸⁶ A ideia aqui é verificar se não pode ser encontrado um meio menos interferente para que se possa atingir os mesmos fins. A pergunta, então, era se existe um meio menos gravoso à proteção do grupo minoritário contra a discriminação do que a condenação do paciente por um crime imprescritível. Nesse caso, o Min. Gilmar Mendes realmente respondeu à pergunta, apontando seu entendimento negativo a esse respeito, pois, segundo ele, o enquadramento legal da questão não deixava margem para outra resposta e, além disso, a dosimetria da pena havia sido feita “com cautela”. A questão aqui, como se pode notar, é que os comandos desse subprincípio tornaram-se, de certo modo, supérfluos, dado que a Constituição já havia determinado qual o meio que deveria ser adotado. Logo, novamente uma questão decorrente da dimensão interpretativa da adequação teve influência decisiva e prejudicial sobre um dos subprincípios da proporcionalidade.

Cumprido ressaltar que a ordem dos subprincípios da proporcionalidade não é aleatória; a sua verificação tem que ser feita na ordem apontada: adequação-*suitability*, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Isso porque os testes que devem ser feitos em virtude de cada um dos subprincípios vão se tornando cada vez mais exigentes. Assim, uma vez que se rejeite o meio adotado como adequado-*suitability* ao fim almejado, as análises exigidas pelas outras dimensões ficam prejudicadas. Isso porque, se ele não é adequado-*suitability*, sequer se pode considerar se ele é meio menos gravoso ou se ele decorre de uma proporcionalidade correta entre os princípios em jogo. Desse modo, não é de se admirar, muito antes pelo contrário, que uma vez que o Min. Marco Aurélio julgou inadequado-*suitability* o meio adotado pelo Tribunal Estadual, ele também tenha reprovado o meio nos dois subprincípios seguintes. É tal como pode ser observado das considerações feitas pelo Ministro a esse respeito, nas quais fica claro o quão prejudicial é a determinação da não adequação-*suitability*:

O segundo subprincípio é o da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*), segundo o qual a medida escolhida não deve exceder ou extrapolar os limites indispensáveis à conservação do objetivo que pretende alcançar. Com esse subprincípio, o intérprete reflete, no caso, se não existem outros meios não

⁹⁸⁵ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Córrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004, p. 670.

⁹⁸⁶ ALEX. 2004.

considerados pelo Tribunal de Justiça que poderiam igualmente atingir o fim almejado, a um custo ou dano menor aos interesses dos cidadãos em geral. Paulo Bonavides registra que esse cânone é chamado de princípio da escolha do meio mais suave. Na hipótese, a observância desse subprincípio deixa ao Tribunal apenas uma solução cabível, ante a impossibilidade de aplicar outro meio menos gravoso ao paciente: conceder a ordem, garantindo o direito à liberdade de manifestação do pensamento, preservados os livros, já que a restrição a tal direito não garantirá sequer a conservação da dignidade do povo judeu.⁹⁸⁷

5.24.5.3 O terceiro subprincípio: a proporcionalidade em sentido estrito ou a Lei do Balanceamento

Passa-se, agora, à análise do último subprincípio, aquele que segundo Alexy se identifica com a Lei do Balanceamento. Cumpre ressaltar de início que, ambos os Ministros, ao passarem a esse juízo, têm em mente a forma simplificada da Lei do Balanceamento, aquela defendida na *Teoria dos Direitos Fundamentais*⁹⁸⁸ e não aquela decorrente dos refinamentos posteriores.⁹⁸⁹ Assim, os Ministros se preocuparam principalmente com o grau de intervenção de um princípio em relação ao grau de necessidade de satisfação do outro nas circunstâncias específicas do caso concreto, ainda que seja possível encontrar em algumas passagens referências ao peso abstrato dos princípios e considerações quanto à certeza empírica das premissas fáticas.

O Min. Gilmar Mendes postula que:

A decisão atende, por fim, ao requisito da **proporcionalidade em sentido estrito**. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcusável para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie.⁹⁹⁰

Se os outros dois subprincípios atendiam ao que era factível, esse último se refere à determinação do que é juridicamente possível e quando se trata de princípios isso se

⁹⁸⁷ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 897.

⁹⁸⁸ ALEXY. 2004.

⁹⁸⁹ ALEXY. 2008.

⁹⁹⁰ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. pp. 670-671.

determina pela confrontação entre eles. Nesse sentido, o Min. Gilmar Mendes argumenta que a absolvição do paciente importaria em interferência significativa sobre diversos outros princípios pertinentes ao caso, interferência essa que não se justificaria em face da necessidade de satisfação da liberdade de expressão no caso concreto. Ou, a contrário senso, extrapolando um pouco os argumentos efetivamente utilizados pelo Ministro, mas que sem dúvida estão neles implicados, a criminalização de um tipo de discurso marginal na sociedade e contrário a diversos valores constitucionais, seria uma interferência demasiadamente fraca na liberdade de expressão para justificar o impacto que a sua permissão e não punição teria sobre a necessidade constitucional de proteção de grupos minoritários e de formação de um espaço democrático isonômico.

As considerações do Min. Marco Aurélio a respeito são distintas. Tal como apontado, a partir do momento que o Ministro entendeu que o meio adotado não era adequado-*suitability*, ele não poderia, outrossim, considerá-lo necessário ou proporcional. Ainda assim ele seguiu na sua análise e cabe à presente dissertação segui-lo de modo a desnudar os meandros argumentativos utilizados. Ele aponta, depois de descrever o que exige esse subprincípio, que:

Assim, cumpre perquirir se é razoável, dentro de uma sociedade plural como a brasileira, restringir-se determinada manifestação de opinião por meio de um livro, ainda que preconceituosa e despropositada, sob o argumento de que tal ideia incitará a prática de violência, considerando-se, todavia, o fato de inexistirem mínimos indícios de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira.⁹⁹¹

As considerações aqui feitas se relacionam à certeza empírica das premissas fáticas, quer dizer, nada, segundo o Min. Marco Aurélio, indica que, de fato, as condutas do paciente levarão aos efeitos nefastos apontados pelos outros Ministros. Em outras palavras, para o Ministro, o efeito prático dos atos do paciente não gera qualquer prejuízo à dignidade do grupo minoritário dada a desprezível possibilidade de a suas visões se generalizarem ou de que seus livros sejam veículos para esse fim. As “obras” continuariam, assim, apenas como exemplos dos despropósitos e despautérios de um autor obscuro, legado ao esquecimento, sem que pudesse causar qualquer dano efetivo a alguém. O Ministro aponta, ainda, que ele pensa não ser razoável “punir o paciente pela edição de livros alheios, responsabilizá-lo por ideias que nem sequer lhe pertencem, tendo em vista que há outras maneiras mais fáceis, rápidas e econômicas de a população ter acesso a tais pensamentos, como a *internet*.”⁹⁹²

⁹⁹¹ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 898.

⁹⁹² STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004. p. 898.

Argumento esse que, em verdade, não se refere ao subprincípio ora em comento, mas àquela da adequação-*suitability*. Quer dizer, uma vez que é possível ter acesso aos livros publicados pelo paciente em outros meios, de maneira até mais fácil, punir-lhe pela publicação não seria o meio adequado-*suitability* à proteção dos grupos minoritários. O Ministro aponta também que é em seu entendimento incabível condenar alguém por crime de racismo apenas por ter editado livros que possam ser considerados racistas. Aqui, a colocação é pertinente ao contexto. O argumento é o de que a condenação de alguém pelo crime de racismo pela edição de livros é uma interferência desproporcional na liberdade de expressão.

5.25 A integridade como melhor modelo de análise das decisões do Supremo Tribunal Federal

O que se observa de tudo quanto foi dito é que a proporcionalidade não teve lugar preponderante em qualquer dos votos e, mesmo quando foi utilizada, isso não se deu de forma exatamente compatível com a sua conformação teórica e serviu apenas como apoio à fundamentação. A questão do HC n. 82.424/RS⁹⁹³ foi resolvida pela maioria quando se entendeu que as condutas do paciente tipificavam o crime de racismo e que esse poderia ser praticado por meio de uma publicação literária. Essas eram as duas grandes perguntas pertinentes ao acórdão: O crime tipificado no art. 20 da Lei n. 7.716/89, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.081/90 é de racismo? Ele pode ser cometido por meio de publicação literária? As respostas a essas duas perguntas não decorreram de algum juízo de proporcionalidade, mas sim, da interpretação da história institucional, dentro da qual se destacou uma leitura moral da Constituição, das disposições desse Diploma vazadas em uma linguagem altamente abstrata e, na medida em que as repostas às referidas perguntas foram sendo respondidas, a ponderação já estava feita, não pelo Supremo Tribunal Federal, mas pelo Constituinte Originário. Logo, salvo se se considerasse equivocada a decisão constitucional, subtraindo-lhe a força gravitacional de influenciar argumentos em outros casos, a discussão a respeito da proporcionalidade da condenação tornar-se-ia inútil, exatamente como aponta a comparação entre a utilização da proporcionalidade conforme foi feitas nos dois votos estudados.

⁹⁹³ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004.

A integridade mostra-se, então, como modelo muito mais adequado para analisar holisticamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois, a interpretação da jurisprudência da Corte, analisada apenas à luz da proporcionalidade, explica, em menor extensão, os elementos argumentativo-estruturais utilizados pelos Ministros. Como visto, não se trata apenas do presente *habeas corpus*, todos os outros acórdãos analisados na presente dissertação que lidam com a aplicação de princípios, têm as suas *rationes decidendi* forjadas na integridade, nas respostas a questões de adequação e justificação.

Todavia, deve-se demonstrar que a integridade não é apenas mais adequada à história institucional da comunidade como modelo decisional do que o balanceamento, mas que, além disso, ela é uma interpretação melhor dessa história. O entendimento dessa questão passa pela compreensão que a proporcionalidade tem seu lugar dentro da grande estrutura argumentativa da integridade, que aquela é nesse sentido uma parte desta. E, em sendo assim, a proporcionalidade não pode substituir a integridade, porque uma está contida na outra e é a integridade e não a proporcionalidade que se mostra sobranceira.

Alexy aponta corretamente que a definição do escopo de proteção de uma norma constitucional do tipo princípio é “o resultado do jogo entre razões e contrarrazões”.⁹⁹⁴ O problema é que ele identifica isso como balanceamento. Se isso for tomado em conjunção com a noção, já apontada acima, segundo a qual a virtude do balanceamento é indicar o tipo de justificação que é necessária em um caso constitucional, tem-se que a limitação de um direito constitucional protegido por um princípio se dá através das razões que podem ser invocadas em seu favor em um juízo de balanceamento que se dá em um caso concreto. A questão é que outras razões, que não aquelas apontadas pelo balanceamento, são igualmente relevantes, ou talvez mais relevantes. A proporcionalidade é uma estrutura racional para a avaliação da relação entre meios e fins. O problema aqui não é a (ir)racionalidade da estrutura. Como Alexy argumenta – principalmente em face das críticas feitas por Habermas – é possível ver que o balanceamento produz decisões racionais. A verdade é que o balanceamento é também, tal qual a integridade, uma estrutura voltada para o descobrimento da melhor decisão. A proporcionalidade aponta alguns dos argumentos que têm que ser colocados por alguém que deseje demonstrar que a decisão que ele persegue é o melhor meio para que se atinja o fim pretendido, isso é, ela é o meio mais adequado-*suitability*, menos lesivo e que interfere menos nos outros princípios pertinentes.

⁹⁹⁴ ALEXY. 2004. p. 210. “*the result of an interplay of reason and counter-reason*”.

Acontece que a ponderação não pode ser feita à distância, ela é feita dentro de uma comunidade que tem uma história institucional. Assim, em um caso no qual dois princípios apontam soluções distintas, não faz sentido se embrenhar em um balanceamento sem antes verificar como esse conflito já foi resolvido na história da comunidade. Além disso, a argumentação que o balanceamento exige não tem como ser buscada sem referência a essa história institucional. Sem a primeira dimensão da interpretação, a Lei do Balanceamento não faz muito sentido na apreciação de casos difíceis. Como visto, o balanceamento pode ser desmontado em três estágios. “O primeiro estágio envolve o estabelecimento do grau de não-satisfação de, ou de detrimento ao, primeiro princípio.”⁹⁹⁵ Dado um meio que sobreviveu ao teste dos dois primeiros subprincípios da proporcionalidade, ou seja, que é adequado-*suitability* e menos lesivo que outros que puderam ser pensados, verifica-se qual o grau de interferência que ele infringe ao princípio que compete com aquele que determinou esse meio. Essa determinação é ela mesma interpretativa. A interferência sobre a liberdade de expressão decorrente de uma decisão judicial que condene alguém por escrever e publicar livros antissemitas só pode ser classificada como leve, média ou grave – conforme a escala básica proposta por Alexy – dentro de considerações políticas que decorrem de uma justificação da aplicação dos princípios subjacentes às decisões institucionais. Não existe uma experiência científica que possa demonstrar esse grau de interferência, a proposição segundo a qual ele é leve, ou médio, ou grave não é igual à proposição segundo o qual o céu é azul. A primeira das proposições citadas é uma proposição interpretativa e, como tal, ela depende da integridade dos argumentos que lhe suportam. Da mesma forma o segundo estágio, que pretende demonstrar “a importância de satisfazer o princípio que compete”.⁹⁹⁶ Nesse estágio a relação apontada entre o balanceamento e a integridade fica ainda mais clara. A importância de satisfazer um princípio em um conjunto de circunstâncias específicas não pode ser determinada legitimamente sem a referência à história da comunidade. O voto do Min. Marco Aurélio no MS n. 82.424/RS⁹⁹⁷ é uma demonstração clara nesse sentido. Com efeito, quase todo o voto do Ministro – provavelmente um dos mais longos por ele já proferidos, principalmente considerando que ele sequer era relator – tem este objetivo, demonstrar a importância de satisfazer o princípio concorrente, naquele caso a liberdade de expressão. As suas considerações, tal como demonstrado, o levaram ao Direito Comparado, ao Direito Internacional, ao Direito Constitucional, a uma análise dos anais da Constituinte e a uma

⁹⁹⁵ ALEXY. 2004. p. 401. “*The first stage involves establishing the degree of non-satisfaction of, or detriment to, the first principle.*”

⁹⁹⁶ ALEXY. 2004. p. 401. “*the importance of satisfying the competing principle.*”

⁹⁹⁷ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Córrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004.

teoria jurídica sobre a democracia. Assim, o que o segundo estágio requer só pode ser provido nas bases da integridade. O que dizer então do terceiro estágio, aquele em que “a importância de satisfazer um dos princípios que competem justifica o detrimento ao, ou a não satisfação do, outro.”⁹⁹⁸ Apenas dentro de uma teoria jurídica e, em diversos casos constitucionais, política e abrangente, do tipo exigida pela integridade, é possível aduzir esse tipo de justificativa. Todos os três estágios do balanceamento exigem argumentos que se baseiam em proposições interpretativas e essas só se justificam quando satisfazem a integridade.

Alguns casos citados por Alexy para demonstrar a viabilidade do balanceamento são demasiadamente simples, por exemplo: a apreciação da constitucionalidade da determinação de que os produtores de derivados de tabaco colocassem avisos na embalagem de que esses produtos podem causar danos à saúde.⁹⁹⁹ Nesse caso haveria uma tensão entre a liberdade profissional e o direito à saúde. Mas, a decisão pela constitucionalidade da medida aqui é óbvia, como aponta o próprio Alexy.¹⁰⁰⁰ Em outras palavras, não se trata de um caso em que mais de uma resposta sobreviveria ao teste da adequação. Nem todos os casos em que se alega um conflito de princípios são de difícil solução. A cominação de penas prisionais para estupradores representa uma séria interferência sobre a liberdade de ir e vir dessas pessoas, nem por isso são comuns, ao menos em nível judicial, discussões em tese a respeito da tensão entre o direito de ir e vir dos estupradores e o direito da comunidade ver recolhidas do convívio social. Discute-se se alguém efetivamente cometeu o crime de estupro ou se ele foi acusado, julgado e apenado nos termos da lei, mas não a constitucionalidade da lei que determina uma pena prisional para o crime de estupro. Sem dúvida podem ser reconhecidas gradações também aqui. A pena perpétua seria uma restrição mais grave ao direito de ir e vir do condenado, enquanto uma pena que determinasse que ele apenas fosse dormir na cadeia seria uma leve, isso, contudo, não é suficiente para demonstrar que a consideração geral de que o art. 213 do Código Penal é constitucional seja fruto de um balanceamento. Sem dúvida, tal como já apontado, o dispositivo mesmo é fruto de algum tipo de ponderação – talvez até de um balanceamento propriamente dito – mas um feito pelo Congresso Nacional quando da promulgação da lei. O problema do balanceamento é que sempre que a medida *sub judice* for paradigmaticamente leniente ou adequada – como a determinação de que os fabricantes de cigarro alertem sobre os efeitos deletérios que podem advir da utilização do produto por eles produzido ou da constitucionalidade da pena estabelecida para o crime de estupro – ela gerará

⁹⁹⁸ ALEXY. 2004. p. 401. “the importance of satisfying the competing principle justifies the detriment to, or non-satisfaction of, the first.”

⁹⁹⁹ BVerfGE 95, 173 (184).

¹⁰⁰⁰ ALEXY. 2004.

um julgamento correto. Ninguém precisa de um modelo para os casos óbvios ou fáceis, são aqueles que envolvem questões normativas complicadas que necessitam de um modelo e neles, tal como demonstrado pelo HC n. 82.424/RS,¹⁰⁰¹ o balanceamento não é suficiente.

Sem as devidas referências às exigências da integridade, como apontado por Cattoni de Oliveira, a coisa vira um exercício de “preferibilidade”.¹⁰⁰² E nesse sentido, conquanto já tenha sido apontado que as concepções de Alexy se aproximam do convencionalismo,¹⁰⁰³ parece mais correto dizer que ele se aproxima do pragmatismo, dado que a legitimidade das decisões judiciais decorre apenas da sua correção em face do balanceamento. Assim, como, segundo Alexy, o balanceamento pode gerar respostas diferentes para um mesmo problema jurídico, dado que “o balanceamento não é um procedimento que leva necessariamente a precisamente um resultado em todos os casos”,¹⁰⁰⁴ o modelo proposto pelo autor parece poder conviver com uma situação em que é possível que pessoas sujeitas às mesmas circunstâncias recebam decisões distintas. Ela sequer contém uma explicação sobre porque isso é ruim em tese. A teoria é indiferente a isso. É certo que Alexy postula um direito geral à igualdade, mas essas considerações posteriores não se integram ao modelo de decisão. Apenas por isso já se deveria considerar a integridade como um modelo mais completo. Parece certo que o balanceamento só pode ter lugar legítimo depois que Hércules já passou a questões de adequação extremamente abstratas, depois que duas soluções cada uma fruto de princípios concorrentes, já passaram por uma série de testes mais imediatos e concretos. Assim, no ponto em que o julgador tem que decidir qual dessas decisões representa uma justificativa melhor para a autoridade moral da comunidade, ele pode pedir ajuda aos argumentos sugeridos pelo balanceamento.

A proporcionalidade em sentido lato e, mais especificamente, o balanceamento servem, assim, não como modelo básico de decisão, no qual eles falham nas duas dimensões como julgamento interpretativo da prática judiciária, mas como subsídio em casos muito difíceis nos quais as considerações da integridade levem o julgador a uma situação em que duas possíveis e diferentes decisões são adequadas em níveis cada vez mais diáfanos de concretude, de modo que restem a ser considerados apenas os grandes direitos da

¹⁰⁰¹ STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Córrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004.

¹⁰⁰² CATTONI DE OLIVEIRA. 2002.

¹⁰⁰³ GAMA. 2007.

¹⁰⁰⁴ ALEXY. 2004. p. 402. “*balancing is not a procedure which leads necessarily to precisely one outcome in every case.*”

Constituição. Pode ser que nesse nível, um conflito entre esses valores abstratos se revele como uma forma mais profunda de cooperação.¹⁰⁰⁵

Essa vocação do balanceamento pode ser vista inclusive na forma como ele é operado pelo próprio Alexy. Enquanto Dworkin utiliza para a demonstração de seu modelo normas muito concretas – que refletem diferentes posicionamentos sobre a questão da indenização por danos morais – Alexy usa os grandes princípios constitucionais: a liberdade de profissão, o direito à integridade física, o direito de expressão e a dignidade humana. Talvez seja possível dizer que isso reflete a própria cultura em que os autores estão inseridos; o contexto anglo-saxão, tradicionalmente, mais prático e empírico e o germânico mais teórico e racionalista. Mas, no final das contas, é o abandono da pretensão à resposta correta que inviabiliza a proporcionalidade como modelo abrangente.

5.26 Da inevitabilidade lógica da resposta correta e da responsabilidade dos agentes morais

Apenas um modelo que tem compromisso com a integridade pode postular função de modelo teórico de decisão. Como já deve ter ficado claro no decorrer na presente dissertação e como Dworkin afirma na introdução ao *Império do Direito*,¹⁰⁰⁶ a tese da resposta correta não reflete a noção de que uma resposta correta possa ser demonstrada, isso é, que podem em favor dela ser aduzidos argumentos incontestáveis, com os quais qualquer pessoa racional teria que inevitavelmente que concordar. Muito antes pelo contrário, a resposta correta é uma questão de responsabilidade moral. Como já apontado, não existe qualquer subsídio argumentativo não moral que possa ser chamado em suporte da moral. Proposições morais são suportadas apenas por outras proposições morais e, por mais que se procure, não se encontra algo que possa ser dito em favor de uma proposição moral que não seja outra proposição moral. Isso, no entanto, não implica dizer que dada essa impossibilidade, que as respostas oferecidas a problemas morais são meramente subjetivas. Isso porque os argumentos nos quais os juízos morais se apoiam são racionalizáveis e na medida em que eles são articulados de forma íntegra e responsável, não se pode dizer que eles se conduzam a questões tais como a de gosto. O julgamento segundo o qual o sorvete de chocolate é o

¹⁰⁰⁵ DWORKIN. 2011.

¹⁰⁰⁶ DWORKIN. 2001.

melhor que existe é diferente do julgamento segundo o qual o racismo é errado. Sem dúvida alguém pode aduzir argumentos racionais em favor dos primeiro julgamento, mas dificilmente se exigirá dele a mesma articulação que se exige do segundo. Não há qualquer sentido em se exigir que aquele que afirmou o primeiro juízo tente integrá-lo com outros gostos que ele possa ter, por exemplo, com o fato de ele achar que risotos de gorgonzola são superiores a outros tipos risoto. Uma coisa não se liga à outra ou, pelo menos, não se exige que assim seja. Por outro lado é perfeitamente cabível exigir de alguém que explique porque ele entende que o racismo é equivocado moralmente, mas defenda o direito de as pessoas de abortarem. Aqui não se tem dois julgamentos completamente distintos, como aquele sobre sorvetes e risotos, mas julgamentos que devem ser integrados dentro de proposições de valor mais gerais.

Quando alguém detém uma opinião, por exemplo, entendendo que discriminar alguém em virtude do seu credo religioso é errado ou que fazer o aborto de um feto saudável é moralmente condenável, ele detém essas opiniões porque acredita na verdade delas. Ele, em um nível muito pessoal, mas apoiado em argumentos que podem ser generalizáveis,¹⁰⁰⁷ entende que essa é a resposta correta a respeito da questão posta. Dworkin aponta nesse sentido:

Um jurista acadêmico poderia dizer, por exemplo, que apesar de uma interpretação particular da cláusula de igual proteção lhe parecer melhor, ele sabe que outros discordam, e que ele não pode dizer que existe apenas uma interpretação correta ou que aqueles que discordam dele estão simplesmente errados. Essa forma bizarra de usar as palavras não faz qualquer sentido: se na opinião dele uma interpretação é melhor, então, em sua opinião, interpretações contrárias são inferiores e ele se contradiz a si próprio quando afirma que algumas delas não são.¹⁰⁰⁸

A questão da resposta correta se torna quase lógica nesses termos, uma decorrência da regra do terceiro excluído.¹⁰⁰⁹ Isso, todavia, não deve ser, de maneira alguma, interpretado como algum tipo de arrogância ou intolerância. Muito pelo contrário, a integridade convida as pessoas a discutirem e tentarem convencer uma as outras de seus julgamentos morais. Nesse sentido, alguém acredita que uma dada opinião moral por ele mantida é a melhor até que ele seja convencido por outrem de que outra é a melhor. De qualquer maneira, em um dado momento, as convicções morais que alguém mantém são sempre aquelas que ele julga serem

¹⁰⁰⁷ HABERMAS. 2004.

¹⁰⁰⁸ DWORKIN. 2011. p. 126. “*An academic lawyer might say, for example, that though a particular interpretation of the equal protection clause seems best to him, he knows that others disagree, and he cannot say that there is only one correct interpretation, or that those who disagree with him are simply mistaken. That bizarre form of words makes no sense at all: if in his opinion one interpretation is best, then, also in his opinion, contrary interpretations are inferior and contradicts himself when he asserts that some of them are not.*”

¹⁰⁰⁹ ARISTOTLE. 1857.

as melhores. Não se expressa logicamente alguém que diga que acredita que o aborto de fetos saudáveis é moralmente condenável, mas que, no entanto, o julgamento contrário é, na verdade, melhor, ou mesmo que ele pode ser melhor. A articulação racional dessa resposta levaria ou à refutação da primeira proposição – a de que o aborto de fetos saudáveis é moralmente condenável – ou da segunda – a de que o julgamento contrário é ou pode ser a melhor. Alguém que diga que a posição contrária a que ele agora pensa correta pode ser melhor, porque poderiam existir argumentos dos quais ele não tem conhecimento que poderiam demonstrar que ele está errado, está dizendo apenas que ele está aberto a ouvir a opinião alheia e lhes julgar os méritos e, se então considerar os fundamentos da posição contrária melhores que os seus, mudar de opinião. Isso não muda o fato de que ele julga tal fato imoral, que, nesse momento, essa é a única resposta correta. Também foge ao ponto dizer que o aborto poderá ser moral ou imoral dependendo das circunstâncias. Sem dúvida, qualificações e refinamentos às premissas iniciais podem mudar o resultado do julgamento, mas a opinião mais concreta mantida por aquele que agora consideram questões mais específicas, continua ainda sendo aquela que ele pensa ser a mais correta, a melhor.

Desse modo, mesmo as opiniões de um ignóbil são, para ele próprio, aquelas que ele entende serem as mais corretas. Isso não quer dizer que, apenas por isso, elas são opiniões tão boas quanto aquelas mantidas por pessoas sensatas, ponderadas e sábias. Dworkin entende que convicções morais diferentes não têm igual valor e que, nesse sentido, umas são melhores que as outras, ou mais verdadeiras. A pessoa que acredita que o genocídio é uma alternativa moralmente correta teria sérias dificuldades para construir uma teoria moral complexa e integrada que tivesse como resultado esse julgamento. Nesse sentido, a sua opinião é pior que uma outra que encontre maior sustentação em uma teoria moral desse tipo. Como dito, as proposições morais podem ser julgadas quanto à sua verdade em face de seus fundamentos e das correlações desses com uma teoria moral que lhes agreguem de maneira coerente e não existe qualquer teste não moral ou qualquer autoridade que possa decidir quais argumentos são melhores. Cada um deve julgar por si a validade e fundamentação das suas próprias opiniões morais e da dos outros. “Nós somos sempre culpados de um tipo de circularidade. Não existe nenhuma forma para que eu possa testar minhas convicções morais exceto desenvolvendo novas convicções morais.”¹⁰¹⁰ Dworkin aponta que:

¹⁰¹⁰ DWORKIN. 2011. p. 100. “*We are always guilty of a kind of circularity. There is no way I can test the accuracy of my moral convictions except by developing further moral convictions.*”

O que os preocupa [os não filósofos] não é se proposições morais podem ser verdadeiras, mas quais proposições são verdadeiras; não se podemos, mas se nós temos boas razões para pensar como pensamos. Muitas pessoas e alguns filósofos que fazem essa pergunta esperam encontrar um teste de tornassol: um teste para bons argumentos morais que não implique a questão que ele tenta responder por já pressupor alguma teoria moral controversa. Se o argumento desse livro até aqui é válido, essa não é uma esperança razoável. A nossa epistemologia moral – nossa explicação¹⁰¹¹ de boa argumentação racional sobre questões morais – deve ser integrada ao invés de uma epistemologia arquimediana, e ela deve, por isso, ser, ela mesma, uma teoria moral substantiva, de primeira ordem.¹⁰¹²

Assim, convicções morais heterodoxas, como aquelas de um fundamentalista religioso, dificilmente seriam universalizáveis sem contradição, ou, em termos mais teóricos, elas dificilmente atenderiam aos pressupostos do imperativo categórico.¹⁰¹³ A relação entre a integridade e alguns aspectos da teoria moral kantiana é inapelável. A integridade, como ideal regulativo da razão, postula assim como o imperativo categórico, que os deveres morais são aqueles universalizáveis sem contradição e que em última instância todos os julgamentos morais podem ser integrados em uma mesma rede inconsútil. Todos os seres humanos julgam as suas próprias convicções como as melhores possíveis, integrando-se todos em um debate numa busca coletiva por aquela que, em termos ideais, é a única resposta correta. A tese da única resposta correta está, assim, ligada a uma concepção de verdade segundo a qual: “verdade é o que conta como a única solução que resolve um desafio de investigação com sucesso.”¹⁰¹⁴ A proposição “4” é a solução verdadeira para o desafio posto pela investigação a respeito da resposta correta para o problema “2+2”, porque ela é a única resposta correta a ele. Da mesma forma, a proposição “Torturar bebês por diversão é errado” é a solução verdadeira para o desafio posto pela investigação a respeito da resposta correta para o problema “Torturar bebês é errado?”, porque ela é a única resposta correta a ele. A diferença é apenas que o primeiro problema é matemático e o segundo interpretativo.

Porém, esse ideal, como aqui defendido, é regulativo e na ausência de qualquer critério ou árbitro que possam definir quais são os argumentos morais corretos ou aqueles que mais se aproximam da verdade, a determinação de quais são os argumentos que podem ser

¹⁰¹¹ A palavra no original é *account* e a tradução foi “explicação”, mas o sentido aqui é de *logos*, como utilizado nos textos platônicos e interpretado por Heidegger.

¹⁰¹² DWORKIN. 2011. p. 100. “*What worries them [nonphilosophers] is not whether moral claims can be true but which moral claims are true; not whether we can, but whether we do, have good reasons to think as we do. Many people and some philosophers who press that question hope to find a litmus stick: a test for good moral reasoning that does not beg the question it tries to answer by already presupposing some controversial moral theory. If the argument of this book so far is sound, that is not a reasonable hope. Our moral epistemology – must be an integrated rather than an Archimedean epistemology, and it must therefore be itself a substantive, first-order moral theory.*”

¹⁰¹³ KANT. 1997.

¹⁰¹⁴ DWORKIN. 2011. p. 177. “*truth is what counts as the uniquely successful solution to a challenge of inquiry.*”

considerados como adequados do ponto de vista moral deve se voltar para um princípio moral estrutural. Esse é a exigência da responsabilidade. Dworkin afirma que:

Nós somos moralmente responsáveis no grau em que nossas várias interpretações concretas atingem uma integridade geral de modo que cada uma suporta as outras em uma rede de valor que nós aceitamos de forma autêntica. Na extensão que nós falhamos nesse projeto interpretativo – e parece ser impossível suceder completamente – nós não estamos agindo completamente com base nas nossas convicções e assim nós não somos completamente responsáveis.¹⁰¹⁵

No campo político, quando alguém se coloca perante um juiz, esse tem a responsabilidade de dar a melhor decisão, ele deve se ver como órgão de uma comunidade e tentar dar a decisão que, em sua opinião, melhor se integra às decisões que essa mesma comunidade tomou no passado e no momento em que ele sentar para privar alguém de seus bens ou de seus direitos, ele tem que dar a resposta correta. A resposta correta é um ideal político que se traduz numa obrigação dos julgadores de buscá-la nos princípios que permeiam a prática jurídica, de modo a decidir um caso concreto à luz de uma teoria legal coerente. Nesse sentido:

Suponhamos que se diga que, em tal caso, tudo a que as partes têm direito de esperar é que o árbitro faça uso do seu melhor julgamento. Em certo sentido, isso é perfeitamente verdadeiro, pois as partes não podem ter mais, no que toca à decisão do juiz, do que o melhor juízo deste. [...] Em outras palavras, as partes têm direito a seu melhor juízo sobre a verdadeira natureza de seus direitos. A proposição de que existe uma resposta “certa” a essa pergunta não significa que as regras do xadrez [ou do Direito] sejam exaustivas e não ambíguas; na verdade trata-se de uma complexa afirmação sobre as responsabilidades dos árbitros e dos participantes.¹⁰¹⁶

A integridade não tem a pretensão de que todos concordarão com a decisão a que o juiz chegará, mais do que isso ela chama a atenção para o fato de que os juízes “cometerão tais erros em algumas ocasiões, pois são falíveis e, de qualquer modo, divergem entre si.”¹⁰¹⁷ Contudo, “devemos confiar nas técnicas de decisão judicial que, a nosso juízo, possam reduzir o número de erros, com base em algum juízo a respeito das capacidades relativas dos homens e mulheres que podem desempenhar diferentes papéis.”¹⁰¹⁸ Rejeitar essa teoria pode implicar duas coisas: a) a rejeição de que os juízes devem tentar decidir uma lide forense da melhor

¹⁰¹⁵ DWORKIN. 2011. p. 101. “*We are morally responsible to the degree that our various concrete interpretations achieve an overall integrity so that each supports the others in a network of value we embrace authentically. To the extent that we fail in that interpretative project – and it seems impossible wholly to succeed – we are not acting fully out of conviction, and so we are not fully responsible.*”

¹⁰¹⁶ DWORKIN. 2002. p. 163.

¹⁰¹⁷ DWORKIN. 2002. p. 202.

¹⁰¹⁸ DWORKIN. 2002. p. 203.

maneira possível; ou b) que as decisões devem ser tomadas por algum outro órgão. Ambas as proposições são inaceitáveis.

A tese da resposta correta postula que as partes têm direitos – mesmo quando não está claro quais direitos são esses – que não cabe ao juiz, num caso controverso, meramente decidir como quiser, sem considerar a possibilidade de que princípios imanescentes no Direito posto determinam uma decisão num sentido. Assim, a tese da resposta correta serve “a qualquer juiz como um poderoso lembrete de que pode muito bem errar nos juízos políticos que emite, e que deve, portanto, decidir os casos difíceis com humildade.”¹⁰¹⁹ Por esse motivo, a integridade não é apenas adequada às práticas judiciárias brasileiras, mais do que isso, ela apresenta um modelo suficiente para que elas próprias se justifiquem, isso é, ela demonstra o que deve ser atendido para que se apresente um *λόγος* (*logos*) dos motivos pelos quais a comunidade adotou certos princípios de Justiça para lhe reger e exige responsabilidade dos agentes públicos nessa consideração.

¹⁰¹⁹ DWORKIN. 2002. p. 203.

CONCLUSÃO

O positivismo é, em certo sentido, para o Direito o que as teorias de Isaac Newton são para a Física. A integridade é como a relatividade einsteiniana. O positivismo explica uma série de características centrais e paradigmáticas do Direito. Ele explica o que são as regras, como elas funcionam e como elas podem ser criadas. O positivismo, no entanto, tem seus limites. Ele falha em explicar porque as normas jurídicas são, em última instância, válidas e como elas devem ser aplicadas a casos concretos. Em outras palavras, o positivismo falha como uma teoria sobre as bases do Direito e sobre a interpretação das normas jurídicas. Isso porque, tal como a Física newtoniana desconhecia a relatividade do tempo, o positivismo desconhece a força normativa dos princípios.

A Constituição estabelece normas como aquelas segundo a qual a dignidade humana é fundamento da comunidade. Para o positivismo, normas como essas não fazem muito sentido. Tomada topicamente, a norma segundo a qual a dignidade humana deve ser respeitada não significa nada. Nada em sua formulação verbal indica o que é que se deve entender por dignidade humana. Entender que “dignidade” é a “qualidade moral que infunde respeito; consciência do próprio valor, honra, autoridade, nobreza”¹⁰²⁰ e que “humano” é aquilo que é “relativo ao homem ou próprio da sua natureza”,¹⁰²¹ não indica ao julgador como aplicar uma norma como essa. Ele precisa dar um sentido axiológico para essa norma. Ele precisa conferir um sentido a essa norma. Isso é feito através de um processo interpretativo.

Esse processo interpretativo não abrange, contudo, apenas normas abstratas como aquela referente à dignidade humana, ele se aplica também a outras mais concretas, como aquela segundo a qual o limite de velocidade deve ser respeitado. A integridade tem que também oferecer a melhor explicação sobre como funcionam essas regras e como os casos simples têm que ser decididos, da mesma forma que a relatividade explica, não apenas o movimento de grandes astros no universo, mas, também da caneta que alguém deixa cair. A explicação, sem dúvida, é mais complexa, mas é preciso que seja assim para que se possa reunir dentro de uma mesma *ratio* a explicação tanto dos casos mais simples, quanto dos mais difíceis.

A integridade pede, então, que o resultado desse processo interpretativo passe em seu teste. Dado que se conferiu um sentido ou um propósito a uma dada norma, um sentido ou

¹⁰²⁰ HOUAISS. 2001. p. 1.040.

¹⁰²¹ HOUAISS. 2001. p. 1.554.

propósito que justifique racionalmente a sua adoção, é preciso que se verifique se essa justificativa pode ser sustentada como verdadeira em vista das bases do Direito. É então que entram os paradigmas. Os paradigmas são características e propriedades do sistema jurídico que devem tipicamente figurar em qualquer interpretação dele. No sistema pátrio é, por exemplo, paradigmático que a Constituição conferiu poder ao Congresso Nacional para promulgar as leis e que as leis promulgadas pelo Congresso Nacional têm presunção *iures tantum* de validade e que, nesse sentido, elas devem ser seguidas pelos cidadãos e aplicadas pelos órgãos políticos da comunidade. Os paradigmas do sistema jurídico resolvem a maioria das questões simples. Assim, a regra que estabelece que 60 km/h é a velocidade máxima permitida em uma via de trânsito deve ser respeitada porque sua existência e validade decorrem, naturalmente, desses paradigmas. A existência dos paradigmas explica o porquê de existirem casos simples do ponto de vista normativo.

Todavia, mesmo na aplicação das regras, em algumas hipóteses, esbarra-se nos limites do positivismo. Para aplicar o Direito é preciso interpretá-lo. O positivismo, como apontado, não contém um modelo adequado de interpretação do Direito. Quando é possível advogar, com razoável sucesso, interpretações distintas para uma única norma jurídica, o positivista afirma que qualquer que seja a escolha tomada pelo órgão julgador ela será valiosa do ponto de vista jurídico. No entanto, não é assim que os Tribunais decidem esses casos. A prática cotidiana desabona a visão de que, diante de uma norma que pode ter várias interpretações distintas, o julgador abandona os critérios jurídicos. Pelo contrário, o que ficou claro da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nas situações em que isso deu, foi que os argumentos da Corte continuaram a ter natureza jurídica, não sendo substituídos por argumentos de natureza política, de gosto, estéticos ou de qualquer outro tipo, ao menos ordinariamente. A interpretação que se dá às normas jurídicas nesse caso é fruto de considerações a respeito de qual justificativa para a sua adoção reflete melhor a história institucional da comunidade. A interpretação não é, assim, um subproduto indesejado do Direito, mas a sua essência.

Sendo assim, foi necessário trazer à tona as dimensões que uma interpretação tem que satisfazer para que tenha sucesso e quais tipos de argumento podem ser utilizados. O processo interpretativo passa pela identificação de certas normas e práticas como aplicáveis a dadas circunstâncias concretas; pelo reconhecimento de que essas normas práticas têm um sentido, finalidade ou propósito; e, em fim, pela noção de que o conteúdo dessas mesmas normas ou práticas é sensível a seu sentido, finalidade ou propósito. Desse modo, o juízo segundo o qual o Direito exige que *A* se comporte da maneira *x* envolve, para determinação de *x*, uma

argumentação justificativa da existência de x como dever em um dado sistema jurídico. Essa argumentação não pode ser tópica. Ela não pode se referir apenas ao problema em foco. Ela se relaciona com todas as outras proposições de mesma categoria que podem ser encontradas. Essa interpretação deve ser adequada às demais práticas e normas jurídicas da comunidade e, por consequência, às justificativas que se apresentam – algumas inclusive paradigmaticamente – para a adoção dessas outras normas. Ela deve ainda contribuir para uma justificação total do perfil jurídico daquela comunidade. Essa interpretação, que agora se dá a uma norma individual, tem que se coadunar com a história institucional em que está inserida. Ela tem que estar em acordo com essa história e tem que se justificar como a melhor interpretação em face dos princípios que formam a sua base.

É por isso que na montagem dessa história não são, via de regra, cabíveis argumentos de natureza política. Esses argumentos não podem contribuir para essa história, porque eles são de natureza distinta. No Direito o que vale são os argumentos de princípio, argumentos que se relacionam com essa história institucional. Os argumentos de estratégia política não estão limitados por ela da mesma forma que os argumentos de princípio, não é da sua natureza se voltar para o passado. Enquanto os argumentos de princípio têm que manter esse foco no passado, para construir a melhor narrativa dessa história para o futuro, os argumentos de estratégia política não têm esse compromisso. O compromisso deles é com o futuro da comunidade, com aquilo que pode torná-la melhor daqui em diante, independente dos direitos que alguém possa ter. Diferentemente, os argumentos de princípio tentam construir a melhor interpretação desses direitos para o futuro, mesmo que em detrimento do bem-estar da comunidade. Assim, são questões distintas aquelas de saber qual é o melhor caminho para a comunidade como um todo daquela de se saber quais são os direitos que as partes que se apresentam perante um juiz têm, ou, ainda, nas ações abstratas, como o Direito requer que sejam decididas. Não faria sentido perguntar se um argumento de estratégia política é adequado à história institucional. A melhor interpretação das normas constitutivas da comunidade deve deixar espaço para os órgãos legislativos e executivos, cada um conforme sua competência, avançarem as políticas públicas, as concepções de bem-estar social que entenderem as mais adequadas a cada momento. Um novo Governo ou Legislatura que assume não está obrigado a manter coerência com as escolhas políticas dos anteriores, até porque, muitas vezes, eles foram eleitos justamente para implementar mudanças políticas.

Ao Judiciário não cabe avançar essas metas políticas. A competência dele é resolver e pacificar os conflitos sociais aplicando os padrões normativos escolhidos pela comunidade e garantir que as escolhas normativas – e conseqüentemente também políticas – tomadas pelos

órgãos políticos da comunidade – inclusive aqueles do próprio Judiciário – estejam de acordo com o esquema de princípios dessa comunidade. O Supremo Tribunal Federal é o Tribunal vocacionado especificamente para esse último fim. Fosse o Brasil uma monarquia absolutista, governada por um monarca supremamente bom, não haveria necessidade de conceder peso independente a qualquer de suas decisões, elas seriam sempre julgadas somente em face dos princípios substantivos e apenas pela sua substância, pois, do ponto de vista dos princípios formais as decisões seriam indiferentes. Porém, como não existe ser humano supremamente bom e, como lembra Lorde Acton, “todo poder tende a corromper e o poder absoluto corrompe absolutamente”.¹⁰²² Dividiu-se, então, as competências do Estado entre órgãos diferentes e, tendo isso em vista, as decisões tomadas por outros órgãos da comunidade devem ser julgadas não apenas em face dos princípios substanciais, mas também de certos princípios formais. Isso quer dizer que o julgamento tem que apresentar uma justificativa, compatível com a integridade para a existência de normas que conferem poder a esses outros órgãos comunitários. Nesse contexto, para que ele possa julgar inválida uma decisão tomada por outro órgão comunitário, ele deverá não apenas julgar que, de acordo com os padrões substantivos da comunidade, aquela não era a melhor decisão, mas sim que, apesar da competência conferida pela Constituição àquele órgão para tomar aquela decisão, ela viola a melhor interpretação das normas fundamentais que a comunidade escolheu para si, o que é bastante diferente.

A tarefa do Judiciário é, assim, bastante complexa. Ele tem que decidir uma série de casos nos quais não está claro o que é que a história institucional exige que se faça, casos em que pessoas extremamente capacitadas, cultas e inteligentes discordam sobre a solução. Ele tem que decidir esse caso utilizando argumentos que suportem uma interpretação que justifique a existência dessa história institucional. No entanto, para que esse empreendimento tenha algum sentido, é necessário que ele tome essa história institucional como fruto da pena de um único autor. Esse autor é a própria comunidade.

O Judiciário deve, assim, tentar unificar em uma única narrativa coerente toda essa história institucional e cada nova ação a ser decidida é um novo capítulo desse épico. Para fazer isso, ele precisa determinar quais são os princípios subjacentes a essa história e qual interpretação deles justifica a forma como as normas da comunidade vêm sendo aplicadas no decorrer do tempo. A nova decisão deverá ser aquela que é a mais adequada a diversas outras decorrências desses princípios em casos mais ou menos semelhantes e que justifique a

¹⁰²² DALBERG-ACTON. 1949. p. 364.

existência dessas outras regras em face desses princípios, justificando, com isso, de forma quase circular, também a existência desses princípios.

A primeira dimensão da interpretação se volta para o passado e para o controle intersubjetivo da decisão. Essa dimensão é soberana. Apenas as interpretações adequadas contam. Apenas elas se qualificam para disputar o posto de melhor decisão. A dimensão da adequação lembra ao julgador que, não obstante caber a ele decidir, ele está decidindo pela comunidade e que são os princípios dela que devem ser levados em consideração e não os seus próprios. Não cabe a ele julgar como se fosse o mais bem-aventurado dos homens e primeiro juiz sobre a Terra, exclusivamente sobre suas concepções de Justiça, levando em conta apenas aquele caso que agora lhe é submetido. Cabe sim, a ele julgar como órgão da comunidade, levando em conta a forma como outros órgãos da comunidade já decidiram questões parecidas segundo princípios comuns. Cumpre ao julgador decidir como se fosse a comunidade e como se a comunidade fosse uma pessoa, uma pessoa íntegra.

Como já ressaltado, julgamentos de primeira dimensão serão, na grande maioria dos casos, suficientes para resolver os litígios em questão. Em alguns deles, no entanto, mais de uma decisão sobreviverá ao teste da adequação. Esses são os casos difíceis e neles se faz necessário que se passe à segunda dimensão. Dentre as várias candidatas a melhor decisão, deverá ser escolhida, então, aquela que justifique em maior grau os princípios da comunidade, aquela suportada por argumentos morais que expliquem as razões de terem sido adotados aqueles princípios e não outros; que, não obstante outras possíveis decisões, aquela decisão que ela agora escolhe promoverá de forma mais competente a autoridade moral da comunidade; que todas as coisas consideradas, a comunidade estará melhor do ponto de vista moral, com a adoção daquela decisão e não de outras.

O problema de tudo isso é que toda essa estrutura só faz sentido se se reconhece a função normativa dos princípios. Todo esse sistema interpretativo que indica como o Judiciário deve aplicar a lei depende decisivamente dos princípios. Quando o Judiciário precisa deles para decidir casos difíceis, muitas vezes as soluções decorrem de normas que não exatamente existem no sistema como tal. Todavia, o modelo tradicional só reconhece que novas regras podem ser promulgadas segundo procedimentos estabelecidos para esse fim específico e não parece ser possível encontrar regras na Constituição que estabeleçam essa competência em relação ao Judiciário. A Constituição parece conferir esse poder apenas ao Congresso Nacional e, em certos casos, também ao Presidente da República. Desse modo, para que se possa compreender porque o Judiciário pode e deve, em certos casos, estabelecer novas regras para a comunidade é preciso pensar sobre as bases do Direito.

O princípio de Hume estatui que do fato de que algo *é* não pode decorrer que algo *deva ser*. Uma proposição de dever-ser só pode apoiar-se sobre outras de mesma natureza. Assim, o Congresso Nacional tem competência para promulgar leis para comunidades porque existe uma norma constitucional que lhe concede esse poder. Da mesma forma, existem uma série de outras posições jurídicas que se baseiam imediatamente na Constituição. As normas constitucionais, por sua vez, auferem seu *status* legal de haverem sido promulgadas pelo Poder Constituinte. Mas qual é então a norma que confere a competência de promulgar a Constituição ao Poder Constituinte? Kelsen postulou a norma fundamental, mas, tal como argumentado, essa postulação viola o princípio de Hume, porque ela não está baseada em uma proposição deontológica. Porém Kelsen atentou para uma consequência correta do princípio. Em última instância, o fundamento das normas jurídicas postas, não pode ser, ele mesmo, positivo. Como já tratado, os princípios, diferentemente das regras, não derivam sua existência como entes deontológicos válidos da sua positivação. Os princípios são julgamentos morais e sua existência e validade dependem apenas de outros julgamentos morais. Desse modo, ao contrário do que supunha Kelsen, a cadeia de fundamentação normativa, na ausência de um pressuposto, não segue *ad infinitum*. Ela tem fim. Ela para nos princípios e os princípios não precisam de qualquer norma de nível superior para se sustentar, eles se sustentam uns aos outros.

Assim, aquilo que dá fundamento último às proposições jurídicas são os princípios. Eles são, nesse sentido, as bases do Direito. Destarte, a validade da competência do Poder Constituinte para promulgar normas constitucionais e a especial importância e consideração que se dá aos princípios formais que dão força aos preceitos constitucionais decorrem do juízo de que esses princípios suportam essas proposições. Pois, todas elas auferem seu valor de verdade – e, por consequência, a sua força normativa – da sua conformidade a eles. Dessa forma, as novas normas estabelecidas para a comunidade pelo Judiciário serão válidas se as proposições jurídicas em que elas figurarem puderem ser defendidas como satisfazendo esses princípios que são a base do Direito. Nesse contexto, essas novas regras serão tão válidas quanto aquelas promulgadas pelo Congresso Nacional. Isso não quer dizer que o Judiciário possa se sobrepor ao Legislativo. O Judiciário não pode, em circunstâncias normais, estabelecer imunidades, criar impostos, mudar o período de apuração do Imposto de Renda das pessoas jurídicas ou a data em que deve ser entregue a declaração de rendimentos. O estabelecimento de novas regras, como dito, precisa decorrer da melhor interpretação desses princípios, não em abstrato, mas segundo as duas dimensões interpretativas e, portanto, no tempo. Não obstante, se puderem ser encontrados argumentos para isso, as novas regras serão

válidas da mesma forma que aquelas promulgadas pelo Congresso Nacional, pois ambas derivarão sua validade das mesmas bases. É nesse sentido que deve ser entendida a fundamentação constitucional correta que Alexy exige para a validade das normas constitucionais derivadas.

A hipótese da presente dissertação é, ela mesma, uma proposição interpretativa e, portanto, tem que suceder nas duas dimensões. Na análise da prática judiciária do Supremo Tribunal Federal puderam ser encontradas decisões que sustentavam a adequação de cada uma das proposições acima mencionadas. As longas apresentações dos argumentos utilizados pela Corte em cada um dos casos e – as reflexões que foram feitas acerca delas – demonstraram isso. A hipótese é adequada à prática judiciária pátria. A integridade é um modelo de decisão adequado. A integridade pode servir, como tal, para testar a legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal tanto as fáceis, quanto as difíceis. Sem dúvida a história institucional da Corte é, mesmo limitando-se a 1988, demasiadamente longa e variegada, mas a história recente da Corte, conforme depreendida das suas principais decisões da última década, é uma história indubitavelmente adequada à integridade. O Tribunal reconhece a normatividade dos princípios. Ele os toma como base para interpretação de regras da comunidade, modificando o que é que elas determinam com base na sua finalidade ou princípio subjacente. Ele deriva dos princípios novas regras. Ele trata as normas da comunidade não como um livro de regras ou como um contrato – cujas regras são exaustivas das obrigações das partes – mas como decorrentes de princípios comuns. Ele empreende esforços em demonstrar que as suas interpretações fluem da história institucional brasileira, sendo assim, adequadas a ela. Ele tenta justificar suas interpretações como sendo as melhores do ponto de vista político e moral. Em outras palavras, o Tribunal aceita todos os pressupostos da integridade. É verdade também que nem sempre ele respeita esses pressupostos, mas ele assim o faz de maneira consistente o suficiente para que o modelo possa ser considerado adequado e para que se possa julgar com base nele que essas outras decisões – quando os pressupostos da integridade não foram respeitados – devem ser julgadas como execrências, como baseadas em proposições jurídicas inválidas, como ilegítimas.

Todas essas características da prática legal brasileira são paradigmáticas. Elas constituem o conceito de Direito da comunidade brasileira. Por toda a miríade de decisões da Corte e por todos os Ministros diferentes que já a compuseram, com o passar do tempo foi se tornando cada vez mais claro que, não obstante os diversos estilos e formações de cada um deles, as suas discussões e discordâncias se dão sobre um platô. Sobre conceitos, paradigmas e estruturas comuns. A integridade é adequada à prática jurídica porque ela abrange todas

essas características fundamentais do sistema jurídico dentro de uma mesma teoria. Assim, quando os Ministros discutem sobre como devem decidir certo caso, mesmo quando adotam posições completamente distintas em termos substantivos, eles, ainda assim, aceitam essas características básicas e é apenas porque eles compartilham razoavelmente – em um nível pré-interpretativo – um mesmo conceito de Direito que é possível que eles discutam. A integridade expõe, então, esse conceito de Direito e as suas características básicas.

Isso pode ser visto nos acórdãos não unânimes da Corte, dentre os quais se pode ressaltar o HC n. 82.424/RS. Mesmo quando os Ministros discordam entre si, é possível perceber a mesma estrutura de argumentação. Isso acontece porque em um nível estrutural mais profundo existe concordância. Existe concordância a respeito do tipo de argumento que deve ser utilizado para demonstrar o valor das proposições jurídicas defendidas, ou seja, os Ministros aceitam os mesmos paradigmas, o mesmo conceito de Direito. As discordâncias se dão, assim, não nesse nível mais básico, mas apoiadas nele; elas são divergências a respeito da melhor concepção para esse conceito. É por isso que possível – não obstante os diversos sujeitos envolvidos nessa longa história institucional e as incontáveis decisões que a constituem – afirmar que a integridade é um modelo adequado para a prática do Tribunal, porque ela é um modelo que – melhor do que qualquer outro – desnuda os paradigmas que formam esse conceito compartilhado de Direito.

Um modelo de decisão tem duas funções primordiais: servir de estrutura básica para a explicação teórica da forma como os juízes decidem e controlar a legitimidade das decisões futuras. O positivismo tentou se limitar à primeira missão e acabou representando um esforço incompleto. Qualquer modelo que tente se limitar à primeira função será incompleto, porque ele não pode apenas pretender explicar o que os juízes fazem, ele tem que também pretender dizer o que eles devem fazer. Kelsen estava correto quando afirmou, em outras palavras, que os juízes detinham o poder de decidir como desejassem. É verdade que como uma questão de fato, as decisões de um juiz ou de um Tribunal podem ser – e por vezes são – ilegítimas. Isso não quer dizer que, nessa hipótese, eles estejam respeitando as normas jurídicas. Um juiz que decida um caso ilegítimamente está na mesma situação de alguém que mate outrem; seja no momento em que o assassino empunha a arma e atira, seja no momento que o juiz levanta sua caneta e assina, nenhuma norma ou outro tipo de ente deontológico bizarro vai aparecer para tentar impedir que suas ações se consumam; não obstante, em ambos os casos normas jurídicas cogentes estão sendo desrespeitadas. É por isso que se disse que a integridade é um ideal deontológico. A integridade é um princípio. Princípio esse que não é só adequado às práticas da comunidade mas, que, apenas pela sua adoção, torna a comunidade melhor.

Ele torna a comunidade melhor porque ele exige que as normas da comunidade, a sua história institucional, sejam tratadas *como se* fossem fruto de um único autor e, quando isso acontece, o cidadão pode se reconhecer, difusamente, como autor dessas leis. O cidadão que participa de certa comunidade porque nasceu nela, passa a reconhecer valor no vínculo que inerentemente surge entre ele e a sua comunidade. A integridade dá esse valor ao vínculo e, porque ela exige que todos sejam tratados com igual consideração pelos órgãos políticos da comunidade, ela propicia as condições para que, na medida da sua eficácia, os cidadãos possam ver seu vínculo com a comunidade e com seus concidadãos como um bem, cuja falta tornaria suas vidas menos valiosas. É apenas nessa medida que eles poderão se reconhecer como fonte de todo poder estatal, apenas assim eles serão povo e reconhecerão que devem respeito às normas da comunidade não apenas por uma questão de poder – pelo medo da sanção punitiva – mas por integridade.

A integridade exige que os julgadores tomem, em cada caso, a decisão que o Juiz Hércules tomaria. A decisão que é a única continuação cabível da história institucional. Essa exigência se estende aos Ministros do Supremo Tribunal Federal. E se estende com ainda maior força. A eles cabe reconhecer a responsabilidade única que essa exigência representa. A eles a Constituição reservou a guarda dos princípios. Das suas decisões depende, em grande parte, a eficácia da integridade e, portanto, a legitimidade moral das leis da comunidade. Eles devem entender porque apenas a melhor decisão é aceitável. Compreender a dimensão do seu dever de dar a única decisão correta em cada caso. Essa é a responsabilidade que eles assumiram junto com a toga que receberam. São esses os princípios que eles juraram defender. A eles cabe a responsabilidade de “errar por último”,¹⁰²³ então eles não podem errar muito. Pois, eles devem saber que, posto que humanos e imperfeitos, inevitavelmente errarão e que responderão por cada um desses erros perante o tribunal da integridade. Tribunal implacável, de dignidade única, onde todos são ao mesmo tempo juízes e jurisdicionados e que decide se somos vassalos do bruto poder, das aparências e estratégias ou cidadãos sob o Império do Direito, quando, só então, o Direito será íntegro.

¹⁰²³ BARBOSA. 1951-1982. “O Supremo Tribunal Federal, não sendo infalível, pode errar, mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade. Isso é humano.” Vol. XLI, tomo III, p. 259.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 Jurisprudência

ALEMANHA. BVerfGE 51, 324.

_____. BVerfGE 95, 173.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 7, Corte Especial, DJ 03/07/1990.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 238.715/RS, Recorrente: Caixa Econômica Federal; Recorrido: R. P. C.; Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, DJ 02/10/2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 820.475/RJ, Recorrente: A. C. S. e outro; Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, DJ 06/10/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 279, Tribunal Pleno, Súmula de jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Brasília: Imprensa Nacional, 1964.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 79.343/BA, Recorrente: José Pereira Cesar; Recorrido: Aurélio Paz Boulhosa; Min. Leitão de Abreu, 2ª Turma, DJ 02/09/1977.

_____. Supremo Tribunal Federal. Representação 1.153/RS, Representante: Procurador-Geral da República; Representados: Governador e Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul; Min. Aldir Passarinho, Tribunal Pleno, DJ 25/10/1985.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 107/DF, Requerente: José Emídio Teixeira Lima; Requerido: Presidente da República; Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 21/09/1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 283/DF, Requerente: Alfredo Ribeiro Daudt; Requeridos: União Federal e Congresso Nacional; Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 14/11/1991.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 232/RJ, Requerente: Centro de Cultura Prof. Luiz Freire; Requerido: Congresso Nacional; Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 27/03/1992.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 284/DF, Requerente: Sérgio Cavallari e outros; Requerido: Congresso Nacional e União Federal; Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 26/06/1992.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 20.916/DF, Impetrantes: Partido dos Trabalhadores Brasileiros e outros; Autoridade Coatora: Mesa da Câmara dos Deputados; Min. Carlos Madeira, Tribunal Pleno, DJ 26/03/1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 144/SP, Requerente: Associação Profissional dos Bombeiros Civis; Requerido: Congresso Nacional; Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 28/05/1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939/DF, Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio; Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional; Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 18/03/1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 20.927/DF, Impetrante: Luiz Fabrício Alves de Oliveira; Autoridade Coatora: Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados; Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 15/04/1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança n. 659/RS, Requerente: Estado do Rio Grande do Sul; Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Min. Carlos Velloso, monocraticamente no exercício da Presidência, DJ 03/08/1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança n. 711/RS, Requerente: Estado do Rio Grande do Sul; Requerido: Relator do Mandado de Segurança n. 00594143471 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Min. Octávio Gallotti, monocraticamente no exercício da Presidência, DJ 02/12/1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança n. 732/RS, Requerente: Estado do Rio Grande do Sul; Requerido: 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Min. Octávio Gallotti, monocraticamente no exercício da Presidência, DJ 06/02/1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade n. 1/DF; Requerentes: Presidente da República e outros; Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 16/06/1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 71.039/RJ, Paciente: César de la Cruz Mendonza Arrieta; Autoridade Coatora: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito do Instituto Nacional de Seguridade Social; Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, DJ 06/12/1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 1.246 MC/SC, Requerente: Estado de Santa Catarina; Requerido: João Batista Gonçalves Cordeiro; Min. Celso de Mello, monocraticamente no exercício da Presidência, DJ 13/02/1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 238.328/RS, Agravante: Município de Porto Alegre; Agravado: Carlos Fernando Becker; Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 11/05/1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 195.186/RS, Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul; Recorrido: Leandro Mariano; Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ 13/08/1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 237.367/RS, Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul; Recorrido: Admir Nunes Bernardes; Min. Maurício Côrrea, decisão monocrática, DJ 14/09/1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 242.859/RS, Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul; Recorrida: Rute Regina Serissol Nunes; Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ 17/09/1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 247.900/RS, Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul; Recorridos: Ida Maria Lorez Huber e outros; Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 27/10/1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 244.087/RS, Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul; Recorrido: Norberto Guaraci Rodrigues Silveira; Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 29/10/1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 248.300/RS, Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul; Recorrida: Lúcia Maria Marder Gomes da Silva; Min. Maurício Côrrea, decisão monocrática, DJ 23/11/1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumentos n. 238.328/RS, Agravante: Município de Porto Alegre; Agravado: Carlos Fernando Becker; Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ 18/02/2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 226.835/RS, Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul; Recorrida: Rosemari Pereira Dias; Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ 10/03/2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 195.192/RS, Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul; Recorrido: Rodrigo Skrypczak; Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ 31/03/2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23.452/DF, Impetrante: Luiz Carlos Barretti Júnior; Autoridade Coatora: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito; Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 12/05/2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 235.643/PA, Recorrente: Estado do Pará; Recorridos: Marco Antônio de Araújo Paiva e outros; Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 30/06/2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 267.612/RS, Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul; Recorrido: Augusto Seleprion; Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 23/08/2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 232.335/RS, Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul; Recorrido: Jorge Eduardo Hennig; Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 25/08/2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 273.834/RS, Recorrente: Município de Porto Alegre; Recorrida: Cristiane Carneiro Bortolaz; Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 18/09/2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS, Agravante: Município de Porto Alegre; Agravados: Eduardo von Mühlen e outros; Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 24/11/2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.076/DF, Requerente: Partido dos Trabalhadores; Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional; Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 07/12/2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23.652/DF, Impetrante: José Aleksandro da Silva; Autoridade Coatora: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito do Narcotráfico; Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 16/02/2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 273.042/RS, Agravante: Município de Porto Alegre; Agravado: Carlos Alfredo de Souza Luize; Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 21/03/2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 354/DF, Requerente: Partido dos Trabalhadores; Requerido: Presidente da República; Min. Octávio Gallotti, Tribunal Pleno, DJ 22/06/2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 80.719/SP, Paciente: Antônio Pimenta Neves; Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça; Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 28/09/2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 224.630/DF, Agravante: Arco Transportes Urbanos Ltda.; Agravados: Shell Brasil S.A. e outros; Min. Maurício Côrrea, 2ª Turma, DJ 05/10/2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.540/MS, Requerente: Governador do Estado do Mato Grosso do Sul; Requerido: Assembleia do Estado do Mato Grosso do Sul; Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 16/11/2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.975/DF, Requerente: Partido dos Trabalhadores; Requerido: Presidente da República; Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 14/12/2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 268.479/RS, Agravante: Município de Porto Alegre; Agravados: Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul e outro; Min. Sydney Sanches, 1ª Turma, DJ 01/02/2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 293.379/RS, Recorrente: Município de Porto Alegre; Recorrida: Rebeca Shuchmann Morador; Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 08/08/2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 220.906/DF, Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; Recorrido: Ismar José da Costa; Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 14/11/2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.643/DF, Requerente: Confederação Nacional de Profissões Liberais; Requerido: Presidente da República; Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 14/03/2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Petição n. 2.836/RJ, Requerente: Município do Rio de Janeiro; Requerido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 14/03/2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.206/AL, Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas; Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, DJ 01/08/2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.656/SP, Requerente: Governador do Estado de Goiás; Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo; Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 198.088/SP, Recorrente: Companhia Agrícola e Industrial Santa Adelaide; Recorrido: Estado de São Paulo; Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 05/09/2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 410.646/SP, Agravante: Município de Santo André; Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo; Min. Nelson Jobim, 2ª Turma, DJ 19/09/2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 403.822/SP, Agravante: Município de Santo André; Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo; Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 26/09/2003

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.626/DF, Requerentes: Partido Comunista do Brasil e outros; Requerido: Tribunal Superior Eleitoral; Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 05/03/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.628/DF, Requerente: Partido da Frente Liberal; Requerido: Tribunal Superior Eleitoral; Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 05/03/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 455.802/SP, Agravante: Município de Santo André; Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo; Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 05/03/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 82.424/RS, Paciente: Siegfried Ellwanger; Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça; Min. Maurício Côrrea, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 411.518/SP, Recorrente: Município de Santo André; Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo; Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 26/03/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 401.673/SP, Recorrente: Município de Santo André; Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo; Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 19/04/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 468.961/MG, Agravante: Estado de Minas Gerais; Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais; Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 05/05/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 197.917/SP, Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo; Recorridos: Câmara Municipal de Mira Estrela e outros; Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 07/05/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.025/RJ, Paciente: Gabriela Oliveira Cordeiro; Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça; Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 25/06/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 407.099/RS, Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; Recorrido: Município de São Borja; Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 06/08/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 411.557/DF, Recorrente: União Federal; Recorridos: José Flávio Hermenegildo e outros; Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ 26/10/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 402.024/SP, Recorrente: Município de Santo André; Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo; Min. Carlos Velloso, decisão monocrática, DJ 27/10/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 342.413/PR, Recorrente: Estado do Paraná; Recorrido: Francisco Montoza Romero; Min. Ellen Gracie, decisão monocrática, DJ 09/11/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 297.276/SP, Recorrente: Estado de São Paulo; Recorrido: Felipe Augusto Taniguchi Piza de Andrade; Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ 17/11/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 486.816/RJ, Agravante: Procurador Geral do Estado do Rio de Janeiro; Agravados: Defensoria Pública da União e outro; Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 06/05/2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 436.996/SP, Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo; e Recorrido: Município de Santo André; Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 07/11/2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Conflito de Competência n. 7.204/MG, Sustentante: Tribunal Superior do Trabalho; Interessados: Hélio de Oliveira Fernandes e Banco Bemge S.A.; Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 09/12/2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 438.493/SP, Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo; Recorrido: Município de Santo André; Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, DJ 12/12/2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.540/DF, Requerente: Procurador-Geral da República; Requerido: Presidente da República; Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 03/02/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 410.715/SP, Agravante: Município de Santo André; Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo; Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 03/02/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.300/DF, Requerentes: Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo e outros; Requerido: Congresso Nacional; Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 09/02/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 472.707/SP, Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo; Recorrido: Município de Santo André; Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 04/04/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.685/DF, Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Requerido: Congresso Nacional; Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 390.840/MG, Recorrente: Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.; Recorrida: União Federal; Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 15/08/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade n. 12/DF, Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros; Requerido: Conselho Nacional de Justiça; Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 01/09/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24.875/DF, Impetrantes: Djaci Alves Falcão e outros; Autoridade Coatora: Presidente do Supremo Tribunal Federal; Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 06/10/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.687/MS, Paciente: César da Silva; Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça; Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 27/10/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 597.182/RS, Agravante: Estado do Rio Grande do Sul; Agravados: Virgínia Tereza Figueiredo e outros; Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ 06/11/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 477.447/MG, Agravante: Marlene Abdo Navarro; Agravados: Estado de Minas Gerais e outros; Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJ 24/11/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 765/RJ, Agravante: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; Agravados: Ênio Valle Paixão e outros; Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 15/12/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 215.107/PR, Agravantes: D'Villa Real Participações S.C. Ltda. e outros; Agravado: Município de Curitiba; Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 02/02/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 635.766/RS, Agravante: Estado do Rio Grande do Sul; Agravada: Dalva Rita Rubert Rossato; Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 13/03/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 622.703/RS, Agravante: Estado do Rio Grande do Sul; Agravado: Francisco Afonso de Oliveira; Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, DJ 16/03/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 695/MA, Requerente: Isaac Ribeiro Silva; Requerido: Congresso Nacional; Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 20/04/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 564.035/SP, Agravante: Município de São Paulo; Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo; Min. Carmen Lúcia, decisão monocrática, DJ 15/05/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 90.064/SP, Pacientes: Alexandre da Silva Almeida e Luiz Antônio Arantes de Paiva; Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça; Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 22/06/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade n. 11/DF; Requerente: Governador do Distrito Federal; Requerido: Presidente República; Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 29/06/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Injunção n. 751/DF, Agravante: Joaquim Matias Barbosa Melo; Agravado: Supremo Tribunal Federal; Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 09/11/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 2.964/SP, Agravantes: Ruben Fucs e outros; Agravado: Estado de São Paulo; Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 09/11/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 566.471/RS, Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte; Recorrida: Carmelita Anunciada de Souza; Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 07/12/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 811/DF, Agravante: Distrito Federal; Agravado: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 13/12/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.070/RN, Requerente: Procurador-Geral da República; Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte; Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 118/RJ, Agravante: Tal Remoldagem de Pneus Ltda.; Agravada: União Federal; Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 29/02/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 171/PR, Agravante: Instituto BS Colway Social; Agravada: União Federal; Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 29/02/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.716/RO, Requerente: Governador do Estado de Rondônia; Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia; Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 07/03/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.583/PR, Requerente: Procurador-Geral da República; Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná; Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 14/03/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 3.000/SP, Agravantes: Sérgio João França e outros; Agravado: Estado de São Paulo; Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 04/04/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 2.385/BA, Agravantes: Lígia Seabra Machado e outros; Agravado: Estado da Bahia; Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 11/04/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 2.507/AM, Agravantes: Jary Botelhos e outros; Agravado: Estado do Amazonas; Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 25/04/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 2.815/SP, Agravante: José Waldir da Silveira; Agravado: Estado de São Paulo; Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 25/04/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 2.902/SP, Agravantes: José Eloy Moreira e outros; Agravado: Estado de São Paulo; Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 25/04/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 2.932/SP, Agravante: Maria Nina Santalúcia de Azevedo Marques; Agravado: Estado de São Paulo; Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 25/04/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 2.986/SP, Agravantes: Sílvia Maria Monlevade Calmon de Brito e outros; Agravado: Estado de São Paulo; Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 25/04/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 3.108/RJ, Agravante: Ney Magno Valadares; Agravada: União Federal; Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 25/04/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 84/SP, Agravantes: Cláudio Oner Althero e outros; Agravado: Estado de São Paulo; Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 25/04/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 101/SP, Agravante: Ruy Hinke de Castro; Agravado: Estado de São Paulo; Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 25/04/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 93.071/RS, Paciente: Jorge Martins da Silva; Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça; Min. Menezes Direito, 1ª Turma, DJ 30/04/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 2.446/SP, Agravantes: Sidnei de Oliveira Andrade e outros; Agravada: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo; Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 02/05/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 2.504/DF, Agravante: Associação dos Servidores da Justiça Militar; Agravada: União Federal; Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 02/05/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 2.584/AM, Agravantes: Eunice Carneiro Alves e outros; Agravado: Estado do Amazonas; Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 02/05/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 2.773/RJ, Agravantes: José Cardoso Távora e outros; Agravado: Município de Nova Iguaçu; Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 02/05/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n. 959/RN, Autora: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; Réu: Estado do Rio Grande do Norte; Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJ 15/05/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 3.412/MS, Agravante: Heloísa Helena Wanderley Maciel; Agravado: Estado do Mato Grosso do Sul; Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 16/05/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 92.926/RS, Paciente: Clóvis Cardoso Noronha; Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça; Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 12/06/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.378/DF, Requerente: Confederação Nacional da Indústria; Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional; Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 20/06/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 89.143/PR, Paciente: Éder Fabicheo; Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça; Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 27/06/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 94.777/RS, Paciente: Marcos Vinicius Nunes Martins; Autoridade Coatora: Relator do Recurso Especial n. 995.646 do Superior Tribunal de Justiça; Min. Menezes Direito, 1ª Turma, DJ 19/08/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.604/DF, Impetrante: Democratas; Autoridade Coatora: Presidente da Câmara dos Deputados; Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, DJ 03/10/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.937/SP, Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria; Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo; Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 10/10/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 27.483/DF, Impetrantes: Tim Celulares S.A. e outros; Autoridade Coatora: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito das Escutas Telefônicas Clandestinas; Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 10/10/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.602/DF, Impetrante: Partido Popular Socialista; Autoridade Coatora: Presidente da Câmara dos Deputados; Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 17/10/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 579.951/RN, Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Norte; Recorridos: Município de Águas Novas e outros; Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 23/10/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670/ES, Requerente: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo; Requerido: Congresso Nacional; Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 30/10/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Cível Originária n. 765/RJ, Autor: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; Réu: Estado do Rio de Janeiro; Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 07/11/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.603/DF, Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira; Autoridade Coatora: Presidente da Câmara dos Deputados; Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 795/DF, Requerente: Creuso Scapin; Requerido: Presidente da República; Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, DJ 22/05/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 5.758/SP, Reclamante: União Federal; Reclamado: Juiz do Trabalho da 7ª Vara de São Paulo; Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, DJ 07/08/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n. 765/RJ, Autor: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; Réu: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro; Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJ 04/09/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 600.419/SP, Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo; Recorrido: Município de São Paulo; Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 25/09/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 599.366/RN, Recorrente: Instituto de Previdência dos Servidores do Estado do Rio Grande do Norte; Recorrida: Tereza Neuman; Min. Carmen Lúcia, decisão monocrática, DJ 05/10/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 601.392/PR, Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; Recorrido: Município de Curitiba; Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 04/12/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade n. 12/DF, Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros; Requerido: Conselho Nacional de Justiça; Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 17/12/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 669.479/RS, Agravante: Estado do Rio Grande do Sul; Agravado: Brigido Prates Moraes; Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, DJ 18/12/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 46/DF, Arguente: ABRAED – Associação Brasileira das Empresas de Distribuição; Arguida: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 26/02/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 464.143/SP, Agravante: Município de Santo André; Agravado: Gabriel Duarte Galbero; Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 19/02/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 443.648/RS, Agravante: Município de Porto Alegre; Agravada: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, 2ª Turma, DJ 28/05/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 97.346/SP, Paciente: Nicolas Gastaldi; Autoridade Coatora: Relator do *Habeas Corpus* n. 124.714 do Superior Tribunal de Justiça; Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJ 25/06/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 607.582/RS, Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul; Recorrida: Elisandra Becker; Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 27/08/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 104.616/MG, Paciente: Fábio Antônio Francisco; Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça; Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ 10/11/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 576.155/DF, Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; Recorridos: Brink Mobil Equipamentos Educacionais Ltda. e outros; Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 25/11/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 633.703/MG, Recorrente: Leonídio Henrique Córrea Bouças; Recorrido: Ministério Público Eleitoral; Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 05/04/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF Requerente: Procuradoria-Geral da República; Requeridos: Presidente da República e outros; Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, voto do Relator disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/-anexo/ADI4277.pdf>; acesso em 5 de maio de 2011, às 9:30.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ, Arguente: Governador do Estado do Rio de Janeiro; Arguido: Governador do Estado do Rio de Janeiro; Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, no prelo.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 715 – Brasília/DF; Resolução n. 21.002; Consulentes: Miro Teixeira e outros; Min. Jacy Garcia Vieira, DJ 15/03/2002.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 1.398 – Brasília/DF, Resolução n. 22.526; Consulente: Partido da Frente Liberal; Min. Francisco Cesar Asfor Rocha, DJ 08/05/2007.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Pierce v. Society of Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary*. 268 U.S. 510 (1925).

_____. *Brown v. Board of Education*. 347 U.S. 483 (1954).

_____. *Griswold v. Connecticut*. 381 U.S. 479 (1965).

NOVA YORK. *Riggs v. Palmer*. 115 N.Y. 506 (1889).

REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E DA IRLANDA DO NORTE. *McLoughlin v. O'Brian*. [1983] 1 AC 410, [1982] 2 All ER 298, [1982] 2 WLR 982, [1982] UKHL 3.

_____. *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co.*, [1972] 3 WLR 502, [1973] QB 27, [1972] 3 All ER 557, [1972] EWCA Civ.

2 Legislação

ALEMANHA. Lei Básica da República Federal da Alemanha (1949). Disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/2677064/Daten/389087/ConstituicaoIngles_PDF.pdf; acesso em 12 de junho de 2011, às 15:55.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. (1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 20:51.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 20:52.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 20:53.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 20:55.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil (1967). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 20:47.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:05.

_____. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:45.

_____. Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978. Altera dispositivos da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao-/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-78.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:40.

_____. Emenda Constitucional n. 25, de 15 de maio de 1985. Altera dispositivos da Constituição Federal e estabelece outras normas constitucionais de caráter transitório. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior-1988/emc25-85.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:42.

_____. Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/-ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:50.

_____. Emenda Constitucional n. 4, de 14 de setembro de 1993. Dá nova redação ao art. 16 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-constituicao/emendas/emc/emc04.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:49.

_____. Emenda Constitucional n. 14, de 12 de setembro de 1996. Modifica os arts. 34, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e dá nova redação ao art. 60 do Ato das Disposições constitucionais Transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-constituicao/emendas/emc/emc14.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 18:58.

_____. Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:19.

_____. Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:30.

_____. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/-ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:27.

_____. Emenda Constitucional n. 52, de 8 de março de 2006. Dá nova redação ao § 1º do art. 17 da Constituição Federal para disciplinar as coligações eleitorais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc52.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:48.

_____. Lei Complementar n. 35, 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm; acesso em 12 de junho de 2011, às 10:11.

_____. Lei Complementar n. 70, de 30 de dezembro de 1991. Institui contribuição para financiamento da Seguridade Social, eleva a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/-ccivil_03/Leis/LCP/Lcp70.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:33.

_____. Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03-/Leis/LCP/Lcp87.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:35.

_____. Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L1711.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:16.

_____. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L4737.htm>; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:44.

_____. Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4771.htm; acesso em 15 de junho de 2011, às 9:16.

_____. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:22.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:09.

_____. Lei n. 6.538, de 22 de junho de 1978. Dispõe sobre os Serviços Postais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6538.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:06.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7347orig.htm>; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:29.

_____. Lei n. 7.501, de 27 de junho de 1986. Institui o regime jurídico dos funcionários do Serviço Exterior e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03-/Leis/L7501.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:04.

_____. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/-L7716.htm>; acesso em 15 de junho de 2011, às 10:36.

_____. Lei n. 8.081, de 21 de setembro de 1990. Estabelece os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8081.htm>; acesso em 15 de junho de 2011, às 10:37.

_____. Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá

outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9249.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:17.

_____. Lei n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9317.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:01.

_____. Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9430.htm>; acesso em 8 de junho de 2011, às 18:59.

_____. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9504.htm>; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:07.

_____. Lei n. 9.718, de 27 de novembro de 1998. Altera a Legislação Tributária Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9718.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:31.

_____. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.-htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:26.

_____. Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9985.htm; acesso em 15 de julho de 2011, às 8:48.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:13.

_____. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:23.

_____. Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:27.

_____. Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que específica; institui regime tributário de transição, alterando o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972, as Leis ns. 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.218, de 29 de agosto de 1991, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.469, de 10 de julho de 1997, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 10.426, de 24 de abril de 2002, 10.480, de 2 de julho de 2002, 10.522, de 19 de julho de 2002, 10.887, de 18 de junho de 2004, e 6.404, de 15 de dezembro de 1976, o Decreto-Lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e as Leis ns. 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 11.116, de 18 de maio de 2005, 11.732, de 30 de junho de 2008, 10.260, de 12 de julho de 2001, 9.873, de 23 de novembro de 1999, 11.171, de 2 de setembro de 2005, 11.345, de 14 de setembro de 2006; prorroga a vigência da Lei n. 8.989, de 24 de fevereiro de 1995; revoga dispositivos das Leis ns. 8.383, de 30 de dezembro de 1991, e 8.620, de 5 de janeiro de 1993, do Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966, das Leis ns. 10.190, de 14 de fevereiro de 2001, 9.718, de 27 de novembro de 1998, e 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.964, de 10 de abril de 2000, e, a partir da instalação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, os Decretos ns. 83.304, de 28 de março de 1979, e 89.892, de 2 de julho de 1984, e o art. 112 da Lei no 11.196, de 21 de novembro de 2005; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11941.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:32.

_____. Medida Provisória n. 1.815-1, de 6 de abril de 1999. Suspende a concessão de promoções e progressões funcionais a todo servidor da Administração Federal direta, das autarquias e das fundações e extingue o adicional por tempo de serviço de que trata o art. 67 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03-/mpv/Antigas/1815-1.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:02.

_____. Medida Provisória n. 2.166-67, de 24 de agosto de 2001. Altera os arts. 1º, 4º, 14, 16 e 44, e acresce dispositivos à Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965, que institui o Código Florestal, bem como altera o art. 10 da Lei n. 9.393, de 19 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2166-67.htm; acesso em 15 de junho de 2011, às 9:20.

_____. Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. Acresce e altera dispositivos das Leis ns. 8.437, de 30 de junho de 1992, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.494, de 10 de setembro de 1997, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.429, de 2 de junho de 1992, 9.704, de 17 de novembro de 1998, do Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, das Leis ns. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e 4.348, de 26 de junho de 1964, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2180-35.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:34.

_____. Decreto-Lei n. 509, de 20 de março de 1969. Dispõe sobre a transformação do Departamento dos Correios e Telégrafos em empresa pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del0509.htm>; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:36.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848compilado.htm>; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:15.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3689.htm>; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:43.

_____. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:12.

_____. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del5452.htm>; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:21.

_____. Decreto n. 126, de 22 de maio de 1991. Promulga a Convenção nº 162, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre a Utilização do Asbesto com Segurança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0126.htm; acesso em 15 de junho de 2011, às 9:58.

_____. Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999. Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3000.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:18.

_____. Instrução do Tribunal Superior Eleitoral n. 55 – Brasília/DF, aprovada pela Resolução n. 20.933 de 26/02/2005, Min. Fernando Neves da Silva, DJ 12/03/2002. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/action-BRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT23139823§ionServer=TSE&docIndexString=5>; acesso em 8 de junho de 2011, às 20:20.

_____. Resolução do Conselho Nacional de Justiça n. 07, de 18 de outubro de 2005. Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12121-resolu-no-7-de-18-de-outubro-de-2005-original>; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:59.

_____. Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n. 748, de 28 de junho de 2007. Dispõe sobre o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ). Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/ins/2007/in7482007.htm>; acesso em 8 de junho de 2011, às 19:53.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição dos Estados Unidos da América (1787). Disponível em: <http://www.embaixadaamericana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>; acesso em 8 de dezembro de 2010, às 16:28.

PARANÁ. Lei n. 12.204, de 6 de julho de 1998. Dispõe que qualquer aquisição ou substituição de veículos automotivos para uso oficial somente poderá ser realizada por

veículos movidos a combustíveis renováveis. Disponível em: http://www.alep.pr.gov.br/sc_integras/leis/-LOS00012204.htm; acesso em 8 de junho de 2011, às 20:17.

RIO GRANDE DO SUL. Lei n. 7.747, de 22 de dezembro de 1982. Dispõe sobre o controle de agrotóxicos e outros biocidas a nível estadual e dá outras providências. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=26682&hTexto=&Hid_IDNorma=26682; acesso em 15 de junho de 2011, às 9:55.

_____. Lei n. 9.908, de 16 de junho de 1993. Dispõe sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais para pessoas carentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=14687&hTexto=&Hid_IDNorma=14687; acesso em 8 de junho de 2011, às 20:28.

RIO GRANDE DO NORTE. Constituição do Estado do Rio Grande do Norte (1989). Disponível em: http://www.al.rn.gov.br/legislacao/constituicao_estadual/constituicao-estadual.pdf; acesso em 8 de junho de 2011, às 20:24.

RONDÔNIA. Lei n. 260, de 8 de janeiro de 1990. Dispõe sobre o serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros. Disponível em: <http://www.ale.ro.gov.br/-legislacao/estadual/>; acesso em 8 de junho de 2011, às 20:26.

SÃO PAULO. Lei n. 12.684, de 26 de julho de 2007. Proíbe o uso, no Estado de São Paulo de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2007/lei%20n.12.684,%20de%2026.-07.2007.htm>; acesso em 15 de junho de 2011, às 9:46.

3 Livros, trabalhos acadêmicos, publicações em periódicos e outros meios

ALEXY, Robert. *A Theory of constitutional rights*. Translated by Julien Rivers, Oxford: Oxford University, 2004

_____. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed.. Traduzida por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: 2008.

ALLEN, Woody e BRICKMAN, Marshal. *Screenplay of Annie Hall*. Nova York: 1977. Disponível em: <http://finearts.uvic.ca/writing/websites/writ203/screenplays/award_winning/-annie_hall.html>, acesso em 14 de abril de 2011, às 10:47.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ARISTOTLE. *Metaphysics*. Translated by Rev. John H. M'Mahon, London: Henry G. Bohn, 1857.

AUSTIN. John Langshaw. *How to do things with words*. 2. ed.. Cambridge: Harvard University, 1994.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 10. ed.. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Discricionariade e controle jurisdicional*. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. 49 Vols.. Rio de Janeiro: Fundação Casa Rui Barbosa, 1951-1982. Disponível em: [http://docvirt.com/docreader.net/docreader.aspx?-bib=ObrasRuiMP&pasta=Vol.%20XLI%20\(1914\)\Tomo%20III&pesq=errar%20por%20%C3%BAltimo&paglog=](http://docvirt.com/docreader.net/docreader.aspx?-bib=ObrasRuiMP&pasta=Vol.%20XLI%20(1914)\Tomo%20III&pesq=errar%20por%20%C3%BAltimo&paglog=); acesso em 19 de junho de 2011, às 12:16.

BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas*. n. 4. Rio de Janeiro: OAB Editora, Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/-revista/1235066670174218181901.pdf>; acesso em 4 de março de 2010, às 19:28.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (Promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1988-1992.

BENTHAN, Jeremy. *An introduction to the principals of moral and legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Traduzido por Karine Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 8. ed.. Traduzida por Maria Celeste C. J. Santos, Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed.. São Paulo: Malheiros, 2010.

BREWER-DAVIS, Nina. *Associative obligation as Integrity*. 2011. No prelo. Disponível em: <http://brewerdavis.net/Nina%20Brewer-Davis%20Associative%20Obligation%20as%20Integrity.pdf>; acesso em 18 de junho de 2011, às 12:31.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed.. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS*. 6. ed.. São Paulo: Malheiros, 2000.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de sociologia e política*. n. 23. Curitiba: Novembro 2004.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v. 12, n. 34. São Paulo: 1997.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed.. Traduzido por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

CHISHOLM, Roderick M. *The foundations of knowing*. Minneapolis: University of Minnesota, 1982.

CITADINI, Antônio Roque. *Código Eleitoral anotado e comentado*. 3. ed.. São Paulo: Max Limonad, 1986.

CITIZEN KANE. Direção: Orson Welles. Produção: Orson Welles. Intérpretes: Orson Welles, Joseph Cotten, Dorothy Comingore. Roteiro: Herman J. Mankiewicz e Orson Welles. New York City: Mercury Productions, RKO Radio Pictures, 1941. 1 fita de vídeo (119 minutos), VHS, son., p&b.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário brasileiro*. 9. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COSTA, José Rubens. *Tratado do processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Juarez de Oliveira, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DALBERG-ACTON, John Emerich Edward. *Essays on Freedom and Power*. Boston: Beacon Press, 1949.

DERZI, Misabel Abreu de Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais no poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed.. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Direito Administrativo*. 20. ed.. São Paulo: Atlas, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no Direito*. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 1989.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira e RIBEIRO, Fernando José Armando. O Renascimento do Mandado de Injunção. *Cadernos da Escola do Legislativo*. n. 15. Belo Horizonte: janeiro/dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno15/Bernardo.pdf>, acesso em 10 de julho de 2010, às 18:20.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. A teoria e a prática da igualdade. Traduzido por Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Belknap Harvard University, 2011.

_____. *Law's Empire*. Cambridge: Belknap Harvard University, 2001.

_____. *Levando os Direitos à Sério*. Traduzido por Paulo Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Objectivity and Truth: You'd better believe it. *Philosophy and Public Affairs*. Vol. 25, n. 2. Princeton: Blackwell Publishing, Spring 1996. Disponível em: <http://lucian.uchicago.edu/workshops/wittgenstein/files/2007/11/dworkin-objectivity-and-truth.pdf>; acesso em 13 de julho de 2010, às 10:40.

_____. *O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte americana*. Traduzido por Marcelo Brandão Cippola. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O império do Direito*. 2. ed.. Traduzido por Jefferson Luiz Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Replies to critics in Dworkin and his critics with replies by Dworkin*. Oxford: Blackwell Publishing, 2004.

_____. *Response in Exploring Law's Empire: The jurisprudence of Ronald Dworkin*. Organizado por Scott Hershovitz. Oxford: Oxford University, 2008.

_____. *Uma questão de princípio*. Traduzido por Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001a.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Técnica, Decisão e Dominação. 4. ed.. São Paulo: Atlas, 2003.

FORIERS, Paul. *Les lacune du Droit. in PERELMAN, Chain. Le problème des lacune en Droit.* Bruxelles: Émile Bruylant, 1968.

FORST, Rainer. *Contextos da Justiça: Filosofia política para além do liberalismo e comunitarismo.* Traduzido por Denilson Luíz Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Traduzido por Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GAMA, Denise Travassos. *Por uma leitura principiológica do direito à saúde: relação entre direito individual a medicamentos nas decisões judiciais e as políticas públicas de saúde.* Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília: 2007.

GIBBONS, Edward. *The decline and fall of the Roman Empire.* 6 Vols.. New York: Alfred A. Knopf, 1993.

GILBERT, Margaret. Group Membership and Political Obligation. *The Monist*, vol. 76, n. 1. Amherst: 1993.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? *Jus Navigandi*, ano 13, n. 2.164. Teresina: 4 de junho de 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>; acesso em 4 de março de 2010, às 19:32.

GUERRA, Gustavo Rabay. O papel político do Judiciário em uma democracia qualificada: a outra face da judicialização da política e das relações sociais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia.* Vol. 4. Curitiba: 2008.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza e DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica.* 2. ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HABERMAS, Jürgen. Verdade e justificação: ensaios filosóficos. Traduzido por Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HALL, Jeffrey B.. Taking “rechts” seriously. Ronald Dworkin and the Federal Constitutional Court of Germany. *German Law Journal*, vol. 09, n. 06, junho de 2008. Disponível em <http://www.germanlawjournal.com/-article.php?id=966>; acesso em 10 de novembro de 2008, às 16:56.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Are There Any Natural Rights? *Philosophical Review*, vol. 64, n. 2. Durhan: April, 1955. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/20187442/Are-There-Any-Natural-Rights>; acesso em 05 de junho, às 08:46.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e verdade.* Traduzido por Emmanuel Carneiro Leão, revista por Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2007.

HORTON, John. In defense of associative political obligation: Part One. *Political Studies.* Vol. 54. Newcastle: Political Studies Association, 2006.

_____. In defense of associative political obligation: Part Two. *Political Studies*. Vol. 55. Newcastle: Political Studies Association, 2007.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Democracia com Juízes. *Revista do Ministério Público*, a. 24, n. 94. Lisboa: abril/junho, 2003.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Traduzido por Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Crítica da razão pura*. 6. ed.. Traduzido por Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão, Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzido por Paulo Quintela. Coimbra: Edições 70, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed.. Traduzido por João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KFOURI, Gustavo Swain. *A (in) fidelidade partidária vista pelo Poder Judiciário Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia) Faculdade Integradas do Brasil – UniBrasil, Curitiba, 2009. Disponível em: http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/_pdf/kfour.pdf; acesso em 9 de fevereiro de 2011, às 15:10.

LIMA, Mário Franzen. *Da interpretação jurídica*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Moderação e Justiça Constitucional. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, publicado em 20 de março de 2009. Disponível em: http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090320/not_imp341807,0.php; acesso em 5 de março de 2010, às 18:19.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 27. ed.. São Paulo: Malheiros, 2006.

MACHADO DE ASSIS. *Obra completa*. 2 Vols. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: uma proposta de releitura do seu regime jurídico à luz de sua natureza contratual*. Tese (Doutorado em Direito Administrativo). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

MALPAS, Jeff. Hans-Georg Gadamer. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Editada por Edward N. Zalta, Palo Alto: Verão de 2009. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives-summer2009/entries/gadamer>; acesso em 21 de maio de 2011, às 12:40.

MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, Colorado: 2002. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=330266; acesso em 22 de março de 2010, às 19:41.

MATTOS, Aroldo Gomes. *ICMS – Comentários à LC 87/96*. São Paulo: Dialética, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS – Teoria e prática*. 5. ed.. São Paulo: Dialética, 2002.

MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. 3. ed.. London: Longmans, Green, Reader, and Dyer, 1867.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEDRON, Flávio Quindad. É possível uma resposta correta para casos controversos? Uma análise da interpretação de Robert Alexy da tese Dworkiana. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Vol. 40, n. 70. Belo Horizonte: jul/dez de 2004.

_____. O dogma da supremacia do interesse público e seu abrandamento pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através da técnica da ponderação de princípios. *Vox Forensis*, vol. 1, n. 1. Espírito Santo do Pinhal: jan/jun 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. VI, Direito das Sucessões, 16. ed.. Revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PERRY, Stephen. Associative obligations and the obligation to obey the law. *in Exploring Law's Empire: The jurisprudence of Ronald Dworkin*. Organizado por Scott Hershovitz. Oxford: Oxford University, 2008.

PLAN 9 FROM OUTER SPACE. Dirigido: Edward D. Wood Jr.. Produção: Edward D. Wood Jr.. Intérpretes: Gregory Allcott, Tom Keene e Bela Lugosi. Roteiro: Edward D. Wood Jr.. Los Angeles: Reynold Pictures, 1959. 1 fita de vídeo (79 minutos), VHS, son., p&b.

PLATO. *Complete works*. Editado por John M. Cooper. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 1997.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado da Ação Rescisória*. 2. ed.. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2003.

Tratado de Direito Privado. 60 Tomos. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000-.

RAWLS, John. *A theory of Justice*. Cambridge: Belknap Harvard University, 1971.

REITER, Raymond. A logic for default reasoning. *Artificial Intelligence*. n.13. Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1980.

SABRA, Paula Rodrigues. *Mandado de Injunção: a relação entre os Poderes Judiciário e Legislativo*. Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo: 2008. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/127_paula.pdf; acesso em 10 de julho de 2010, às 18:48.

SANTOS, Danilo Ferreira dos. *A colisão de direitos fundamentais e a regra da proporcionalidade na Jurisdição Constitucional: A atividade econômica e o direito ao meio ambiente*. Monografia. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo: 2009.

SHAKESPEARE, William. *The complete Works*. Harmondsworth: Viking Penguin Inc., 1977.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação*. Traduzido por Jair Barbosa. São Paulo: UNESP, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed.. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIMMONS, A. John. Associative Political Obligation. *Ethics*. Vol. 106, n. 2. Chicago: University of Chicago, January, 1996.

TAKIKAWA, Hirohide. Citizens as Brothers? Critically Analyzing Dworkin on Political Obligation *in Law, liberty, morality and rights*. Organizado por Tomasz Gizbert-Studinicki e Mateusz Klinowski. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2010.

THAYER, James Bradley. *The origin and scope of the American doctrine of Constitutional Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1893.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 11. ed.. São Paulo: Saraiva, 2008.

VIEIRA, José Ribas *et ali*. Ativismo Judicial, judicialização da política e garantismo no Supremo Tribunal Federal. *Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009.

WARAT, Luis Alberto. *Abuso del Derecho y lagunas de la Ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.

WELLMAN, Christopher Heath. Associative Allegiances and Political Obligation. *Social Theory and Practice*. n. 23. Tallahassee: Florida State University, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Revan 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal Brasileiro*. Primeiro Volume: Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2003.