

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

SÉRGIO RODRIGO DE PÁDUA

**A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NA DECLARAÇÃO DE
(IN)CONSTITUCIONALIDADE NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL**

CURITIBA

2012

SÉRGIO RODRIGO DE PÁDUA

**A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NA DECLARAÇÃO DE
(IN)CONSTITUCIONALIDADE NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Orientadora: Profa. Dr.^a Estefânia Maria de Queiroz Barboza

CURITIBA

2012

P125

Pádua, Sérgio Rodrigo de.

A interpretação jurídica na declaração de (in)constitucionalidade na arguição de descumprimento de preceito fundamental. / Sérgio Rodrigo de Pádua. – Curitiba: Faculdades Integradas do Brasil, 2012.

147p. ; 29 cm.

Orientadora: Estefânia Maria de Queiroz Barboza.

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2012.

Inclui bibliografia.

1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. I. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia.
II. Título.

CDD 340

TERMO DE APROVAÇÃO

SÉRGIO RODRIGO DE PÁDUA

A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NA DECLARAÇÃO DE
(IN)CONSTITUCIONALIDADE NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO
DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: _____

Profa. Dr.^a Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil
- UniBrasil

Membros: _____

Profa. Dr.^a Katya Kozicki

Professora da Universidade Federal do Paraná – UFPR – e da
Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR

Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska

Professor das Faculdades Integradas do Brasil - Unibrasil

Curitiba, 23 de janeiro de 2012.

A Marlene, Antonio Sérgio, Dorvalina e Fabiana, por serem as pessoas queridas que mais prezo em minha vida.

AGRADECIMENTOS

O início de uma jornada sempre se mostra desafiador e empolgante, e é assim que tem que ser para que sempre queiramos ser melhores (“melhores” no sentido daquilo que nos faz bem). Porém, uma pesquisa não é fácil, uma pesquisa não é feita apenas pelo pesquisador, mas também por todos aqueles que o incentivaram, que o apoiaram e o lhe deram o mapa do caminho a ser trilhado.

Assim, agradeço primeiramente à minha orientadora, Professora Estefânia Maria de Queiroz Barboza, pela gentileza no tratamento, pela simplicidade esclarecedora com que conseguiu transmitir os assuntos mais complexos a este aluno e pela compreensão de minhas potencialidades e de meus limites que sempre demonstrou ter.

Também registro as valiosas contribuições do Professor Marco Aurélio Marrafon, por sua orientação inicial que abriu boas janelas de meu pensamento sobre o Direito e sobre a hermenêutica jurídica, e da Professora Eneida Desiree Salgado, por gentilmente ter me auxiliado a esboçar a primeira versão do sumário deste trabalho mediante a compreensão de minhas inquietudes com a interpretação constitucional.

Jamais poderia deixar de citar todos os demais Professores que, com o brilho de suas mentes e com a prudência de suas experiências, de alguma forma inspiraram este pesquisador: assim agradeço aos Professores Clèmerson Merlin Clève, Marcos Augusto Maliska, Luiz Vergilio Dalla-Rosa, Octávio Campos Fischer, e Carol Proner por terem contribuído para minha formação. Sendo que a partir de hoje carrego um pouco de cada um dos meus Professores em meu modo de pensar e em minha trajetória.

Também agradeço aos meus pais, Marlene e Antônio Sérgio, pelo apoio incondicional, e à minha avó, Dorvalina, pelo carinho que sempre me reserva.

A Fabiana, minha namorada, serei sempre grato, ante sua compreensão às minhas horas (e meses) dedicadas a esta dissertação.

Por fim, agradeço aos colegas de mestrado, mais que colegas, amigos que fiz para uma vida.

“As convicções são inimigas mais perigosas da verdade do que as mentiras.” (Friedrich Nietzsche)

RESUMO

O presente trabalho tratou da ausência de coerência do Supremo Tribunal Federal na atribuição de efeitos às decisões no procedimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Desse modo, iniciou-se o estudo por meio da análise comparativa dos precedentes da Suprema Corte de modo que foi demonstrado que não existe uniformidade na interpretação jurídica que conduz às decisões do Tribunal. Dessa forma, ficou caracterizado que o Supremo Tribunal Federal varia a interpretação conforme as conveniências de cada conjuntura momentânea, contudo, sem realizar nenhuma justificativa argumentativa para tal superação de precedentes. Desse modo, este trabalho partiu em busca de uma adequada classificação das normas jurídicas (regras, princípios e políticas) por meio de suas características linguísticas naturais, passando por um modelo de interpretação jurídica que respeite tais características, a fim de se visualizar o campo legítimo de discricionariedade judicial. Nesse paradigma, a ponderação pela proporcionalidade se apresentou como uma possibilidade de se racionalizar a discricionariedade judicial, sem, todavia, se abandonar as garantias contra os excessos na ponderação (reservas de não ponderação) a fim de limitar o poder criativo da Corte.

Palavras chave: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – Discricionariedade Judicial – Precedentes – Direitos Fundamentais – Democracia

ABSTRACT

This study discussed the lack of coherence of the Brazilian Federal Supreme Court in the attribution of effects to judicial decisions in the procedure of “Complaint of Noncompliance of Fundamental Precept” (*“Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”*). Thus, this study started by comparative analysis of Supreme Court's precedents. In this analysis it was demonstrated that does not exist uniformity in the legal interpretation that leads to decisions of the Court. Therefore, in the study was characterized that Supreme Court's interpretation varies according to the momentary conveniences of every situation, however, without making any argumentative justification for this overcoming precedent. Thereby, this study went in search of a appropriate classification of juridical norms (rules, principles and policies) through their natural characteristics of language, through a model of juridical interpretation that respects these characteristics, in order to view the legitimate field of judicial discretion. In this paradigm, the ponderation by the proportionality is presented as an possibility to the rationalize the judicial discretion, but without abandoning the guarantees against the excesses in the ponderation (reserves against the ponderation) in order to limit the creative power of the Court.

Key words: “Complaint of Noncompliance of Fundamental Precept” – Judicial Discretion – Precedents – Fundamental Rights – Democracy

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A INCOERÊNCIA DOS JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: VARIABILIDADE DOS EFEITOS DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE/NULIDADE EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	22
1.1 AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	22
1.2 AS INCOERÊNCIAS APRESENTADAS	34
1.3 UMA LEITURA MAIS PROFUNDA (E ESCLARECEDORA) DA ADPF 130	41
1.4 O RETORNO À JURISPRUDÊNCIA COM A ADPF 187.....	50
2 A TEORIA DA NORMA APLICADA PARA AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	53
2.1 A ADEQUADA CLASSIFICAÇÃO DAS ESPÉCIES NORMATIVAS	64
2.2 QUAL CONCEITO DE “PRINCÍPIO” INSTRUMENTALIZA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988?	76
2.3 OTIMIZAÇÃO POTENCIAL DOS PRINCÍPIOS E DAS POLÍTICAS PELA PROPORCIONALIDADE.....	83
2.4 ESPÉCIES NORMATIVAS MISTAS E LIMITES PRÉVIOS À PONDERAÇÃO...91	
3 UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL POSSÍVEL PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	95
3.1 DISCRICIONARIEDADE OU VINCULAÇÃO PELA INTERPRETAÇÃO: AS DUAS FACES DO MESMO FENÔMENO.....	95

3.2 RESERVA DE NÃO PONDERAÇÃO	117
3.3. OS EFEITOS NA DECISÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: O RESULTADO DA INTERPRETAÇÃO.....	135
CONSIDERAÇÕES FINAIS	138
REFERÊNCIAS.....	141

INTRODUÇÃO

A interpretação judicial sempre foi objeto de grandes disputas na seara jusfilosófica, em grande parte devido à própria vagueza dos conceitos utilizados nos textos e às diversas possibilidades que surgem de uma visão sistemática do ordenamento, o que, dizem alguns e combatem outros, gera uma dada discricionariedade¹ para o aplicador da norma.

Dessa forma, o presente estudo tem viés crítico à falta de previsibilidade e controle racional das decisões judiciais² do Supremo Tribunal Federal, haja vista que o Tribunal, no somatório das atuações de seus integrantes, tem cada vez mais adentrado para o campo da política e tem atuado menos como ente jurisdicional. Se isso é um problema e como está enquadrada tal questão serão assuntos aqui tratados.

Assim, vive-se tempos em que ficou comum afirmar-se que o Supremo Tribunal Federal é um tribunal político³, e que isso basta para explicar porque se varia tanto a interpretação. Contudo, mesmo tal viés de análise do fenômeno não é

¹ Sob a perspectiva do Positivismo Teórico, tem-se a discricionariedade como parte da teoria da interpretação, assim veja-se: “En suma, y ésta es la tesis del positivismo, un Derecho no es un sistema perfecto, cuyo lenguaje deja amplias zonas de penumbra y que cuenta solo hasta cierto punto con el auxilio de la lógica, desemboca necesariamente en la discrecionalidad judicial. Por eso que Kelsen, que mantenía la existencia de la discrecionalidad, pero que no era partidario de la misma, consideraba sumamente peligroso incluir principios en la Constitución, según ya quedo indicado. [SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y Positivismo*. México: Distribuciones Fontamara, 1999, p. 42.]

² “Los problemas que se derivan de una práctica interpretativa como la que desarrolla la Corte no se vinculan con el hecho, tal vez banal, de que los jueces escojan argumentos de tipo ‘x’ en lugar de argumentos de tipo ‘y’, como fundamento último de sus decisiones, el problema surge porque dicha particular selección de argumentos es completamente determinante de la decisión final que luego va a firmar la Corte, frente al caso concreto. De allí que es imperativo que, al menos, los jueces hagan un esfuerzo por justificar ante nosotros la peculiar selección de criterios interpretativos que utilicen en al caso concreto.” [GARGARELLA, Roberto. *De La Alquimia Interpretativa Al Maltrato Constitucional. La Interpretación Del Derecho en Manos de La Corte Suprema Argentina*. in GARGARELLA, Roberto (Coord.) et al. *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Tomo I. 1ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, p. 239.]

³ “Neste sentido, é sintomático que um dos mais astutos representantes da classe política brasileira, que já exerceu as funções de Presidente da República e Presidente do Senado, sobrevivendo a todas as mudanças de nosso sistema político nos últimos cinquenta anos, tenha afirmado recentemente que ‘nenhuma instituição é mais importante e necessária ao Brasil do que o STF’, em uma espécie de substabelecimento, por insuficiência, dos poderes inerentes ao sistema político brasileiro para o Supremo Tribunal Federal. No mesmo sentido, é emblemática a resposta do Presidente Lula, que, quando indagado sobre a lei de anistia, teria dito: ‘este é um problema da justiça’.” [VILHENA VIEIRA, Oscar. *Supremocracia*. in *Revista Direito GV*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008. n.º 8. p. 446].

absoluto (merecendo os devidos temperamentos), sendo que a simples afirmação de que o Supremo Tribunal Federal é uma corte política não responde a questão, eis que mesmo as políticas governamentais do Executivo e do Legislativo encontram limites na Constituição Federal. Não seria o Judiciário a ser quem escape do alcance dos limites constitucionais (ainda que se abram algumas possibilidades de atuação mais elástica nos dias atuais de pós-positivismo por meio de normas de textura aberta, conforme será demonstrado nos Capítulos 2 e 3), o que traz a necessidade do estudo acerca dos parâmetros de controle dos limites do Tribunal, para alguns (na maioria adeptos de um pós-positivismo nos modelos de Alexy ou de Dworkin, conforme aqui estudado), e da política do Tribunal, para os que assim preferem entender (principalmente os positivistas, ao reconhecerem espaços de discricionariedade ao julgador). Limites e políticas dentro destes lindes são algo muito comum na interação entre os métodos interpretativos, sendo que a delimitação da política do Tribunal é a delimitação do espaço válido de interpretação a que se submete o Supremo Tribunal Federal.

Nesse intuito, foi escolhida, como recorte a ser estudado, a linha de casos sobre os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Contudo, outros temas poderiam fazer parte do mesmo estudo, não o fizeram por serem os mais variados⁴, sendo que a linha de casos estudada (ADPF's 33, 46, 47, 53, 130, 144 e 187) serve para dar a tônica da prática constitucional naquela Corte no tema estudado.

É verdade que são poucos os casos de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que foram a julgamento final no plenário do Supremo Tribunal Federal. Todavia, tal fato não retira o dever da Corte em julgar da forma correta. Desse modo, acidentalmente se enfrentará a possibilidade de um julgamento correto (ou melhor, que pretenda ser correto) do ponto de vista do método de julgamento. Este é o marco que ficará claro no presente estudo, uma vez que somente se chega a algum resultado correto (e não “ao resultado correto”⁵) por meio de métodos claros

⁴ Aplicabilidade ou inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, por exemplo.

⁵ O Direito, assim como a Filosofia, se vale de métodos argumentativos e não de cartesiana exatidão matemática, embora se possa falar na existência de fundamentos lógicos de enquadramento dos métodos de forma a serem exploradas as potencialidades positivas do ordenamento jurídico e fechadas as arestas para a abertura da(s) caixa(s) de Pandora que algumas armadilhas argumentativas acabaram se tornando, como se vera no decorrer do texto.

de interpretação do direito baseados em uma teoria da norma adequada às características da Constituição brasileira. Dessa forma, o que se buscará demonstrar é para que haja a possibilidade de algum grau de previsibilidade dos resultados dos julgamentos se faz necessária a maior previsibilidade dos métodos interpretativos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de que possa existir controle técnico-jurídico das decisões da Corte, bem como para que haja a possibilidade de controle social dos julgamentos pela clareza do método de interpretação do direito. Nessa toada, o povo só pode controlar os julgamentos do Supremo Tribunal Federal se a argumentação utilizada nos julgamentos se preocupar com a maior correção do método, deixando-se de lado o convencimento do povo por meio de uma argumentação indutiva voltada para um fim. Logo, um caminho que também será seguido é a amarra dos julgamentos por meio do respeito a uma teoria da norma mais apurada, a fim de que esta seja respeitada nos julgamentos por meio das possibilidades e limites de cada categoria de norma.

Assim, se demonstrará, diretamente (por meio dos julgamentos de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) e indiretamente (por meio de outros julgamentos), como não há uma racionalidade instalada no Supremo Tribunal Federal que busque a universalidade de aplicação dos posicionamentos do Tribunal aos casos que a ele são submetidos. Nesse sentido, parte-se de um paradigma que busca também na vinculação aos precedentes (vinculação esta enquadrada no contexto do Direito brasileiro) uma forma de respeito à segurança jurídica e aos argumentos expostos nas decisões.

Como auxílio à propositura de meios institucionais de controle da discricionariedade exacerbada que se apresenta no Supremo Tribunal Federal são utilizadas as teorias que questionam a discricionariedade judicial (acerca de sua existência legítima ou através de sua negação, como os pensamentos de Kelsen, Hart e Dworkin), eis que tais linhas de pensamento trabalharam a questão da discricionariedade judicial sob diferentes enfoques, buscando delimitá-la dentro de uma previsibilidade mínima a ser seguida pelo órgão julgador.

Desse modo, o presente estudo adota uma postura com nuances positivistas⁶ (o que não quer dizer que seja uma proposta positivista) e matizes de

⁶ “En suma, y ésta es la tesis del positivismo, un Derecho no es un sistema perfecto, cuyo lenguaje deja amplias zonas de penumbra y que cuenta solo hasta cierto punto con el auxilio de la lógica,

abertura do sistema (o que não quer dizer que haja uma concordância absoluta com tais posicionamentos), devido à própria realidade da interpretação constitucional brasileira⁷, pois se crê na possibilidade de um sistema e na racionalidade dos julgamentos como mecanismo de segurança jurídica e justiça.

Nessa linha, o traço do primeiro ao último capítulo passa pela apresentação da situação (que não é nova) de que o Supremo Tribunal Federal varia demasiadamente seus posicionamentos sem a utilização de adequada carga argumentativa, o que demanda ser controlado por uma configuração correta das espécies normativas (regras, princípios e políticas), a fim de que haja a possibilidade de interpretação de acordo com os marcos da Constituição Federal de 1988, por meio de campos adequados de ponderação pela proporcionalidade (embora reconhecida a intocabilidade de determinadas normas pela ponderação – incluindo a racionalidade dos precedentes), a fim de se possibilitar um procedimento de interpretação com aspectos de segurança e de otimização interagidos positivamente. Dessa forma, buscar-se-á uma vinculação argumentativa para que a formação e a modificação de precedentes do Supremo Tribunal Federal obedeçam a argumentos racionais, a fim de que se possa falar em uma possibilidade de vinculação por precedentes dentro do esquema processual de interpretação trabalhado.

Assim, o recorte teórico adotado pelo autor busca uma possibilidade de prática constitucional para o Supremo Tribunal Federal que seja racional e controlável racionalmente, partindo-se do exemplo advindo do estudo dos efeitos da decisão em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

desemboca necesariamente en la discrecionalidad judicial. Por eso que Kelsen, que mantenía la existencia de la discrecionalidad, pero que no era partidario de la misma, consideraba sumamente peligroso incluir principios en la Constitución, según ya quedo indicado.” [SANCHÍS, Luis Prieto. Op. cit. p. 42.]

⁷ “ Esta combinação de tradições (direito continental e *common law*) e, ainda, de um sistema jurídico-constitucional fortemente influenciado pelo positivismo de Kelsen – pois coloca a norma jurídica no centro do sistema – e a abertura principiológica provocada pela Constituição de 1988 têm resultado em decisões judiciais inovadoras, porém, algumas de questionável fundamentação e que, assim, comprometem a coerência e a integridade do sistema constitucional. Tanto a dogmática constitucional como a jurisprudência mostram-se confusas, ao mesmo tempo em que procuram respeitar a Constituição – que impõe a efetivação dos princípios – descumprem o sentido dado aos princípios pela mesma, pois esta coloca os princípios como direitos fundamentais, e não como bens, que podem ser ponderados de acordo com a sua conveniência.” [CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. *Como Levar o Supremo Tribunal Federal a Sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91*. in Revista Direito GV. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2009. n.º 9. p. 46.]

Portanto, o que pretende é uma complementaridade teórica dialógica em busca de uma finalidade democrática que é o controle do decisionismo judicial.⁸

Inicialmente cabe enfatizar que este autor está a criticar, neste trabalho, os posicionamentos tomados pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, eis que está a analisar a falta de coerência que apresenta a Corte (utilizando-se da vinculação horizontal aos motivos determinantes – *ratio decidendi* – dos precedentes⁹), o que traz irracionalidade¹⁰, impossibilidade de universalização¹¹ das decisões e insegurança jurídica¹² para o país.

Portanto, ficará evidente a diversidade de critérios interpretativos para a atribuição de efeitos às decisões pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, pois cada qual acaba vendo a “Constituição” de um ponto de vista pessoal, haja vista que cada ministro deixa de aplicar a “Constituição do Supremo Tribunal Federal” (e aqui se apresenta a importância da inclusão de uma vinculação mais fortalecida aos precedentes judiciais no método processual de interpretação), para aplicar a

⁸ Decisionismo na perspectiva do presente trabalho, sem ignorar outras definições, é a variação de decisões e de métodos de decisão de forma racionalmente injustificada, ferindo a técnica interpretativa e construtiva do direito, em prol de quaisquer interesses, para se desviar da proposição, dos valores e do sistema constitucional legislado (normas e valores) e construído (precedentes).

⁹ “A coerência jurídica, junto com a uniformidade de decisão, é um valor aceito amplamente e garante o respeito à força dos argumentos dos precedentes, devendo ser alcançada por meio da força interpretativa dos juízes.” [BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. Curitiba, 2010. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). p. 179.]

¹⁰ “Es decir, la Corte puede hacer casi lo que quiere con el caso que tiene frente a sí, gracias a la enorme variedad de parámetros interpretativos a los que puede, indistintamente, apelar. De allí que sea tan importante prestar atención a los criterios que usa la Corte cuando se aproxima de caso: en esa selección de criterios reside, en buena medida, la resolución del caso.” [GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 240.]

¹¹ FORST, Rainer. *Contextos da Justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. Tradução: Denilson Luíz Werle. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 194-200.

¹² “Este permanente, despreocupado, ir y venir entre criterios interpretativos que apuntan en direcciones muchas veces opuestas entre sí resulta, como mínimo, muy preocupante. Curiosamente, sin embargo, muchos leen esta diversidad de criterios a la que recurre la Corte como una muestra más de la amplia paleta de recursos técnicos desarrollados por nuestros hábiles jueces. Por fortuna, Ságüés opta por concluir se artículo con una evaluación muy modesta o austera de la actuación de la Corte. Señala entonces algunas dificultades que pueden inferirse de la labor interpretativa del máximo tribunal, para luego, y en cada caso, balancear lo dicho señalando ya sea la imposibilidad que tiene la Corte para actuar de otro modo, lo común que resulta en el mundo este ir y venir interpretativo, o lo explicable que es ese accionar oscilante que muestra el tribunal.” [GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 237.]

“Constituição” psicologicamente moldada dentro de suas mentes, sendo que a instituição¹³ Supremo Tribunal Federal fica prejudicada.

Assim, ao que se demonstra, o Supremo Tribunal Federal tem julgado para as massas¹⁴ de uma maioria eventual incitada pela mídia e em outros casos por grupos de poder, como na ADPF 130, sendo que em outros casos, quando menos pressionado, julgou como entende do ponto vista de seus precedentes (o que é algo positivo). Também se destacam na influência de julgamentos¹⁵ do Supremo Tribunal Federal os interesses de grupos de pressão (econômica, política, social, etc.) e dos setores governamentais (principalmente quando o assunto ronda próximo aos cofres do governo federal). Outrora, julgamentos fora do âmbito do procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental têm sido influenciados pela pressão popular, como no caso do reconhecimento da união homoafetiva¹⁶ como entidade familiar (ADI 4277¹⁷ e ADPF 132¹⁸ - que foi convertida em Ação Direta de

¹³ “El componente institucional de los derechos es, pues, muy relevante porque toda institución es el resultado jurídico/político/económico y/o social de una determinada forma de entender los conflictos sociales.” [,,] “es inexcusable el conocimiento de las instituciones, ya que éstas otorgan el soporte a esa estructura cognitiva. Si una teoría llega a ser puesta en práctica institucionalmente, aumenta su capacidad de ‘durar’, de ser ‘transmitida’ e, incluso, de ‘resistir’ posibles deformaciones.” [FLORES, Joaquín Herrera. *La Reinención de los Derechos Humanos*. Sevilla: Atrapasueños, 2008, p. 117.]

¹⁴ “Ante todo, el hecho de que siempre vayamos a estar divididos por genuinos desacuerdos interpretativos no significa que cualquier posible interpretación del derecho vale lo mismo que cualquier otra. Por el contrario, creo que existen criterios para distinguir entre concepciones interpretativas buenas, malas y muy malas. Por esta misma razón, la existencia de divergencias razonables de ningún modo puede amparar el ‘carnaval’ interpretativo al que en ocasiones nos exponen nuestros jueces – un ‘carnaval’ que, cabe decirlo, no produce necesariamente cualquier resultado, sino suele terminar con predecibles víctimas y vencedores –.” [GARGARELLA, Roberto. *Op. cit.*, p. 246.]

¹⁵ Julgamentos de Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (recorte objetivado na presente pesquisa) e de qualquer outro tipo de ação ou recurso que chega até o Supremo Tribunal Federal.

¹⁶ “Veja-se, por exemplo, a questão a respeito da união homoafetiva. O Poder Judiciário brasileiro vem se manifestando nas últimas décadas pelo reconhecimento da união homoafetiva como união estável, para fins de proteção do Estado. Assim, para fins sucessórios, bem como para fins previdenciários, a união homoafetiva vem sendo reconhecida como família na prática constitucional. Destarte, novas discussões a respeito do casamento entre pessoas do mesmo sexo ou da adoção de crianças por casal unido homoafetivamente devem partir dos princípios representados nos precedentes, que retratam a moralidade político-constitucional da comunidade brasileira construída histórica e culturalmente por meio das decisões judiciais, como se estivesse a construir um segundo capítulo desse romance, a ser escrito buscando a integridade e a coerência.” [BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op.cit.*, p. 238.]

¹⁷ “3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente

Inconstitucionalidade).¹⁹ O que se observou no caso do reconhecimento da união homoafetiva é que o Supremo Tribunal Federal se despiu da índole moralista, aceitando as diferenças e reconhecendo direitos por meio de interpretação constitucional evolutiva.²⁰ Contudo, o Supremo Tribunal Federal assim se posicionou por se sentir à vontade para julgar²¹ a causa, sendo que a onda de moralismo contra as normas constitucionais que tem, por vezes, se sobressaído no Supremo Tribunal Federal se dá no julgamento dos “inimigos da República”, como na oportunidade em que a Corte deixou de aplicar o precedente sobre a inaplicabilidade da Lei 8.429/1992 (Rcl 2.138) ao fundamentar o caso *Paulo Maluf*²² – precedente aquele que voltou a aplicar no caso seguinte (julgamento de ação de improbidade

constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.” [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. União Homoafetiva. ADI 4277, Relator: Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05 de maio de 2011. Disponível em www.stf.jus.br].

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. União Homoafetiva. ADPF 132, Relator: Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05 de maio de 2011. Disponível em www.stf.jus.br.

¹⁹ O que ocorreu no julgamento do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar foi que o Supremo Tribunal Federal superou o conceito (união estável entre homem e mulher) previsto originalmente na Constituição Federal de 1988, por meio de uma interpretação preponderantemente argumentativa de que tal entidade familiar é uma realidade social inafastável, bem como (como enfatizou o Min. Carlos Ayres) o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar não gera nenhum prejuízo para ninguém em sua esfera privada de vida, sendo que, pelo contrário, é benéfico para a sociedade porque traz segurança jurídica para as relações familiares homoafetivas. Em suma, o direito se despiu de um moralismo individual ou de um grupo majoritário para que houvesse a inserção das relações homoafetivas no âmbito de proteção constitucional.

²⁰ Interpretação evolutiva significa a superação dos significados dos conceitos normativos anteriores por novos significados que correspondem melhor à realidade histórica e cultural. A norma é feita para o momento de sua criação, sendo que a temporalidade acaba por sobrepor novas realidades a um conceito que descreve um passado superado.

²¹ Apenas a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) foi contra a união homoafetiva em sua participação no processo como *amicus curie*, obviamente por motivos religiosos.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Questão de Ordem em Petição. Improbidade Administrativa. Pet 3923 QO, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 25 de setembro de 2008. Disponível em www.stf.jus.br.

administrativa na Pet 3053 AgR²³ e no RE 579.799 AgR²⁴), ou no caso do julgamento acerca da Lei da “Ficha Limpa” (Lei Complementar 135/2010 no RE 630.147²⁵).

Ora, não se desconhece os posicionamentos pessoais (incluindo os focos políticos e ideológicos) de determinados Ministros da Corte Suprema, contudo o que se percebe é um vai-e-vem²⁶ interpretativo dentro da Corte conforme as conveniências políticas momentâneas para acalentar a mídia e o povo. Tal preocupação dos Ministros passa por um preferencialismo em se curvar à mídia (e à pauta da mídia), a fim da Corte não cair em desgraça pública por deixar de julgar da forma que o povo quer (manipulado pela mídia massiva). Ademais, os grupos de poder acabam influenciando as decisões do Supremo Tribunal Federal, sendo que a intocabilidade (soma das garantias constitucionais dos magistrados) dos Ministros da Corte os tem deixado livres para decidirem da forma e pelo método que bem entendem. Isso, a priori, não deveria ser um problema, mas uma característica do sistema. Todavia, observa-se o abuso da certeza de que ninguém está acima do Supremo Tribunal Federal para não se prestar contas do método interpretativo utilizado. Contudo, acima do Supremo Tribunal Federal há a última fronteira, o alter-ego da sociedade, a Constituição Federal, sendo que para respeitá-la não basta se afirmar que a respeita (acreditando-se num ato de fé dos cidadãos jurisdicionados), porém deve-se demonstrar, mediante uma prestação de contas clara e objetiva (daí a importância da boa-fé na argumentação) na fundamentação da decisão (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal), o método de interpretação utilizado, o resultado obtido da interpretação e as possibilidades de aplicação da interpretação obtida.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Agravo Regimental em Petição. Improbidade Administrativa. Pet 3053 AgR, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 13 de março de 2008. Disponível em www.stf.jus.br.

²⁴ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESEMBARGADOR. AGENTE POLÍTICO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento nos termos do qual a Constituição do Brasil não admite concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Improbidade Administrativa. RE 579799 AgR, Relator: Ministro Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 02 de dezembro de 2008. Disponível em www.stf.jus.br.]

²⁵ Caso Joaquim Roriz.

²⁶ “Por otra parte, Sagués reconoce que la existencia de esta amplia variedad de criterios interpretativos no es buena para la seguridad jurídica pero agrega que, de todos modos, la situación que nos aqueja dista de ser excepcional dentro del mundo jurídico moderno.” [*Ibidem*, p. 238.]

A partir de uma observação como esta é que se verifica que o Supremo Tribunal Federal já caminha perigosamente (de um ponto de vista democrático) para longe da racionalidade e da universalidade.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal tem se destacado por ser uma Corte jurídica ao interpretar a Constituição segundo critérios científicos, mas que pende para os excessos da política ao atender interesses de grupos de pressão. Assim, são dois tribunais dentro de um. Qual julgará o próximo caso?

A título de exemplo, a falta de um discurso institucional ficou clara com a exposição da diversidade extrema de posicionamentos na atribuição de efeitos para a decisão em *Arguição de Descumprimento Fundamental*, num curto recorte temporal, sobre o mesmo tema interpretativo da Constituição Federal. Tal problema decorre da falta de apego e respeito às instituições, o que descamba para a falta de método e para a falta de diálogo²⁷ (a característica mais democrática que se

²⁷ “ Dialogue will not work, of course, if the effect of a judicial decision is to prevent the legislative body whose law has been struck down from pursuing its legislative objective. But this is seldom the case. The first reason why a legislative body is rarely disabled by a judicial decision is the existence in the Charter of Rights of the override power of s. 33, under which a legislature can simply insert a notwithstanding” clause into a statute and thereby liberate the statute from most of the provisions of the Charter, including the guarantees of freedom of expression (s. 2(b)) and equality (s. 15). Section 33 was added to the Charter of Rights late in the drafting process at the behest of provincial premiers who feared the impact of judicial review on their legislative agendas, and it is the most powerful tool legislatures can use to overcome a Charter decision they do not accept.

When the Supreme Court of Canada struck down a Quebec law forbidding the use of English in commercial signs on the ground that the law violated the guarantee of freedom of expression (Ford, 1988), Quebec answered by enacting a law that continued to ban the use of English on all outdoor signs. The new law violated the Charters guarantee of freedom of expression as much as the previous one had, but the province protected it from challenge by inserting a s. 33 notwithstanding clause into it. The Quebec National Assembly recognized that it was restricting the freedom of expression of its anglophone citizens, but concluded that the enhancement of the French language in the province was important enough to justify overriding the Charter value.

More recently, when the Supreme Court of Canada held that Alberta’s human rights legislation violated the guarantee of equality by not providing protection for discrimination on the ground of sexual orientation (Vriend, 1998), there was much debate in the province about re-enacting the law in its old form under the protection of a s. 33 notwithstanding clause. In the end, the Alberta government decided to live with the decision of the Court. But because using the notwithstanding clause to override the decision had been an option, it is clear that this outcome was not forced on the government, but rather was its own choice based on, among other things, what the Court had said about the equality guarantee in the Charter of Rights.

Both these cases are examples of the dialogue that s. 33 permits. Admittedly, because of the political climate of resistance to the use of the clause, “notwithstanding” is a tough word for a legislature to use. But making tough political decisions is part of a legislature’s job. In the dialogue between courts and legislatures, “notwithstanding” is therefore at least a possible legislative response to most judicial decisions.”

Tradução livre:

“ O diálogo não funcionará, é claro, se o efeito de uma decisão judicial for prevenir o órgão legislativo cuja lei tiver sido impedida de perseguir seu objetivo legislativo. Mas este é raramente o caso. A primeira razão pela qual um órgão legislativo raramente é desativado por uma decisão

esperaria dentro de uma Suprema Corte) entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Logo, a fim de diminuir a escala de discricionariedade sem fugir às soluções filosófico-jurídicas da tradição do Direito brasileiro, apresenta-se uma proposta que inclui, junto à vinculação por meio de regras, princípios e políticas, uma vinculação mais forte aos precedentes no interior do processo interpretativo.

Assim, sendo do Supremo Tribunal Federal a última palavra em matéria constitucional e não existindo controle por parte dos Poderes Legislativo e Executivo²⁸ sobre sua atuação que possa ingressar no mérito ou na aplicabilidade²⁹

judicial é a existência na *Charter of Rights* do poder de *override* (substituição) da s. 33, em que uma legislatura pode simplesmente inserir uma *notwithstanding clause* (cláusula de não obstante) em um diploma legal e, assim, liberar o diploma legal da maioria das disposições da *Charter of Rights*, incluindo as garantias de liberdade de expressão (s. 2 (b)) e de igualdade (s. 15). A seção 33 foi acrescentada à *Charter of Rights*, no final do seu processo de elaboração, a pedido dos premiers provinciais que temiam o impacto do *judicial review* em suas agendas legislativas, e ela é a ferramenta mais poderosa que os legisladores podem usar para superar uma decisão de aplicação da *Charter of Rights* que eles não aceitem.

Quando a Suprema Corte do Canadá derrubou uma lei de Quebec que proibia o uso de inglês em sinais comerciais sob o fundamento de que a lei violava a garantia da liberdade de expressão (Ford, 1988), Quebec respondeu decretando uma nova lei que continuou a proibir o uso de inglês em todos os sinais publicitários exteriores. A nova lei violou a garantia da liberdade de expressão, prevista na *Charter of Rights*, tanto quanto a anterior tinha feito, mas a província a protegera da contestação pelo judiciário inserindo uma cláusula não obstante (*notwithstanding*) nela (s. 33). A Assembleia Nacional de Quebec reconheceu que restringiu a liberdade de expressão de seus cidadãos anglófonos, mas concluiu que a valorização da língua francesa na província era suficientemente importante para justificar a superação do valor da *Charter of Rights*.

Mais recentemente, quando a Suprema Corte do Canadá declarou que a legislação de Alberta sobre direitos humanos violou a garantia da igualdade, não fornecendo proteção para a discriminação em razão da orientação sexual (Vriend, 1998), houve muito debate na província sobre re-editar a lei na sua forma antiga, sob a proteção de uma cláusula não obstante (*notwithstanding*). No final, o governo de Alberta decidiu viver com a decisão da Corte. Mas devido ao fato de não ser utilizada a cláusula de não obstante para superar a decisão judicial ter sido uma opção, é evidente que este resultado não foi forçado sobre o governo, mas foi objeto de sua própria escolha com base, entre outras coisas, no que a Corte tinha dito sobre a garantia da igualdade da *Charter of Rights*.

Ambos os casos são exemplos do diálogo que a seção 33 permite. É certo que, por causa do clima político de resistência ao uso da cláusula, "não obstante" é um termo difícil para uma legislatura usar. Mas tomar difíceis decisões políticas é parte do trabalho de uma legislatura. No diálogo entre os tribunais e os legisladores, "não obstante" (*notwithstanding*) é, portanto, pelo menos uma resposta legislativa possível para a maioria das decisões judiciais." [HOGG, Peter; THORNTON, Allison. *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*. in *Options Politiques*. Montreal: IRPP, Abril, 1999. p. 20-21.]

²⁸ No Canadá há a *notwithstanding clause* ("cláusula não obstante") como uma possibilidade de suspensão dos efeitos de uma lei, pelo Parlamento ou pela legislatura de uma província, pelo período de até cinco anos (a lei continua a ter vigência não obstante a existência de decisão judicial que declare sua invalidade), a fim de que se estabelecer uma supremacia temporal limitada da vontade da maioria eventual representada no Poder Legislativo sobre a decisão judicial contramajoritária de aplicação do Direito.

²⁹ "A *notwithstanding clause* (non-obstante ou *override clause*) ou, simplesmente, 'cláusula não obstante' é fruto de uma tentativa de conciliar as restrições inerentes a uma ordem jurídica

de suas decisões³⁰, restam o controle social (que tem sido motivo de certas decisões contrárias às mais básicas garantias constitucionais e aos precedentes da própria Corte) e o controle acadêmico³¹, que, embora seja de extrema importância, não chega ainda aos ouvidos da população, pois muitas vezes as palavras dos pensadores do mundo do Direito não interessam ou não são convenientes à mídia nacional.

Dessa forma, o primeiro capítulo trata da exposição dos principais julgamentos que envolvem o procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, por meio de análise e comparação entre os julgamentos e a técnica de atribuição de efeitos às decisões em ADPF. Assim, trabalha-se com as ADPF's 33, 46, 47, 53, 130, 144 e 187, ante a apresentação de conflitos inerentes à atribuição de efeitos aos julgamentos advindos do procedimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a fim de utilizar-se de tal estudo de casos para demonstrar a incoerência na interpretação jurídica realizada pelo Supremo Tribunal Federal (interpretação esta feita com o fito de escolher quais os efeitos a serem atribuídos a cada julgamento de acordo com as convencionalidades, passando da simples interpretação conforme a Constituição do art. 42 da Lei n.º 6.538/1978 – mediante o recorte de parte do sentido do texto de apenas um dispositivo do diploma normativo – até a declaração de não-recepção integral da Lei 5.250/1967 – sob o argumento de ter sido editada por um governo ditatorial).

constitucional com os pilares democráticos do Estado de Direito. Alguns autores apontam-na como instituidora de um sistema de controle de constitucionalidade 'fraco' (weak-form of judicial review)." [...] "Como se pode perceber, ela permite ao legislador reeditar a lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte do Canadá, em face da Seção 2 (que compreende os direitos fundamentais à liberdade de consciência, de expressão, de associação e de reunião) e das Seções 7 a 15 (referentes ao direito à vida, à liberdade e à segurança da pessoa, liberdade de não vir a ser irrazoavelmente investigado, confiscado, preso ou detido, além do direito à igualdade dentre outros) da Carta de Direitos. Vale ressaltar que muitos dos direitos fundamentais nela contemplados não são abrangidos pela Seção 33." [CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *A "Notwithstanding Clause" e a Constituição do Canadá*. in *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011.]

³⁰ Este autor acredita que nem mesmo é interessante, no atual momento histórico do Brasil, um controle das decisões judiciais por tais poderes. Vale lembrar a inefetividade do Supremo Tribunal Federal nos tempos em que a suspensão das decisões da Corte era realizada, via Decreto-lei, pelo governo ditatorial de Getúlio Vargas.

³¹ "En segundo lugar, creo que justamente debido a que lo irresoluble de ciertas divergencias interpretativas, debemos abandonar el (siempre presente, pero siempre injustificado) presupuesto según el cual la última palabra interpretativa debe estar en manos de la Corte, es decir, en manos de personas poco vinculadas con nosotros, y sobre las cuales carecemos de toda forma sensata de control." [GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 246.]

O segundo capítulo busca uma visão possível de uma adequada classificação das espécies normativas (regras, princípios e políticas) utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de que exista uma clara depuração entre o que é norma e quais as funções dos tipos de norma dentro do sistema constitucional, num intento de diminuir espaços discricionários e trazer maior clareza à discricionariedade nas decisões. Dessa maneira, buscar-se-á demonstrar que os espaços abertos provenientes de normas fluidas são o que cria a discricionariedade (ou elasticidade) no (do) ordenamento jurídico, sendo que existem espaços de normatividade mais fechada, onde a discricionariedade acaba por ter muito pouco espaço. No mesmo capítulo se trabalhará com as possibilidades da técnica da proporcionalidade como mediadora dos conflitos entre normas fluidas (princípios e políticas), a fim de se buscar uma margem de racionalidade normativa.

O terceiro capítulo passa pela caracterização dos métodos de interpretação enquadrados dentro das possibilidades normativas propostas (regras, princípios e políticas), buscando-se a racionalidade de uma vinculação por precedentes judiciais (dentro de tal procedimento interpretativo) ao Supremo Tribunal Federal, como forma de buscar segurança jurídica, coerência e integridade ao sistema. Ademais, o terceiro capítulo trata da desmistificação da divergência basal entre positivistas (Kelsen e Hart) e pós-positivistas (Alexy e Dworkin) acerca da possibilidade de existência de discricionariedade na interpretação jurídica, ante as aberturas naturais dos sistemas linguístico e histórico-cultural. Dessa forma, buscar-se-á analisar caracterizar as reservas de não ponderação por meio das características naturais das normas imponderáveis, dos limites argumentativos dos precedentes, das possibilidades do conceito vinculado ao texto e dos lindes do sistema constitucional. Por fim, passar-se-á ao resultado de tal interpretação que englobe os precedentes judiciais à caracterização dos efeitos do julgamento na decisão de (in)constitucionalidade em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

1 A INCOERÊNCIA DOS JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: VARIABILIDADE DOS EFEITOS DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE/NULIDADE EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

“Eu digo, tu o dizes, mas, ao final, aquele também diz: / Depois que o disseram tantas vezes, não se vê outra coisa a não ser o que foi dito.”³²

O Supremo Tribunal Federal tem utilizado como mecanismo de pacificação social a tutela da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental prevista no art. 102, §1º, da Constituição Federal.

Contudo, controvérsias vêm surgindo acerca dos efeitos da decisão em sede de ADPF nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, eis que a Corte vem variando na atribuição de tais efeitos conforme cada caso, o que, por um lado, desperta interesse dos estudiosos em processo e interpretação constitucional e, por outro, desperta preocupação na doutrina e daqueles que pensam o Direito Constitucional postado na segurança jurídica, na previsibilidade, na equidade e na integridade.

1.1 AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A preocupação procede, pois o STF, ao que parece, não adota *a priori* nenhuma técnica especial acerca dos efeitos da decisão de mérito e cautelar para a ADPF especificamente, isso causa espanto em primeira constatação, pois a doutrina nacional (com raras exceções) parece não estar tão atenta para este problema. Dessa forma, a sensação que fica da análise primária é que o método é escolhido visando os fins que se desejam, visando um resultado anteriormente determinado.

³² GOETHE, Johann Wolfgang. *Teoria das Cores*.

Todavia, tal peculiar técnica indutiva³³ do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos de ADPF tem se mostrado perigosa, o que leva a crer que um aprofundamento sobre tais fatos interpretativos é necessário.

É verdade que a crítica (desconstrutiva e construtiva) é o melhor método para o aprimoramento da atuação do Supremo Tribunal Federal, para que haja seu fortalecimento como instituição comprometida com a democracia e com o Estado de Direito. Igualmente, com a linha crítica aqui traçada poder-se-ia partir por várias frentes, passando pelos conhecidos efeitos de declaração de inconstitucionalidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) até a caracterização dos efeitos da decisão no procedimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) como possibilidades de se elaborar um estudo crítico acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal. Todavia, para os fins deste estudo, a ADPF se mostrou como a fonte ruidosa de inconsistências e inconseqüências do Supremo Tribunal Federal, ante a aparência de atuação política que a Corte vem realizando por meio de tal procedimento constitucional.

Assim, pode-se dividir as decisões em sede de ADPF pelas diversas técnicas de decisão utilizadas.

A primeira vertente de julgamentos aponta para a declaração de inconstitucionalidade no clássico formato de Ação Direta de Inconstitucionalidade (com as adaptações que a Suprema Corte realiza em sua jurisprudência consolidada sobre a aplicação das Constituições no tempo e sobre a teoria da não-recepção), tendo sido uma das técnicas utilizadas³⁴, eis que como se pode perceber a ADPF foi manejada como uma “ADI subsidiária” na ADPF 47³⁵ (para afastar “cirurgicamente” o

³³ Entenda-se por indução a peculiar retórica utilizada nos julgamentos aqui citados (perante a mídia e povo principalmente), a fim de escolher perfeitamente o resultado de tais julgamentos, sendo que a interpretação/aplicação do Direito Constitucional passa a ser mera figura de linguagem, figura esta que apenas caracteriza uma fase necessária para se justificar o fim previamente escolhido. Portanto, trata-se de uma indução com grau zero de previsibilidade pelo destinatário da decisão, na medida em que não se aplica um método baseado numa norma geral prévia, mas se tem sempre um caso único para o qual a Corte busca uma solução única que não precisa ser coerente com as decisões anteriores.

³⁴ Os efeitos da decisão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, segundo os julgados do Supremo Tribunal Federal, variam espantosamente em sua técnica de resultado que pende entre o recorte específico de dispositivos legais (mediante declaração de revogação ou de inconstitucionalidade) e o afastamento integral (por revogação de diplomas normativos).

³⁵ ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ARTIGO 2º DO DECRETO N. 4.726/87 DO ESTADO DO PARÁ. ATO REGULAMENTAR. AUTARQUIA ESTADUAL. DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM. REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. NÃO-RECEBIMENTO DO ATO IMPUGNADO PELA

art. 2º do Decreto 4.726/87 do Estado do Pará³⁶ - uma vez que tal ADPF trata da impossibilidade de vinculação dos vencimentos dos servidores do Estado do Pará ao salário mínimo) e na ADPF 53³⁷ (em que houve o afastamento, em sede de liminar pelo Ministro Gilmar Mendes, do art. 5º da Lei 4.950-A/66³⁸ - esta ADPF trata da impossibilidade de vinculação dos vencimentos de servidores públicos ao salário mínimo). Dessa forma, nas duas ADPF's citadas o Supremo Tribunal Federal, embora não tenha utilizado o conceito de inconstitucionalidade (ou, como cita Clèmerson Merlin Clève, com base em *"inconstitucionalidade superveniente"*³⁹)

CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 7º, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A controvérsia posta nestes autos foi anteriormente examinada por esta Corte quando do julgamento da ADPF n. 33. 2. Decreto estadual que vinculava os vencimentos dos servidores da autarquia estadual ao salário mínimo. 3. Utilização do salário mínimo como fator de reajuste automático de remuneração dos servidores da autarquia estadual. Vedação expressa veiculada pela Constituição do Brasil. Afronta ao disposto no artigo 7º, inciso IV, da CB/88. 4. Liminar deferida por esta Corte em 7 de setembro de 2.005. 5. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar o não-recebimento, pela Constituição do Brasil, do artigo 2º do decreto n. 4.726/87 do Estado do Pará.

[BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Vinculação de vencimentos de servidores públicos ao salário mínimo. ADPF 47, Relator: Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 12 de dezembro de 2007. Disponível em www.stf.jus.br.]

³⁶ Art. 2º - A tabela de que trata o artigo anterior será constituída de 3 (três) níveis salariais, com padrões iniciais correspondentes a 4,5 (quatro e meio), 6 (seis) e 8,5 (oito e meio) salários-mínimos e progressões horizontais constituídas de padrões salariais, a razão de 7% (sete por cento) de um para outro padrão, na forma do anexo de nº 01 deste Decreto.

³⁷ "O pedido final da arguição de descumprimento de preceito fundamental restou assim formulado: '(...)seja julgado procedente o presente pedido para o fim de reconhecer, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, inclusive quanto à coisa julgada já formada, que o art. 5º da Lei 4.950-A/66 não foi recepcionado pela Constituição de 1988, isso porque: (i) o dispositivo viola o art. 7º, IV, parte final, da Constituição, que veda a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim; e (ii) a norma atenta contra a autonomia do Estado-membro, em detrimento do equilíbrio federativo (art. 1º e 18) e afronta a regra que proíbe a vinculação de quaisquer espécie remuneratórias (art. 37, XIII, CF/88).'" [...] "defiro o pedido liminar, ad referendum do Plenário desta Corte, para a suspensão das decisões impugnadas que se referem a servidores celetistas, nos termos do art. 5º, §3º, da Lei nº 9.882/99."

[BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Vinculação de vencimentos de servidores públicos ao salário mínimo. ADPF 53, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 22 de abril de 2008. Disponível em www.stf.jus.br.]

³⁸ Art. 5º Para a execução das atividades e tarefas classificadas na alínea a do art. 3º, fica fixado o salário-base mínimo de 6 (seis) vezes o maior salário-mínimo comum vigente no País, para os profissionais relacionados na alínea a do art. 4º, e de 5 (cinco) vezes o maior salário-mínimo comum vigente no País, para os profissionais da alínea b do art. 4º.

³⁹ "Como já foi afirmado, o direito brasileiro não admite ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo anterior à Constituição, em confronto com esta. Entende o Supremo Tribunal Federal que a hipótese não é de inconstitucionalidade, mas sim de revogação. Como a questão não é constitucional, mas de direito intertemporal, à luz da compreensão brasileira, os tribunais não estão jungidos à exigência do art. 97 da Constituição da República (maioria absoluta). Constitui, igualmente, hipótese de revogação a incompatibilidade de lei anterior com Emenda Constitucional nova (ou, por óbvio, com nova norma decorrente de revisão). O Supremo Tribunal Federal não aceita a tese de inconstitucionalidade superveniente, ou seja, do ato normativo que, constitucional no momento de sua

afastou, de forma extremamente seletiva a aplicação de dispositivos regulamentar e legal muito bem recortados e especificados nas normas das quais fazem parte, sob o argumento da teoria da revogação⁴⁰, eis que para o Supremo Tribunal Federal não houve recepção pelo ordenamento constitucional de 1988 das normas provenientes dos dispositivos citados, havendo a sobreposição das normas constitucionais, de hierarquia mais elevada, sobre as normas infraconstitucionais, obviamente inferiores. Ou seja, houve uma “inconstitucionalidade superveniente” nominada com o termo “revogação” para barrar a utilização da Ação Direta de Inconstitucionalidade, em suma, inconstitucionalidade superveniente e revogação são dois termos para um mesmo conceito⁴¹, mas esta constatação leva a outros caminhos paralelos ao objetivo desta obra, por isso não se passará da “curiosa” verificação.

Contudo, a segunda vertente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aponta, de certa forma, para o efeito de declaração de constitucionalidade mediante a utilização da ADPF, eis que, em eventual improcedência da ação constitucional abstrata, pode ser declarada a constitucionalidade do dispositivo legal ou regulamentar, bem como da prática questionada por meio da Arguição. Nesse sentido, tem-se como exemplo dessa tática jurisdicional do STF o caso *sui generis* da ADPF 144⁴² (tal ação buscava a possibilidade dos Juízes Eleitorais, com base

edição, deixa de sê-lo em virtude da atuação do poder de reforma constitucional (caso específico de Portugal) ou do próprio poder constituinte.” [...]

“Embora correta a tese segundo a qual a antinomia entre a norma preexistente e a Constituição haverá de ser resolvida no plano do direito intertemporal, não está fora de questão que a tese de inconstitucionalidade superveniente encontra-se, desde o prisma teórico, formal e técnico, também correta.” [CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2.ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 219 e 221.]

⁴⁰ CLÉVE, Clèmerson Merlin. Op. cit. p. 219-224.

⁴¹ Ibidem. p. 221.

⁴² “ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - POSSIBILIDADE DE MINISTROS DO STF, COM ASSENTO NO TSE, PARTICIPAREM DO JULGAMENTO DA ADPF - INOCORRÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE PROCESSUAL, AINDA QUE O PRESIDENTE DO TSE HAJA PRESTADO INFORMAÇÕES NA CAUSA - RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - EXISTÊNCIA, QUANTO A ELA, DO VÍNCULO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA - ADMISSIBILIDADE DO AJUIZAMENTO DE ADPF CONTRA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DE QUE POSSA RESULTAR LESÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL - EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA RELEVANTE NA ESPÉCIE, AINDA QUE NECESSÁRIA SUA DEMONSTRAÇÃO APENAS NAS ARGÜIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE CARÁTER INCIDENTAL - OBSERVÂNCIA, AINDA, NO CASO, DO POSTULADO DA SUBSIDIARIEDADE - MÉRITO: RELAÇÃO ENTRE PROCESSOS JUDICIAIS, SEM QUE NELES HAJA CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL, E O EXERCÍCIO, PELO CIDADÃO, DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA - REGISTRO DE CANDIDATO CONTRA QUEM FORAM INSTAURADOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE NATUREZA CRIMINAL, EM CUJO ÂMBITO AINDA NÃO EXISTA SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO - IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE DEFINIR-SE, COMO CAUSA DE INELEGIBILIDADE, A

“num princípio” da moralidade, negarem registro à candidatura de pessoas que tivessem ações criminais e ou de improbidade administrativa em trâmite com si, mesmo antes do trânsito em julgado de sentença condenatória) que, ante a derrocada da Associação dos Magistrados Brasileiros em sua pretensão como autora da ação, acabou por servir reflexamente como uma Ação Declaratória de

MERA INSTAURAÇÃO, CONTRA O CANDIDATO, DE PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, QUANDO INOCORRENTE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO - PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO ELETIVO, "VITA ANTEACTA" E PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA - SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS E IMPRESCINDIBILIDADE, PARA ESSE EFEITO, DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 15, III) - REAÇÃO, NO PONTO, DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE 1988 À ORDEM AUTORITÁRIA QUE PREVALECEU SOB O REGIME MILITAR - CARÁTER AUTOCRÁTICO DA CLÁUSULA DE INELEGIBILIDADE FUNDADA NA LEI COMPLEMENTAR Nº 5/70 (ART. 1º, I, "N"), QUE TORNAVA INELEGÍVEL QUALQUER RÉU CONTRA QUEM FOSSE RECEBIDA DENÚNCIA POR SUPOSTA PRÁTICA DE DETERMINADOS ILÍCITOS PENAIIS - DERROGAÇÃO DESSA CLÁUSULA PELO PRÓPRIO REGIME MILITAR (LEI COMPLEMENTAR Nº 42/82), QUE PASSOU A EXIGIR, PARA FINS DE INELEGIBILIDADE DO CANDIDATO, A EXISTÊNCIA, CONTRA ELE, DE CONDENAÇÃO PENAL POR DETERMINADOS DELITOS - ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ALCANCE DA LC Nº 42/82: NECESSIDADE DE QUE SE ACHASSE CONFIGURADO O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO (RE 99.069/BA, REL. MIN. OSCAR CORRÊA) - PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA - EVOLUÇÃO HISTÓRICA E REGIME JURÍDICO DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA - O TRATAMENTO DISPENSADO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELAS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS, TANTO AS DE CARÁTER REGIONAL QUANTO AS DE NATUREZA GLOBAL - O PROCESSO PENAL COMO DOMÍNIO MAIS EXPRESSIVO DE INCIDÊNCIA DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA - EFICÁCIA IRRADIANTE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DESSE PRINCÍPIO AO ÂMBITO DO PROCESSO ELEITORAL - HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE - ENUMERAÇÃO EM ÂMBITO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 14, §§ 4º A 8º) - RECONHECIMENTO, NO ENTANTO, DA FACULDADE DE O CONGRESSO NACIONAL, EM SEDE LEGAL, DEFINIR "OUTROS CASOS DE INELEGIBILIDADE" - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, EM TAL SITUAÇÃO, DA RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ART. 14, § 9º) - IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, DE A LEI COMPLEMENTAR, MESMO COM APOIO NO § 9º DO ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO, TRANSGREDIR A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA, QUE SE QUALIFICA COMO VALOR FUNDAMENTAL, VERDADEIRO "CORNERSTONE" EM QUE SE ESTRUTURA O SISTEMA QUE A NOSSA CARTA POLÍTICA CONSAGRA EM RESPEITO AO REGIME DAS LIBERDADES E EM DEFESA DA PRÓPRIA PRESERVAÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA - PRIVAÇÃO DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA E PROCESSOS, DE NATUREZA CIVIL, POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - NECESSIDADE, TAMBÉM EM TAL HIPÓTESE, DE CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL - COMPATIBILIDADE DA LEI Nº 8.429/92 (ART. 20, "CAPUT") COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 15, V, c/c O ART. 37, § 4º) - O SIGNIFICADO POLÍTICO E O VALOR JURÍDICO DA EXIGÊNCIA DA COISA JULGADA - RELEITURA, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DA SÚMULA 01/TSE, COM O OBJETIVO DE INIBIR O AFASTAMENTO INDISCRIMINADO DA CLÁUSULA DE INELEGIBILIDADE FUNDADA NA LC 64/90 (ART. 1º, I, "G") - NOVA INTERPRETAÇÃO QUE REFORÇA A EXIGÊNCIA ÉTICO-JURÍDICA DE PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E DE MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATO ELETIVO - ARGUÍÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA IMPROCEDENTE, EM DECISÃO REVESTIDA DE EFEITO VINCULANTE."

[BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Exercício dos direitos políticos, presunção de inocência e registro de candidatura. ADPF 144, Relator: Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 06 de agosto de 2008. Disponível em www.stf.jus.br.]

Constitucionalidade da prática jurisdicional dos Juízes Eleitorais de não se adiantar os efeitos da sentença penal condenatória ou de improbidade administrativa condenatória, no momento do registro da candidatura, antes do trânsito em julgado dos processos penais ou de improbidade administrativa. Dessa forma, no caso da ADPF 144 o Supremo Tribunal Federal, mediante efeito vinculante (devido à previsão da Lei 9.882/1999⁴³), decidiu afastar a alegação de supremacia de um criativo “princípio da moralidade eleitoral”, nascido por geração espontânea, sobre as regras explícitas e *numerus clausus* das condições de elegibilidade (art. 14, §3.º, da Constituição Federal) e de perda dos direitos políticos (art. 15 da Constituição Federal). Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF improcedente, decidiu que a atitude combatida na ação era plenamente constitucional (ou seja, ADPF funcionou como uma espécie de “ADC subsidiária”) e deu fim à referida disputa naquelas eleições municipais do ano de 2008.⁴⁴

Noutro giro, percebe-se que a despeito da aplicação da teoria da não-recepção da norma pelo novel ordenamento constitucional, o Supremo Tribunal Federal já, inclusive, aplicou a teoria interpretação conforme a Constituição na ADPF 46⁴⁵ (veja-se que se trata de um caso onde há evidente interesse em favor do

⁴³ Art. 10. [...]

[...]

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

⁴⁴ Disputa que ainda está viva, ante a declaração de inconstitucionalidade via o *leading case* do RE 633.703 da aplicação da Lei Complementar 135/2010 para as eleições de 2010 e a pendência que pesa sobre a dita lei, ante o já referido precedente da ADPF 144 e o ajuizamento da ADI 4578 que busca afastar a aplicação do diploma legal, bem como das ADC's 29 e 30 que buscam a efetivar a constitucionalidade da norma.

⁴⁵ “ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGUIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI. 1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é

Estado, pois se tratou sob o regime de monopólio de prestação de serviços postais pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT –, uma empresa estatal), onde se desenhou argumentativamente, mediante interpretação constitucional⁴⁶ com base na Constituição Federal de 1988, o art. 42 da Lei 6.538/1978⁴⁷, o que é contraditório com a razão operacional de outros julgamentos do Supremo Tribunal Federal (como se viu e ainda verá a seguir), uma vez que foi dispensada interpretação constitucional com base na Constituição Federal de 1988 para manter o texto normativo e dar melhor sentido perante a Carta Política, método que sem dúvida é reconhecido, todavia pouco usual em sede de ADPF, ainda mais em se tratando de reconhecimento de inconstitucionalidade em norma anterior à Constituição que pela tradição jurisprudencial dos precedentes da Corte normalmente não ocorreria (até aquele momento, eis que o julgamento ocorreu no ano de 2010). Em resumo, com o julgamento da ADPF 46 o Supremo Tribunal Federal se filiou à tese da inconstitucionalidade superveniente (não aceita no precedente da ADPF 47, por exemplo) para dar o contorno interpretativo que quis ao termo legal em jogo. Assim, ressalta-se que não se questiona até aqui se isso é correto ou não, mas sim a facilidade com que o Supremo Tribunal Federal transita entre as várias teorias como se não dependesse de lastro argumentativo em sua

expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo.”

[BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Monopólio de serviços postais. ADPF 46, Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 05 de agosto de 2009. Disponível em www.stf.jus.br.]

⁴⁶ Dessa forma, também se apresenta uma incoerência de fundamento (conflito entre a aplicação da teoria da não-recepção e a teoria da inconstitucionalidade superveniente) que leva à incoerência na aplicação dos efeitos da decisão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

⁴⁷ Art. 42º - Coletar, transportar, transmitir ou distribuir, sem observância das condições legais, objetos de qualquer natureza sujeitos ao monopólio da União, ainda que pagas as tarifas postais ou de telegramas.

Pena: detenção, até dois meses, ou pagamento não excedente a dez dias-multa.

motivação e como se as teorias estivessem dispostas em um sistema de *self service* para o julgador aplicar ao caso. Com toda a certeza, a maleabilidade do uso das teorias para a adequação aos casos é espantosa, o que traz uma série de perguntas que buscarão ser respondidas no transcorrer dos próximos capítulos.

Nesse sentido, a coerência se define na clareza do método e, em havendo mudança do método, em dizer o porquê da mudança. Apenas fundamentar uma decisão utilizando-se da doutrina, da jurisprudência e das normas como métodos de convencimento (aspectos mínimos que têm sido cumpridos pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁸) não é o bastante, eis que, para que haja segurança jurídica pela interpretação, deve o Tribunal pautar-se na *ratio decidendi* das demais decisões preexistentes.

Não se trata pura e simplesmente de um direito histórico⁴⁹ nos moldes da *Common Law*⁵⁰, entretanto de um respeito aos argumentos utilizados nas decisões anteriores⁵¹ como um imperativo ético de boa-fé garantido pelo princípio

⁴⁸ Tal situação é uma lástima, todavia o que se percebe é que os demais órgãos do Judiciário, de uma maneira geral (salvo raras exceções), nem isso cumprem, bastando dizer que as palavras mágica “prodecente” e “improcedente”. Milênios de filosofia, séculos de Direito Constitucional, décadas do moderno processo civil e penal e, após uma história marcada pela publicidade e pela clareza das decisões, ainda hoje tem-se que denunciar uma falha que pesa contra a mais básica garantia de fundamentação da decisão judicial.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3.^a ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 21.

⁵⁰ “ O que se quer demonstrar é que com a tendência mundial a caminho de uma Juristocracia, com o protagonismo do Poder Judiciário na tomada de decisões cruciais também nos sistemas de *civil law*, não se pode mais pretender segurança jurídica no que está escrito nos textos normativos, já que a experiência tem demonstrado o afastamento de leis contrárias aos princípios e direitos fundamentais estabelecidos na Constituição pelo Poder Judiciário, tomando o direito jurisprudencial nova dimensão.

Essa nova relevância dada ao direito jurisprudencial pode ser constatada no Brasil pela adoção das súmulas vinculantes ou de decisões com efeitos vinculantes em sede de controle difuso e concentrado pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda, o projeto de lei para alteração do Código de Processo Civil também busca valorizar o modelo de precedentes vinculantes com o objetivo de desafogar o Judiciário. Verifica-se, assim, a tendência brasileira em adotar o modelo de *judge-made-law*, razão por que se deve buscar no *common law* a experiência de controle e segurança nesta nova perspectiva de primazia do Judiciário.” [BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Op. cit., p. 22-23.]

⁵¹ “A argumentação prática geral pode ser necessária (1) na fundamentação das premissas normativas requeridas para a saturação das diferentes formas de argumentos, (2) na fundamentação da eleição de diferentes formas de argumentos que levam a diferentes resultados, (3) na fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos, (4) na fundamentação dos *distinguishing* e *overruling* e (5) diretamente na fundamentação de enunciados a serem utilizados na justificação interna.” [ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 2.^a ed. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005, p. 238.]

republicano⁵² (art. 1.º, *caput*, da Constituição Federal). Logo, julgar é mais que fundamentar e dar ao caso a solução, julgar é argumentar e “conversar” (interagir) com os fundamentos e os argumentos dos casos da mesma linha “genealógica” de decisões, para que se chegue, não há uma coerência matemática (o que é impossível e inalcançável, embora imaginável, pelo impotente poder *nomotético* do homem⁵³), porém a uma coerência possível.

Não se ignora, portanto, que o Supremo Tribunal Federal (ou qualquer órgão jurisdicional) possa mudar de posicionamento, contudo tais posicionamentos, na maioria das vezes⁵⁴, são utilizados como orientação pelos tribunais inferiores e juízes de primeiro grau, e pela própria administração pública⁵⁵, o que demanda maior seriedade pela importância da automática irradiação de efeitos que trazem na sociedade como um todo.

O que se percebe é que a fácil e impune escolha de métodos diversos de interpretação apresenta a falha maior nos julgamentos de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pois com tal livre escolha há a possibilidade de se deparar com a facilidade de escolher o resultado do julgamento pela eleição do método de interpretação, isso é a corrupção da interpretação, é a não-interpretação. Admitir que o Judiciário possa sem qualquer ônus argumentativo modificar o método interpretativo, não por evolução científica, mas somente porque

⁵² Entende-se por julgamento republicano neste estudo a busca dos interesses constitucionais pautados no respeito à segurança jurídica e às normas constitucionais, deixando-se de lado as paixões e os interesses pessoais.

⁵³ O homem, reconheça-se, é impotente perante a magnitude dos fenômenos que estimulam seus cinco sentidos até chegarem à sua psique. Dessa forma, a apreensão do caso não é feita por deuses (ou semideuses – como no exemplo do *juiz Hércules* de Ronald Dworkin), nem por demônios (que em tudo procuram o mal), mas por homens que possuem paixões, vícios e virtudes, por homens imperfeitos na psique, intérpretes imperfeitos que *tem a pretensão* de serem perfeitos. Assim, de conceitos imperfeitos e de argumentos parcializados pelas naturais limitações humanas é feita a interpretação jurídica, daí o desafio se torna maior que a simples impressão de uma regra matemática para a interpretação dita “correta”, devendo-se sentir que a correção da interpretação passa por um ato de consenso (Habermas), consenso imperfeito, frise-se a verdade (Lenio Streck e Marcelo Neves), mas um consenso técnico possível (Robert Alexy) para se chegar uma decisão que “se entenda” como “correta”.

⁵⁴ Salvo “rebeliões jurisprudenciais” dos tribunais inferiores, o que tem sido bem comum, fomentadas estas principalmente porque a palavra do Supremo Tribunal Federal cai em descrédito, pois afirmam os céticos que “o Supremo muda de posicionamento facilmente”.

⁵⁵ Por exemplo, o art. 100, incisos II e III, do Código Tributário Nacional que dispõe que as decisões administrativas e as práticas reiteradas adotadas pela administração possuem característica de norma tributária (tais dispositivos buscam a segurança jurídica do contribuinte, ao não permitir que mudanças de posicionamento possam ser utilizadas para que haja cobrança de tributos de forma retroativa).

assim o quis, sem qualquer justificativa superat6ria dos argumentos origin6rios que guarneciam a utiliza76o do m6todo substituido, faz-se num “cheque em branco” para que a discricionariedade passe para a governan7a jurisdiccional arbitrar6ia do destino dos conceitos constitucionais. Por derradeiro, desde j6 fica claro que a interpreta76o n6o 6 um ato de poder apenas, mas possui um 6nus procedimental interpretativo-justificativo integral, sendo que somente por tal vincula76o garant6stica h6 seguran7a jur6dica pela interpreta76o como uma vincula76o m6nima aos precedentes da Corte integrados procedimento interpretativo.

Sendo assim, v6-se que, a exemplo do Supremo Tribunal Federal, que ser um “Tribunal pol6tico” est6 se tornando modismo, eis que os Tribunais de Justi7a dos Estados e os Tribunais Regionais Federais n6o est6o seguindo a linha de julgados do Supremo Tribunal Federal⁵⁶, sendo que o fetiche de uma Constitui76o psicol6gica⁵⁷ por vezes tem destruido a pr6pria Constitui76o normativa (como se ver6 no Cap6tulo 3) que se pauta pela seguran7a jur6dica.

Por fim, na viagem surpreendente pelas diversas formas do Supremo Tribunal Federal decidir em sede de Arguic6o de Descumprimento de Preceito Fundamental, chega-se aos precedentes da ADPF 33 (tamb6m trata da impossibilidade de vincula76o dos vencimentos de servidores p6blicos ao sal6rio m6nimo) e da ADPF 130 (o julgado mais “interessante”, se assim se pode dizer). Nessa linha, na ADPF 33⁵⁸ o Tribunal afastou integralmente (sem recortes

⁵⁶ N6o 6 um erro em si mesmo o fato dos Tribunais inferiores muitas vezes ignorarem a jurisprud6ncia do Supremo Tribunal Federal em determinado assunto, mas 6 um erro grosseiro o fato de n6o fundamentarem a distin76o (*distinguishing*) a fim de realizarem a supera76o (*overruling*) da *ratio decidendi* dos casos an6logos julgados pela Corte Suprema, o que demonstra um Judici6rio de forte 6ndole regionalista que n6o reconhece o alcance dos motivos determinantes das decis6es do Supremo Tribunal Federal, o que acaba por esbarrar no pr6prio federalismo (assunto que n6o faz parte do recorte a ser aqui estudado).

⁵⁷ A Constitui76o psicol6gica se caracteriza na medida em que o que passa a valer 6 a aquilo que o int6rprete quer que a Constitui76o diga, e n6o o que a Constitui76o diz realmente em seu texto.

⁵⁸ “1. Arguic6o de descumprimento de preceito fundamental ajuizada com o objetivo de impugnar o art. 34 do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econ6mico-Social do Par6 (IDESP), sob o fundamento de ofensa ao princ6pio federativo, no que diz respeito 6 autonomia dos Estados e Munic6pios (art. 60, §4º, CF/88) e 6 veda76o constitucional de vincula76o do sal6rio m6nimo para qualquer fim (art. 7º, IV, CF/88). 2. Exist6ncia de ADI contra a Lei n6 9.882/99 n6o constitui 6bice 6 continuidade do julgamento de arguic6o de descumprimento de preceito fundamental ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. 3. Admiss6o de amicus curiae mesmo ap6s terem sido prestadas as informa76es 4. Norma impugnada que trata da remunera76o do pessoal de autarquia estadual, vinculando o quadro de sal6rios ao sal6rio m6nimo. 5. Cabimento da arguic6o de descumprimento de preceito fundamental (sob o prisma do art. 3º, V, da Lei n6 9.882/99) em virtude da exist6ncia de in6meras decis6es do Tribunal de Justi7a do Par6 em sentido manifestamente oposto 6 jurisprud6ncia pacificada desta Corte quanto 6 vincula76o de sal6rios a m6ltiplos do sal6rio

específicos ou aproveitamento do texto para reatribuição de sentido) o Decreto 4.307/1986 do Estado do Pará (Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará – IDESP). Ademais, na famosa, e festejada pela mídia⁵⁹, ADPF 130⁶⁰ o Supremo Tribunal Federal afastou

mínimo. 6. Cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-constitucional). 7. Requisito de admissibilidade implícito relativo à relevância do interesse público presente no caso. 8. Governador de Estado detém aptidão processual plena para propor ação direta (ADIMC 127/AL, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.12.92), bem como arguição de descumprimento de preceito fundamental, constituindo-se verdadeira hipótese excepcional de jus postulandi. 9. ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal. 10. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, porque o que se postula nessa ação é a declaração de ilegitimidade ou de não-recepção da norma pela ordem constitucional superveniente. 11. Eventual cogitação sobre a inconstitucionalidade da norma impugnada em face da Constituição anterior, sob cujo império ela foi editada, não constitui óbice ao conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que nessa ação o que se persegue é a verificação da compatibilidade, ou não, da norma pré-constitucional com a ordem constitucional superveniente. 12. Caracterizada controvérsia relevante sobre a legitimidade do Decreto Estadual nº 4.307/86, que aprovou o Regulamento de Pessoal do IDESP (Resolução do Conselho Administrativo nº 8/86), ambos anteriores à Constituição, em face de preceitos fundamentais da Constituição (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal) revela-se cabível a ADPF. 13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei no 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação. 15. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar a ilegitimidade (não-recepção) do Regulamento de Pessoal do extinto IDESP em face do princípio federativo e da proibição de vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal)” [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Vinculação dos vencimentos de servidores públicos ao salário mínimo. ADPF 33, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 07 de dezembro de 2005. Disponível em www.stf.jus.br.]

⁵⁹ Pois deixou a mídia “desregulamentada” como ela própria (por todos, lembre-se das comemorações feitas pela Rede Globo de televisão) gosta de dizer e afirmar como uma vitória.

⁶⁰ “É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País após o rótulo de ‘plena’ (§ 1 do art. 220). 10. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. 10.1. Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orne de compleição estatutária ou orgânica. A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o aporte regratório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e § 5º do art. 128). São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema. 10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da

integralmente a antiga Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967) sob o argumento de que a lei integralmente foi pensada para um regime antidemocrático, motivo pelo qual estava maculada totalmente para que pudesse ser recepcionada em qualquer de suas regulamentações pelo ordenamento constitucional pós-1988 e bem como a atividade da imprensa estaria isenta de qualquer atividade legislativa (haveria, mais que uma reserva de lei, uma reserva de Constituição), o que acabou por levar o Supremo Tribunal Federal a utilizar a teoria da revogação para, simplesmente, deixar um setor inteiro sem qualquer regulamentação até que o Poder Legislativo edite nova norma que trate da matéria respeitando as balizas constitucionais. Assim, na ADPF 130, diferentemente da ADPF 46, a Corte não se preocupou em realizar uma “interpretação conforme a Constituição” de dispositivos importantes como os relativos ao direito de resposta ou alguns dispositivos processuais, por exemplo, extirpando o diploma legal, como um todo, do sistema numa preocupação com um passado que (a despeito do pleonasmo) já passou. Assim, no caso da ADPF 130 o Supremo Tribunal Federal poderia ter utilizado o método da interpretação conforme

prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País. 10.3 São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/67 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de "interpretação conforme a Constituição". A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso. 11. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, 'de eficácia plena e de aplicabilidade imediata', conforme classificação de José Afonso da Silva. 'Norma de pronta aplicação', na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta. 12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967." [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Liberdade de Imprensa. ADPF 130, Relator: Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 06 de novembro de 2009. Disponível em www.stf.jus.br.]

a Constituição, pois existiam dispositivos que não infringiam os princípios da livre manifestação do pensamento e da liberdade de imprensa.

Nessa toada, vivenciou o Supremo Tribunal Federal ares de tempos já findos, e relegou suas técnicas de decisão mais utilizadas para, com base na teoria que mais convinha à platéia, destroçar o único arcabouço legislativo que regulava a imprensa (muito por força de grupos de pressão ligados às grandes redes de televisão e de mídia).

Como agravante da conduta do Supremo Tribunal Federal exposta no julgamento da ADPF 130, no ano de 2011 a ADPF 187⁶¹ (que será melhor comentada na sequência) retornou à tradição anterior da Corte de determinar precisamente os dispositivos normativos sobre os quais o Supremo Tribunal Federal deve se pronunciar ao declarar a “não-recepção” (ou a inconstitucionalidade superveniente, na preferência deste autor).

1.2 AS INCOERÊNCIAS APRESENTADAS

Fala-se tanto em segurança jurídica, em isonomia, em aplicar a norma para todos, mas o que fazer se quem desaplica a norma é o próprio Supremo Tribunal Federal? Disso ressoa a constatação de que a crítica da imprensa e do povo infelizmente não pode e consegue perceber quando o problema se apresenta, logo resta à academia a tarefa de “dissecar” o problema e apresentar, senão soluções, ao menos alternativas para uma prática constitucional que não se coaduna com a legalidade, com o mais básico direito, que é o de ter o mesmo direito aplicado para o amigo e para o inimigo.

Portanto, qual é a técnica que deve utilizar o Supremo Tribunal Federal para a tomada de decisões em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental? Quais os pressupostos de um procedimento de interpretação (vinculado ao atual momento teórico do Direito brasileiro) possível dentro do Tribunal? E quais os parâmetros para que o STF não mude sua forma de julgamento

⁶¹ Julgada precedente para que fosse interpretado conforme a Constituição o art. 287 do Código Penal.

apenas para agradar a plateia ou grupos de pressão? Têm-se vários respeitáveis juristas que estudam com afinco o tema da Jurisdição Constitucional, bem como há grande volume e qualidade de teoria filosófica jurídica e constitucional que explicam e determinam porque tais mudanças de posicionamentos na aplicação das teorias de atribuição de efeitos na declaração de constitucionalidade/nulidade devem ser vistas com desconfiança.

A verdade é que onde paira a incerteza é no campo da política partidária, pois no campo do Direito, o ser humano prefere as certezas de um Tribunal que tenha procedimento, que tenha técnica, que utilize método, que respeite a história constitucional, que possua valores fonte de seu pensamento, que demonstre sistematicidade, fatores estes que levam a uma relação quase-paradoxal entre justiça e segurança jurídica. Tal relação será de forma quase-acidental tratada no transcórre desta obra, pois o momento da decisão judicial é um ponto de não-retorno entre a divindade da certeza e a humanidade da dúvida. Assim, a decisão, provinda de onze homens e mulheres, naturalmente terá a marca do ser humano, que é a dúvida.

Dessa forma, as linhas de pensamento do Supremo Tribunal Federal, ou melhor, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, são um sopro de brisa sobre a calmaria e uma rajada feroz numa tempestade, isso se explica no fato do Supremo Tribunal Federal ser muito cômodo em aplicar sua jurisprudência aos casos fáceis (*soft cases*, numa linguagem de Ronald Dworkin) e fugir sem “olhar para trás” da mesma jurisprudência nos casos difíceis (*hard cases*). Ora, vale lembrar que não há casos fáceis ou casos difíceis, o que existem são casos, pura e simplesmente⁶². Isso se deve ao fato de que a interpretação se faz por um procedimento⁶³ desconstrutivo⁶⁴-construtivo⁶⁵, como será demonstrado nos Capítulos seguintes.

⁶² “Distinguir casos simples de casos difíceis não é o mesmo que cindir casos simples de casos difíceis. Essa pode ser a diferença entre a dicotomia *hard e easy cases* de Dworkin e a das teorias discursivo-procedurais. Cindir *hard cases e easy cases* é cindir o que não pode ser cindido: o compreender, com o qual sempre operamos, que é condição de possibilidade para a interpretação (portanto, da atribuição de sentido do que seja um caso simples ou um caso complexo). Afinal, como saber se estamos em face um caso simples ou de caso difícil? Já não seria difícil decidir se um caso é fácil ou difícil?” [STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. 3.^a ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 248].

⁶³ “Resumindo, é possível constatar que o direito a iguais liberdades subjetivas de ação, bem como os correlatos dos direitos à associação e das garantias no caminho do direito, estabelecem o código jurídico enquanto tal. Numa palavra: não existe nenhum direito legítimo sem esses direitos. Nesta institucionalização jurídica do *medium* jurídico, ainda não se trata dos conhecidos direitos

No caso exemplar da ADPF 130 o Supremo Tribunal Federal se utilizou de um conceito⁶⁶ de “interesse público”⁶⁷ proveniente da Constituição Federal, e neste opaco e extremamente fluido “conceito” de algo antidemocrático foi além, muito além, do que a prudência demandava e do que os motivos da declaração de não-recepção eram necessários ao extirpar integralmente a Lei 5.250/1967. Para aclarar a presente constatação, se faz necessário perceber que o conceito “interesse público” é um vazio hermenêutico, uma vez que não possui condição *a priori* intersubjetiva.⁶⁸

fundamentais liberais. Mesmo prescindindo do fato de que, neste nível, ainda não se pode falar de um poder do Estado organizado, contra o qual os direitos de defesa deveriam dirigir-se, os direitos fundamentais, inscritos no próprio código de direito, continuam, por assim dizer, *instaurados*.” [HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Brasília: Tempo Brasileiro, 1997, p.162.]

⁶⁴ [...] “de acordo com um modo de ser que lhe é constitutivo, a presença tem a tendência de compreender seu próprio ser a partir *daquele* ente com quem ela se relaciona e se comporta de modo essencial, primeira e constantemente, a saber, a partir do ‘mundo’. Na própria presença e, assim, em sua compreensão de ser, reside o que ainda demonstraremos como reflexo ontológico da compreensão de mundo sobre a interpretação da presença.” [HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 4.^a ed. Tradução revisada e apresentação de Marcia Sá Cavalcante Shuback. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 53.]

⁶⁵ “O fato de que normas jurídicas são fundamentadas e aplicadas em discursos institucionalizados, segundo esses cenários, em nada muda o seu pleito por validade e adequação situacional. Esse pleito só será restrito à medida que os discursos satisfaçam duas condições: por um lado, requerem-se recursos de poder – de novo organizados segundo modelos procedimentais – a fim de neutralizar pesos desiguais de poder; por outro lado, recursos que produzam empiricamente decisões poderão ser utilizados se previamente já estiverem decididos, clara e inequivocamente, os seus pressupostos. Normas jurídicas gerais e singulares precisam, portanto, derivar de discursos capazes de ser concluídos por meio de uma decisão.” [GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. 1.^a ed. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 367-368]

⁶⁶ Se é que algo assim chega a ser considerado um “conceito” de algo.

⁶⁷ “Na esteira da incompatibilidade conceitual, cumpre ressaltar que ‘o princípio da supremacia do interesse público’ também não encontra respaldo normativo, por três razões tratadas pelo autor: primeira, por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico; segunda, por não admitir a dissociação do interesse privado, colocando-se em xeque o conflito pressuposto pelo ‘princípio’; e terceira, por demonstrar-se incompatível com os preceitos normativos erigidos pela ordem constitucional.” [BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 95.]

⁶⁸ Poderia se fazer uma objeção a esta afirmação, dizendo-se que os princípios constitucionais da liberdade de manifestação de pensamento e da liberdade de imprensa teriam preenchido o vácuo do conceito de “interesse público” por possuírem uma condição linguística *a priori* intersubjetiva. Contudo, não se trata somente da existência e da aplicabilidade válidas dos princípios da liberdade de manifestação do pensamento e da liberdade de imprensa, mas sim do reconhecimento que os demais princípios constitucionais aplicáveis ao caso (em conflito com os princípios citados) deveriam ingressar na interpretação e serem ponderados pelo método da proporcionalidade. Ademais, mesmo uma aplicação solitária dos princípios da liberdade de manifestação do pensamento e da liberdade de imprensa não suplantaria integralmente a Lei 5.250/1967, como será a seguir demonstrado. Logo, a figura do “interesse público” foi um discurso retórico apenas, não podendo ser caracterizada como um discurso lógico.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal vem se utilizando de argumentação erística, num estilo bem explicado na Arte de Ter Razão de Schopenhauer⁶⁹, para transitar tranquilamente entre as mais variadas teorias de atribuição de efeitos para a decisão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, como demonstrado, simplesmente encontrando a técnica interpretativa que melhor leva o caso ao resultado previamente pretendido.

Com efeito, o estratagema 30 da Arte de Ter Razão (“sem precisar ter razão”, deveria ser o subtítulo da obra) resume bem o intento do Supremo Tribunal Federal como uma instituição que não respeita seus próprios argumentos (conforme será melhor explorado nos capítulos seguintes)⁷⁰, e que acaba por não se reconhecer, sendo que sempre que pretende julgar algo se reveste de sua *autoridade* como o principal argumento para um “interesse público” ou para um “interesse geral” que só poucas cabeças pensaram e que muitas irão seguir:

O *argumentum ad verecundiam*. Em vez de motivações utilizam-se autoridades segundo os conhecimentos do adversário. Diz Sêneca: *unusquisquemavilt crederequam judicare* [cada um prefere crer a julgar. *De viat beata*, I, 4]. Trata-se, portanto, de um jogo fácil quando se tem do próprio lado uma autoridade que o adversário respeita. Para ele, porém, a autoridade será tanto mais legítima quanto mais limitados forem os seus conhecimentos e suas capacidades. Se estes forem de primeira ordem, haverá para ele pouquíssima, quase nenhuma autoridade. Eventualmente, ele aceitará a autoridade de pessoas especializadas em alguma ciência, arte ou ofício que ele conheça pouco ou ignore por completo, e mesmo assim com desconfiança. Pessoas comuns, ao contrário, têm profundo respeito por especialistas de qualquer tipo. Elas não sabem que aqueles que fazem desse assunto a sua profissão não amam o assunto, mas os seus ganhos: também não sabem que quem ensina um assunto raramente o conhece a fundo, pois, em geral, quem o estuda a fundo não tem tempo para ensiná-lo. Somente para o *vulgus* existem muitas autoridades que merecem respeito: se não se possui uma que seja totalmente adequada, deve-se tomar uma que aparente como tal e citar o que alguém disser em outro sentido ou em outras circunstâncias. As autoridades que o adversário não entende são em geral, as que mais funcionam.

[...]

O que se chama de *opinião geral* é, a bem da verdade, a opinião de duas ou três pessoas; e disto nos convenceríamos se pudéssemos testemunhar como se forma tal opinião universalmente válida. Acharíamos então que foram duas ou três pessoas a supor ou apresentar ou a afirmar num primeiro momento, e que alguém teve a boa vontade de julgar que elas teriam verificado realmente a fundo tais colocações: o preconceito de que estes seriam suficientemente capazes induziu, em princípio, alguns a aceitar a mesma opinião: nestes, por sua vez, acreditaram muitos outros, aos quais a própria indolência

⁶⁹ Apesar das limitações do texto, que foi escrito como um manual para embate argumentativo dialético (num sentido de *diáletica* definido por Schopenhauer como divorciado da *lógica*) que serve apenas para vencer uma disputa argumentativa, sem se preocupar com as verdades das proposições filóficas, jurídicas ou argumentativas sustentadas.

⁷⁰ A argumentação racional e o ônus da superação da argumentação prévia no plano existencial por uma nova proposta argumentativa devem fazer parte do método de atuação do Poder Judiciário como um todo, este é um marco e uma categorização que será exposta no presente estudo no capítulo seguinte.

aconselhou: melhor aceitar logo do que fazer controles trabalhosos. Desse modo, dia após dia cresceu o número de tais adeptos indolentes e crédulos: pois, uma vez que a opinião já contava com uma boa quantidade de vozes do seu lado, os que se seguiram o atribuíram ao fato de que ela só podia ter conquistado tais votos graças à consistência de seus fundamentos. Os que ainda restaram foram constrangidos a concordar com o que já era considerado válido por todos, a fim de não serem considerados cabeças irriquetas que se rebelam contra opiniões universalmente aceitas, nem garotos intrometidos que querem ser mais inteligentes do que o mundo inteiro. A essa altura, o consenso tornou-se uma obrigação. A partir de então, os poucos que tem capacidade de julgar precisam calar, e os que podem falar são aqueles completamente incapazes de ter opinião e julgamento próprios, são o mero eco da opinião alheia: contudo são também defensores tanto mais zelosos e intransigentes. Pois, naquele que pensa de outro modo, odeiam menos a opinião diferente que ele professa do que o atrevimento de querer julgar por conta própria, experiência que eles mesmos nunca fazem e da qual, no seu íntimo, têm consciência. Em suma, muito poucos sabem pensar, mas todos querem ter opiniões: o que mais lhe resta a não ser, em vez de criá-las por conta própria, aceitá-las totalmente prontas de outros? Uma vez que assim sucede, quanto poderá valer a voz de cem milhões de pessoas? Tanto quanto um fato histórico que se encontra em cem historiadores, mas que depois se comprova ter sido transcrito por todos, um após o outro, motivo pelo qual, no fim das contas, tudo refluí ao depoimento de um único homem.

[...]

No tribunal, as disputas na verdade se realizam somente por meio de autoridades; a autoridade das leis que não suscita dúvidas: a tarefa do discernimento é descobrir a lei, isto é, a autoridade que encontra aplicação no caso dado. A dialética, porém, possui margem de manobra suficiente, quando, se necessário, o caso e uma lei que não estão propriamente em correspondência são invertidos até que se passe a vê-los como adequados um ao outro: o inverso também ocorre.⁷¹

Logo, o “argumento da autoridade” de que se utilizam muitos juízes⁷², e que Supremo Tribunal Federal vem corroborando silenciosamente, não condiz com a atual realidade do pensamento jurídico. Desse modo, o direito é muito mais complexo do que os limites da cabeça de um juiz ou de um grupo de juízes coletivamente considerados nas somas e subtrações de suas psiques num ente multipensante que caracterizaria o Tribunal Constitucional brasileiro. Nessa toada, existe mais “lá fora” do que as limitações de um juiz enquanto sujeito cognoscente que, apenas acidentalmente, pode ter em conta que o mundo que aí está é maior e mais denso do que sua compreensão é capaz de captar e processar. Desta forma, é interessante verificar que a “verdade” dos juízes não se sustenta, pois um ato plenipotenciário de interpretação forçada leva a uma aplicação quase-política do

⁷¹ SCHOPENHAUER, Arthur. *A Arte de Ter Razão*. 2.^a ed. rev. Tradução: Alexandre Krug (alemão) e Eduardo Brandão (italiano). São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 40-46.

⁷² É interessante ler a passagem do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros em que revestiu a si a ao Superior Tribunal de Justiça como as *autoridades com “notório saber jurídico”*, sendo desnecessário receberem “lições” da doutrina. [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tributário. Agravo Regimental em Embargos de Divergência em Recurso Especial. Imposto de Renda. AgReg nos ERESF 279.889, Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Seção, julgado em 07 de abril de 2003. Disponível em www.stj.jus.br.]

direito, o que traz uma série de problemas que se tornam irresolúveis e levam ao colapso do sistema jurídico.⁷³

Sendo assim, a prática que vem adotando o Supremo Tribunal Federal, de variar de “interpretação” conforme a indução que necessita cada caso, não condiz com os anseios mínimos de segurança jurídica a que um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da Constituição Federal) deve garantir por finalidade aos seus cidadãos em respeito ao conceito de “segurança” previsto no art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal⁷⁴, pois, como lembra Ronald Dworkin o “*juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente*”⁷⁵. Com isso, desde já se percebe os pontos de interação entre positivismo e a doutrina dos precedentes de Dworkin, embora isso seja negado por ambos os lados, eis que de um lado a doutrina dos precedentes (acreditando numa possibilidade de completude do sistema) nega a discricionariedade por meio de vinculação político-jurídica pelos precedentes, sendo que de outro lado a discricionariedade é admitida pelo positivismo. Assim, cabe esclarecer mais uma vez que a presente análise não adota o *positivismo metodológico* (normativista) como base, mas sim matizes de *positivismo ideológico*, vez que se pode falar em vários nuances de positivismo⁷⁶, daí que é possível se admitir a zona de interseção entre a doutrina dos precedentes afinada como a não-discricionariedade (Ronald Dworkin) – onde o Direito é “completo” devido à integridade de sua evolução histórica – ou com a discricionariedade (Herbert Hart)⁷⁷.

⁷³ “ De efetivo, é preciso dizer, de pronto, que o direito não é aquilo que os Tribunais dizem que é, como se estivessemos a sufragar a velha tese do realismo norte-americano. Só que não é bem assim, ou, melhor dizendo, *não pode ser assim*. Com efeito, o direito é algo bem mais complexo do que o produto da consciência-de-si-do-pensamento-pensante (Selbstgewissheit des denkenden Denken), que caracteriza a (ultrapassada) filosofia da consciência, como se o sujeito assujeitasse o objeto. O ato interpretativo não é produto nem da objetividade plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipsista do intérprete: o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade.

Repetindo: o direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é (lembramos, aqui, a assertiva de Herbert Hart, em seu *Concept of Law*, acerca das regras do jogo de críquete, para usar, aqui, um autor positivista contra o próprio decisionismo positivista que claramente exsurge do acórdão em questão).” [STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 212.]

⁷⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando...* 3.ª ed., p. 127.

⁷⁶ SANCHÍS, Luis Prieto. Op. cit., p. 25-28.

⁷⁷ Conforme será abordado nos capítulos a seguir.

Conquanto ao já comentado até aqui, é perceptível que um dos fatores que leva a tal problema no Supremo Tribunal Federal é a quase total ausência de diálogo (num sentido filosófico) entre os integrantes da Corte, o que leva a todas as incongruências apontadas nos diversos julgamentos (ADPF's 33, 46, 47, 53, 130 e 144), pois cada integrante da Corte Constitucional, por vezes, fala seu discurso pronto para um público que não é nenhum dos outros Ministros do Supremo Tribunal Federal, o que não caracteriza diálogo, mas sim verdadeiro monólogo. Nesse sentido, a ausência de diálogo no enxame de monólogos leva à destruição da própria linguagem constitucional, sendo seus conceitos desrespeitados e não observados, uma vez que, como lembra Hans-Georg Gadamer, a "*linguagem só é em verdade onde há diálogo, ou seja, na convivência*".⁷⁸

De fato, ante a comprovação da ausência de diálogo pela análise dos precedentes do Supremo Tribunal Federal em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, emerge a necessidade do aprimoramento dos mecanismos de controle da argumentação no discurso proferido na Corte Constitucional brasileira (embora exista a independência do juiz como primado da democracia⁷⁹), como forma de garantir a efetividade mínima de uma *linguagem constitucional* que traga, por um lado, um viés democrático de ampla participação⁸⁰, e, por outro, um aprimoramento da técnica interpretativa baseada num diálogo constitucional. Nesse sentido, Gadamer acentua a importância do diálogo como entendimento entre os dialogantes, e não como combate⁸¹ entre os mesmos. Assim, veja-se:

“Nós nos aproximamos mais da linguagem quando pensamos no diálogo. Para que um diálogo aconteça, tudo precisa se afinar. Quando o companheiro de diálogo não nos acompanha e não vai além de sua resposta, mas só tem em vista, por exemplo, com que meios de contra-argumentação ele pode limitar o que foi dito ou mesmo com que

⁷⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Tradução de Marco Antonio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 34.

⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989, p. 31.

⁸⁰ HÄBERLE, Peter. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. 1.ª ed. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 36-40.

⁸¹ Combate que muitas e muitas vezes se torna pessoal entre alguns membros do Supremo Tribunal Federal, como se estivessem a defender posições políticas e não interpretações jurídicas. Os exemplos são os mais variados, bastando ao interessado em conhecê-los vasculhar o sítio www.youtube.com, e lá estarão escancarados os desentendimentos pessoais de muitos Ministros da Corte veiculados pela *TV Justiça*.

argumentações lógicas ele pode estabelecer uma refutação, não há diálogo algum – um diálogo frutífero é um diálogo no qual oferecer e acolher, acolher e oferecer conduzem, por fim, a algo que se mostra como um sítio comum com o qual estamos familiarizados e no qual podemos nos movimentar uns com os outros.” [...] “Assim se mostra nesse modo de falar que expressa uma experiência o fato de um autêntico universo se descortinar no diálogo.”⁸²

Portanto, já neste ponto, chega-se à conclusão de que os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal se perfazem em uma “*retórica do discurso constitucional*”⁸³ que não interage dentro da Corte, o que torna contraproducente a prática até aqui adotada pelo Tribunal em se tratando de avanço no que toca à segurança jurídica e à justiça.

1.3 UMA LEITURA MAIS PROFUNDA (E ESCLARECEDORA) DA ADPF 130

Primeiramente, antes de se adentrar na temática deste tópico, é interessante esclarecer que a ADPF 130 foi julgada num contexto de absoluta pressão de toda a mídia (redes de televisão, rádios, jornais, portais de Internet e entes coletivos de representação das empresas de mídia) sobre o Supremo Tribunal Federal, pressão esta para que se afastasse toda a regulação legal existente sobre a imprensa (sob o argumento que tal regulação seria totalmente inconstitucional e ilegítima por ter sido idealizada pelo governo ditatorial militar brasileiro. Dessa maneira, a ADPF 130 foi

⁸² GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica...*, p. 37-38.

⁸³ “ A função própria do destinatário, já evidenciada, exerce no discurso retórico-constitucional uma função muito importante, especialmente por sua atuação decisória, pautada fundamentalmente em fatores internos de juízos de vontade (ação volitiva), como demonstra a natureza da retórica enquanto discurso da verossimilhança.

Como a estrutura própria da retórica está pautada por elementos de convencimento, o destinatário passa a exercer uma atuação mais decisiva, sendo-lhe exigido uma manifestação final de adesão (ou não) ao objeto sem a necessidade de uma justificativa racional de sua decisão (ato volitivo por excelência). Daí a característica discursiva da retórica de coleção de tópicos que representam saberes correntes, conceitos sedimentados que propiciam ao destinatário vincular sua decisão (sempre superficial e imediata) a uma idéia geral de certeza, ou de sua proximidade, a verossimilhança.

A função específica do destinatário do discurso retórico é a manifestação final da adesão a uma das teses defendidas durante a prática discursiva, sendo-lhe delegada a perspectiva decisional como meio legitimante do resultado do discurso. As práticas políticas, por excelência, são enquadradas na pretensão retórica de ação social, sendo-lhe vital a identificação honesta dos tópicos e sua vinculação a possibilidade delimitada pelo discurso poético, sendo, pois, uma sua continuação.” [DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. *Uma Teoria do Discurso Constitucional*. 1.^a ed. São Paulo: Landy, 2002, p. 208.]

utilizada como instrumento político por parcela da sociedade, o que é válido dentro do processo democrático. Contudo, sob pressão, o Supremo Tribunal Federal cedeu mais que o necessário para atingir os objetivos democráticos buscados na ação, acabando por afastar dispositivos legais (mediante declaração de “incompatibilidade” com a Constituição Federal de 1988) que visivelmente não eram inconstitucionais. Este é o cenário que se apresentou.

A envergadura política do caso da ADPF 130, com toda a mídia que tanto foca o Supremo Tribunal Federal e seus integrantes (como também foca todos os expoentes do Legislativo e do Executivo), é o caso típico de como a força dos argumentos utilizados nos precedentes das demais Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental citadas (ADPF's 46, 47 e 53) foram simplesmente atropelados, como se não existissem, para que o resultado⁸⁴ fosse alcançado no julgamento.

Assim, pode-se analisar o julgamento da ADPF 130 a partir das seguintes contradições para com os demais julgamentos de ADPF's pela Corte constitucional: [a] a ADPF 130 partiu do pressuposto metodológico de que não se declara a inconstitucionalidade em si, mas sim a “não recepção”, de norma anterior à Constituição pelo novel ordenamento constitucional (tal interpretação é contrária à tese apresentada nas ADPF's 46 e 187 – que será comentada a seguir –, eis que em ambas houve interpretação conforme a Constituição de dispositivos legais devidamente individualizados em relação aos diplomas legais dos quais faziam parte); [b] a Lei 5.250/1967 foi declarada totalmente inconstitucional, por ter sido feita por regime ditatorial e sob o argumento de que a imprensa deveria ser total e livre (ou seja, não se respeitou o princípio da continuidade do ordenamento jurídico, sendo que a lei foi declarada não recepcionada por inteiro, em desrespeito à lógica dos precedentes das ADPF's 46, 47, 53 e 187, ADPF's estas onde houve o ideal recorte de determinados dispositivos dos diplomas normativos).

Dessa forma, a atuação do Supremo Tribunal Federal foi atípica e incorreta para a sua história de aplicação da técnica do controle concentrado de constitucionalidade em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

⁸⁴ A unanimidade apresentada no julgamento da ADPF 130 demonstra que os Ministros do Supremo Tribunal Federal realmente queriam afastar os dispositivos legais inconstitucionais (o que é correto e justo), contudo acabaram por sucumbir aos interesses da mídia e afastaram a Lei 5.250/1967 integralmente equivocadamente.

Assim, o que se percebe é que ao declarar a “não recepção” da Lei 5.250/1967, por inteiro, pela Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal acertou em alguns pontos, contudo fulminou muitas normas que bem poderiam existir num ordenamento democrático.

Não é o objeto deste estudo analisar minúcias acerca da constitucionalidade, ou não, da Lei 5.250/1967. Logo, a presente análise se trata de visão quase “fotográfica” acerca das normas da antiga Lei de Imprensa. Portanto, dentre os dispositivos que deveriam ser, na opinião deste autor, declarados com inconstitucionalidade superveniente (ou, como, às vezes, prefere o Supremo Tribunal Federal e parte da doutrina, “revogados” pelo novo ordenamento constitucional) destacam-se os seguintes: a expressão “*Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social*” (art. 1.º, §1.º)⁸⁵; a censura de jornais, periódicos e demais meios de imprensa (art. 1.º, §2.º)⁸⁶; a expressão “*salvo se clandestinos (art. 11) ou quando atentem contra a moral e os bons costumes*” que limitava a publicação de livros (art. 2.º, *caput*)⁸⁷; a expressão “*a estrangeiros e a sociedade por ações ao portador*” na limitação de propriedade sobre empresas jornalísticas (art. 3.º, *caput* – restrição inconstitucional à participação de estrangeiros em empresas brasileiras que é utilizada também nos §§1.º e 2.º do mesmo artigo)⁸⁸; a restrição de manutenção de empresa midiática de jornalismo – em suas variadas formas – apenas por brasileiros natos e a proibição

⁸⁵ “Art . 1º É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer.

§ 1º Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe.”

⁸⁶ “§ 2º O disposto neste artigo não se aplica a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem na vigência do estado de sítio, quando o Governo poderá exercer a censura sobre os jornais ou periódicos e empresas de radiodifusão e agências noticiosas nas matérias atinentes aos motivos que o determinaram, como também em relação aos executores daquela medida.”

⁸⁷ “Art . 2º É livre a publicação e circulação, no território nacional, de livros e de jornais e outros periódicos, salvo se clandestinos (art. 11) ou quando atentem contra a moral e os bons costumes.”

⁸⁸ “Art . 3º É vedada a propriedade de empresas jornalísticas, sejam políticas ou simplesmente noticiosas, a estrangeiros e a sociedade por ações ao portador.

§ 1º Nem estrangeiros nem pessoas jurídicas, excetuados os partidos políticos nacionais, poderão ser sócios ou particular de sociedades proprietárias de empresas jornalísticas, nem exercer sobre elas qualquer tipo de controle direto ou indireto.

§ 2º A responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa das empresas jornalísticas caberão, exclusivamente, a brasileiros natos, sendo rigorosamente vedada qualquer modalidade de contrato de assistência técnica com empresas ou organizações estrangeiras, que lhes faculte, sob qualquer pretexto ou maneira, ter participação direta, indireta ou sub-reptícia, por intermédio de prepostos ou empregados, na administração e na orientação da empresa jornalística.”

de contratação com empresas estrangeiras (art. 4.º, *caput* e §1.º)⁸⁹; o condicionamento à autorização governamental para a contratação de empresas estrangeiras (art. 6.º)⁹⁰; a limitação da atividade de diretor e de redator-chefe aqueles que estivessem “*no gôzo dos seus direitos civis e políticos*” (art. 7.º, §1.º)⁹¹; a exigência de registro da empresa jornalística em Cartório de Registro de Civil (artigos 8.º, 9.º, 10 e 11)⁹²; o tipo criminal de propaganda subversiva (art. 14)⁹³; o

⁸⁹ “Art . 4º Caberá exclusivamente a brasileiros natos a responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa dos serviços de notícias, reportagens, comentários, debates e entrevistas, transmitidos pelas emprêsas de radiodifusão.

§ 1º É vedado às emprêsas de radiodifusão manter contratos de assistência técnica com emprêsas ou organizações estrangeiras, quer a respeito de administração, quer de orientação, sendo rigorosamente proibido que estas, por qualquer forma ou modalidade, pretexto ou expediente, mantenham ou nomeiem servidores ou técnicos que, de forma direta ou indireta, tenham intervenção ou conhecimento da vida administrativa ou da orientação da emprêsa de radiodifusão.”

⁹⁰ “Art. 6º Depende de prévia aprovação do CONTEL qualquer contrato que uma emprêsa de radiodifusão pretenda fazer com emprêsa ou organização estrangeira, que possa, de qualquer forma, ferir o espírito das disposições dos artigos 3º e 4º, sendo também proibidas quaisquer modalidades contratuais que de maneira direta ou indireta assegurem a emprêsas ou organizações estrangeiras participação nos lucros brutos ou líquidos das emprêsas jornalísticas ou de radiodifusão.”

⁹¹ “§ 1º Todo jornal ou periódico é obrigado a estampar, no seu cabeçalho, o nome do diretor ou redator-chefe, que deve estar no gôzo dos seus direitos civis e políticos, bem como indicar a sede da administração e do estabelecimento gráfico onde é impresso, sob pena de multa diária de, no máximo, um salário-mínimo da região, nos têrmos do art. 10.”

⁹² “Art . 8º Estão sujeitos a registro no cartório competente do Registro Civil das Pessoas Jurídicas:

I - os jornais e demais publicações periódicas;

II - as oficinas, impressoras de quaisquer naturezas, pertencentes a pessoas naturais ou jurídicas;

III - as emprêsas de radiodifusão que matenham serviços de notícias, reportagens, comentários, debates e entrevistas;

IV - as emprêsas que tenham por objeto o agenciamento de notícias.

Art . 9º O pedido de registro conterà as informações e será instruído com os documentos seguintes:

I - no caso de jornais ou outras publicações periódicas:

a) título do jornal ou periódico, sede da redação, administração e oficinas impressoras, esclarecendo, quanto a estas, se são próprias ou de terceiros, e indicando, neste caso, os respectivos proprietários;

b) nome, idade, residência e prova de nacionalidade do diretor ou redator-chefe;

c) nome, idade, residência e prova de nacionalidade do proprietário;

d) se propriedade de pessoa jurídica, exemplar do respectivo estatuto ou contrato social e nome, idade, residência e prova da nacionalidade dos diretores, gerentes e sócios da pessoa jurídica proprietária;

II - no caso de oficinas impressoras:

a) nome, nacionalidade, idade e residência do gerente e do proprietário, se pessoa natural;

b) sede da administração, lugar, rua e número onde funcionam as oficinas e denominação destas;

c) exemplar do contrato ou estatuto social, se pertencentes a pessoa jurídica.

III - no caso de emprêsas de radiodifusão:

a) designação da emissora, sede da sua administração e local das instalações do estúdio;

b) nome, idade, residência e prova de nacionalidade do diretor ou redator-chefe responsável pelos serviços de notícias, reportagens, comentários, debates e entrevistas.

IV - no caso de emprêsas noticiosas:

a) nome, nacionalidade, idade e residência do gerente e do proprietário, se pessoa natural;

b) sede da administração;

c) exemplar do contrato ou estatuto social, se pessoa jurídica.

Parágrafo único. As alterações em qualquer dessas declarações ou documentos deverão ser averbadas no registro no prazo de 8 (oito) dias.

crime de divulgação de segredo nacional (art. 15)⁹⁴; e o crime de ofensa à moral pública e aos bons costumes (art. 17)⁹⁵.

No mais, a Lei 5.250/1967 bem parece que atenderia aos ideários do Estado Democrático de Direito instituído por meio da Constituição de 1988, pois detinha normas que estabeleciam liberdades públicas relativas à informação jornalística, normas que tratavam de regulação administrativa mínima acerca da imprensa (sem lhes ferir qualquer liberdade de manifestação), normas que tratavam de punir abusos do direito de informar (incluindo tipos penais⁹⁶), e normas que tratavam de

Art . 10. A falta de registro das declarações exigidas no artigo anterior, ou de averbação da alteração, será punida com multa que terá o valor de meio a dois salários-mínimos da região.

§ 1º A sentença que impuser a multa fixará prazo, não inferior a 20 dias, para registro ou alteração das declarações.

§ 2º A multa será liminarmente aplicada pela autoridade judiciária cobrada por processo executivo, mediante ação do Ministério Público, depois que, marcado pelo juiz, não fôr cumprido o despacho.

§ 3º Se o registro ou alteração não fôr efetivado no prazo referido no § 1º dêste artigo, o juiz poderá impor nova multa, agravando-a de 50% (cinquenta por cento) tôda vez que seja ultrapassada de dez dias o prazo assinalado na sentença.

Art . 11. Considera-se clandestino o jornal ou outra publicação periódica não registrado nos termos do art. 9º, ou de cujo registro não constem o nome e qualificação do diretor ou redator e do proprietário.”

⁹³ “Art . 14. Fazer propaganda de guerra, de processos para subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe:

Pena: de 1 a 4 anos de detenção.”

⁹⁴ “Art. 15. Publicar ou divulgar:

a) segredo de Estado, notícia ou informação relativa à preparação da defesa interna ou externa do País, desde que o sigilo seja justificado como necessário, mediante norma ou recomendação prévia determinando segredo de confidência ou reserva [RAZOABILIDADE];

b) notícia ou informação sigilosa, de interesse da segurança nacional, desde que exista, igualmente, norma ou recomendação prévia determinando segredo, confidência ou reserva.

Pena: De 1 (um) a 4 (quatro) anos de detenção.”

⁹⁵ “Art . 17. Ofender a moral pública e os bons costumes:

Pena: Detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa de 1 (um) a 20 (vinte) salários-mínimos da região.

Parágrafo único. Divulgar, por qualquer meio e de forma a atingir seus objetivos, anúncio, aviso ou resultado de loteria não autorizada, bem como de jogo proibido, salvo quando a divulgação tiver por objetivo inequívoco comprovar ou criticar a falta de repressão por parte das autoridades responsáveis:

Pena: Detenção de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa de 1 (um) a 5 (cinco) salários-mínimos da região.”

⁹⁶ “Art . 16. Publicar ou divulgar notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados, que provoquem:

[...]

Pena: De 1 (um) a 6 (seis) meses de detenção, quando se tratar do autor do escrito ou transmissão incriminada, e multa de 5 (cinco) a 10 (dez) salários-mínimos da região.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos I e II, se o crime é culposo:

Pena: Detenção, de 1 (um) a (três) meses, ou multa de 1 (um) a 10 (dez) salários-mínimos da região.

Art . 18. Obter ou procurar obter, para si ou para outrem, favor, dinheiro ou outra vantagem para não fazer ou impedir que se faça publicação, transmissão ou distribuição de notícias:

Pena: Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa de 2 (dois) a 30 (trinta) salários-mínimos da região.

procedimentos administrativos (direito de resposta⁹⁷, que ficou totalmente a mercê do Judiciário depois da destruição de maior marco normativo), penais e civis.

§ 1º Se a notícia cuja publicação, transmissão ou distribuição se prometeu não fazer ou impedir que se faça, mesmo que expressada por desenho, figura, programa ou outras formas capazes de produzir resultados, fôr desabonadora da honra e da conduta de alguém:

Pena: Reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, ou multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) salários-mínimos da região.

§ 2º Fazer ou obter que se faça, mediante paga ou recompensa, publicação ou transmissão que importe em crime previsto na lei:

Pena: Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa de 2 (dois) a 30 (trinta) salários-mínimos da região.

Art . 19. Incitar à prática de qualquer infração às leis penais:

Pena: Um têrço da prevista na lei para a infração provocada, até o máximo de 1 (um) ano de detenção, ou multa de 1 (um) a 20 (vinte) salários-mínimos da região.

§ 1º Se a incitação fôr seguida da prática do crime, as penas serão as mesmas cominadas a êste.

§ 2º Fazer apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena: Detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa de 1 (um) a 20 (vinte) salários-mínimos da região.

Art . 20. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena: Detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa de 1 (um) a 20 (vinte) salários-mínimos da região.

§ 1º Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, reproduz a publicação ou transmissão caluniosa.

§ 2º Admite-se a prova da verdade, salvo se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

§ 3º Não se admite a prova da verdade contra o Presidente da República, o Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, Chefes de Estado ou de Governo estrangeiro, ou seus representantes diplomáticos.

Art . 21. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena: Detenção, de 3 (três) a 18 (dezoito) meses, e multa de 2 (dois) a 10 (dez) salários-mínimos da região.

§ 1º A exceção da verdade sòmente se admite:

a) se o crime é cometido contra funcionário público, em razão das funções, ou contra órgão ou entidade que exerça funções de autoridade pública;

b) se o ofendido permite a prova.

§ 2º Constitui crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dêle.

Art . 22. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decôro:

Pena: Detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa de 1 (um) a 10 (dez) salários-mínimos da região.

[...]

Art . 24. São puníveis, nos têrmos dos arts. 20 a 22, a calúnia, difamação e injúria contra a memória dos mortos.”

⁹⁷ “Art . 29. Tôda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que fôr acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou, errôneo, tem direito a resposta ou retificação.

[...]

Art . 30. O direito de resposta consiste:

I - na publicação da resposta ou retificação do ofendido, no mesmo jornal ou periódico, no mesmo lugar, em caracteres tipográficos idênticos ao escrito que lhe deu causa, e em edição e dia normais;

II - na transmissão da resposta ou retificação escrita do ofendido, na mesma emissora e no mesmo programa e horário em que foi divulgada a transmissão que lhe deu causa; ou

III - a transmissão da resposta ou da retificação do ofendido, pela agência de notícias, a todos os meios de informação e divulgação a que foi transmitida a notícia que lhe deu causa.

Nesse sentido, após uma análise da Lei 5.250/1967 e dos fundamentos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, percebe-se que tais fundamentos utilizados (surgimento num contexto militaresco de massacre à liberdade de expressão) pelos Ministros na ADPF 130 não servem para julgar a Lei de Imprensa totalmente não recepcionada (ou totalmente inconstitucional, se fosse o caso de ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade).

Por tudo o que foi exposto, fica claro que o Supremo Tribunal Federal divergiu do método de declaração de “não recepção” utilizado na ADPF 47 e do método de interpretação conforme a Constituição que já havia sido utilizado na ADPF 46. Ademais, a prova cabal de que o “método” da ADPF 130 foi casuísta, se dá pelo fato de que na ADPF 187 o Supremo Tribunal Federal voltou a se portar metodologicamente como no precedente da ADPF 46, ao interpretar conforme a Constituição o art. 287 do Código Penal.

Não se imagina que algum dia o Supremo Tribunal Federal volte a realizar o afastamento em bloco de todas as normas de diploma legal da forma abrupta e agressiva como fez com a Lei 5.250/1967, pois jamais faria isso com o Código Penal (ADPF 187), embora seja um resquício da ditadura de Getúlio Vargas (argumento de fundo para afastar a Lei de Imprensa), ou com a Lei que autoriza o funcionamento da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ADPF 46).

De tudo isso, fica cada vez mais claro que, em momentos que se sente pressionado, o Supremo Tribunal Federal foge ao método, esquece a técnica jurisdicional, não dialoga com a sua jurisprudência, muito menos com a doutrina, pois o que acaba por interessar é a imagem de “bem feito” que pretende ter perante a população. Todavia, quando se referir ao “Supremo Tribunal Federal” neste texto, que não se tome por generalização em relação ao comportamento individualizado de

[...]

Art . 32. Se o pedido de resposta ou retificação não fôr atendido nos prazos referidos no art. 31, o ofendido poderá reclamar judicialmente a sua publicação ou transmissão.

[...]

Art . 33. Reformada a decisão do juiz em instância superior, a empresa que tiver cumprido a ordem judicial de publicação ou transmissão da resposta ou retificação terá ação executiva para haver do autor da resposta o custo de sua publicação, de acôrdo com a tabela de preços para os seus serviços de divulgação.

[...]

Art . 36. A resposta do acusado ou ofendido será também transcrita ou divulgada em pelo menos um dos jornais, periódicos ou veículos de radiodifusão que houverem divulgado a publicação motivadora, preferentemente o de maior circulação ou expressão. Nesta hipótese, a despesa correrá por conta do órgão responsável pela publicação original, cobrável por via executiva.”

todos os Ministros e ex-Ministros daquela Corte, mas sim por uma complacência do Supremo Tribunal Federal para com o inconstitucional, para com o incorreto, para com a “justiça” para além da legalidade e para muito mais além do Estado Democrático de Direito.

O Supremo Tribunal Federal exerceu sua função política de mandar um aviso, dizendo por meio da ADPF 130 que não tolera arbitrariedade e que houve um rompimento com a era militaresca brasileira da Revolução de 31 de março de 1964, isso fica claro, sendo esta uma função retórica e romântica de uma corte constitucional para com a nação. Contudo, o Supremo Tribunal Federal foi longe demais, ao não levar em conta a racionalidade dos precedentes das ADPF's 46, 47 e 53 (confirmados pela lógica do método da ADPF 187), deixando o setor da imprensa totalmente desregulado e sem marco normativo (com base em argumentos de que na democracia a imprensa é livre – contudo, tais argumentos não se sustentam, pois mesmo a imprensa pode sofrer limitações em sua atividade, vez que nenhum direito é absoluto, fato que também comprova que o Supremo Tribunal Federal não cumpriu sua tradição de aplicação do método interpretativo da proporcionalidade⁹⁸). Assim, percebe-se que existiam dispositivos relativos ao direito de resposta, tipos penais que poderiam existir sem afrontar as instituições da democracia, dentre outros dispositivos que nada tinham de autoritários ou militarescos, que demarcavam procedimentos democráticos e bem regulamentavam a Constituição Federal de 1988. Nesse caminhar, o que se observa é que o Supremo Tribunal Federal, ao estraçalhar a Lei 5.250/1967, apenas jogou para as mãos do Poder Judiciário problemas que já estavam resolvidos em âmbito legislativo. Dessa forma, a partir do julgamento da ADPF 130 é normal que haja uma maior divergência em julgamentos sobre o tema da imprensa (com sua liberdade e

⁹⁸ “Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. 5. Ação julgada procedente.”

[BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Comercialização de gás liquefeito de petróleo. ADI 855, Relator: Ministro Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, julgado em 06 de março de 2008. Disponível em www.stf.jus.br.]

seus limites⁹⁹), aumentando-se a discricionariedade (para os positivistas) e a necessidade de se estabelecer uma hermética vinculação a uma linha de precedentes pós-ADPF 130 (numa visão à Dworkin), afinal a ADPF 130 traz outras complicações para o sistema binário normatizar-julgar que se encontra em mutação no Poder Judiciário no Brasil.

Logo, a decisão unânime da ADPF 130 foi uma tomada de posição política que contrariou a racionalidade dos argumentos de fundo (*ratio decidendi*) dos julgamentos das ADPF's 46, 47 e 53, isto está claro por meio de uma análise dos resultados e dos métodos de atribuição de efeitos à decisão de mérito no procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Assim, a técnica do afastamento de dispositivos escolhidos (ADPF's 46, 47, 53 e 187) contrasta com a técnica da não-recepção em bloco de todos os dispositivos de um diploma legislativo “*por ter sido elaborado por governo ditatorial*” (ADPF 130).

Se o afastamento de um diploma normativo por inteiro pelo fato de ter sido elaborado por ditadura e por regulamentar a atividade da imprensa são novos critérios de interpretação do Supremo Tribunal Federal, tal critério deve ser utilizado como método de interpretação que se cole ao método de atribuição de efeitos à decisão em sede de ADPF? Parece que está não é uma opção válida, sendo que o caso da ADPF 130 foi, em verdade, um desvio de rota do Supremo Tribunal Federal em relação à sua linha de pensamento dos precedentes anteriores (ADPF's 46, 47 e 53) e posterior (ADPF 187).

Nesse caminho, pode-se citar como exemplo em que se poderia aplicar a *ratio decidendi* do precedente da ADPF 130 o caso do Decreto-Lei 201/1967, um verdadeiro estorvo à racionalidade do sistema de criminalização de atos contra a administração pública¹⁰⁰, editado para calar os prefeitos na época da ditadura por

⁹⁹ Ou falta de limites, como se pode observar o programa jornalístico Profissão Reporter da Rede Globo de televisão, veículado no dia 02/08/2011, que trata, entre outros assuntos, da invasão da privacidade de simples usuários de drogas, de humildes moradores de favelas e de celebridades por uma imprensa agressiva que faz questão de expor pessoas a situações vexatórias ou quando tais pessoas querem apenas um pouco de sossego.

¹⁰⁰ Para não se alongar, uma vez que se trata somente de exemplo, o Decreto-Lei 201/1967 em seu artigo 2.º, inciso III, atribui pena de três meses a três anos e suspensão de direitos políticos por cinco anos para o Prefeito (ou co-autor ou partícipe que não sejam o chefe do Executivo Municipal) que “desviar, ou aplicar indevidamente rendas ou verbas públicas”, enquanto no capítulo de crimes contra a Administração Pública do Código Penal, no artigo 315, a pena prevista para qualquer funcionário público praticar a conduta típica de “dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da

serem os únicos agentes políticos do Poder Executivo que não estavam sob o comando do governo militar. Este autor tem sérias dúvidas de que uma eventual ADPF que discuta a integralidade do Decreto-Lei 201/1967 consiga o afastar integralmente pela “não recepção”, pelos mesmos fundamentos que foram utilizados na ADPF 130 para afastar a integralidade da Lei 5.250/1967. O que se percebe, pela movimentação da mídia e da opinião pública (a quem o Supremo Tribunal Federal tem tentado agradar quando se trata de controle concentrado de constitucionalidade), é que a resposta seria no sentido moralista de “melhor punir os ‘corruptos’ que gastam mal ou se apoderam do dinheiro público”, mesmo a despeito de existirem outras normas (Código Penal, Lei Complementar 101/2000, Lei 8.666/1993, etc.) que regulassem a punição dos Prefeitos. A verdade é que, nem todas as normas do Decreto-Lei 201/1967 são incompatíveis com a Constituição Federal de 1988, sendo que é duvidoso que o Supremo Tribunal Federal repita a técnica de julgamento utilizada na ADPF 130 contra a opinião pública (para beneficiar os punidos com base no Decreto-Lei 201/1967, por exemplo).

1.4 O RETORNO À JURISPRUDÊNCIA COM A ADPF 187

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187 o Supremo Tribunal Federal voltou a aplicar os precedentes das ADPF's 46, 47 e 53, deixando de lado o método aplicado no julgamento da ADPF 130.

Assim, a Corte interpretou conforme a Constituição o tipo do artigo 287 do Código Penal¹⁰¹, a fim de entender inconstitucional a interpretação que criminalizava as manifestações favoráveis à descriminalização do comércio de maconha (tipo do artigo 33 da Lei 11.343/2006 combinado com o item 1 da Lista E e com o item 34 da

estabelecida em lei” é de detenção de um a três meses ou multa. Em suma, ambos os dispositivos penalizam o chamado, em Direito Financeiro, desvio de finalidade na aplicação de verbas públicas. Assim, a irracionalidade se dá no fato claro de que é melhor o funcionário público municipal cometer o crime de desvio de finalidade sozinho (conforme previsto no Código Penal) a ser simples partícipe da conduta idêntica de Prefeito, pois a pena (conforme o Decreto-Lei 201/1967) é muito maior no segundo caso.

¹⁰¹ Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

[Código Penal]

Lista F2 da Portaria n.º 344/1998 do Ministério da Saúde – atualizada pela Resolução da Diretoria Colegiada n.º 21/2010 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária), chamadas pela população de “marcha da maconha”, baseadas no extremamente aberto tipo penal de “apologia ao crime”.

Desta feita, o Supremo Tribunal Federal, ao afastar a aplicabilidade do art. 287 do Código Penal ao caso, mediante interpretação conforme a Constituição¹⁰², voltou a se aproximar dos precedentes anteriores, principalmente do caso da ADPF 46 (quando utilizou a mesma técnica), sequer fazendo menção à “técnica” de julgamento utilizada na ADPF 130.

O que se percebe é que o Código Penal é uma norma feita em período ditatorial (ditadura de Vargas), sendo que nem por isso foi cogitada a sua exclusão por completo (como fora feito com a Lei 5.250/1967) apenas por tal fato. Tal possibilidade de exclusão de um diploma normativo somente em razão do meio em que foi pensado obviamente não se trata da melhor “técnica” de interpretação e julgamento. Dessa forma, o que causa espanto é que a técnica de julgamento de “demolição” de um diploma normativo foi utilizada impune e facilmente pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que tal abuso foi comemorado pela mídia e silenciado por parte da doutrina. É verdade que, como já brevemente comentado, a Lei 5.250/1967 era inconstitucional em vários pontos, porém era constitucional em outros tantos. Nessa linha, é num exemplo prático como na linha histórica de precedentes acerca de atribuição de efeitos às decisões em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que se verifica que o Supremo Tribunal Federal tem a certeza de que pode tudo e de que ninguém nada fará para criticá-lo.

Deste modo, o novo precedente da ADPF 187 sacramenta e prova o fato, já percebido por muitos, de que o Supremo Tribunal Federal carece de crítica institucional e institucionalizada mais acurada do respeito à racionalidade empregada nas decisões anteriores. Pois o país se guia por meio do Supremo Tribunal Federal e de suas decisões, pareceres são emitidos e negócios dos

¹⁰² [...] “o Tribunal julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para dar, ao artigo 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme à Constituição, ‘de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos’, tudo nos termos do voto do Relator.” [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de reunião e a “marcha da maconha”. ADPF 187, Relator: Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 15 de junho de 2011. Disponível em www.stf.jus.br.]

cidadãos são formalizados tomando por base os precedentes do Supremo Tribunal Federal. Neste ponto, portanto, não se trata o presente estudo de mera preocupação acadêmica, mas sim de segurança jurídica para um Estado que vive em insegurança graças aos “métodos” da jurisdição constitucional concentrada.

Portanto, a questão é muito séria, sendo que a insegurança de um Supremo Tribunal Federal que muda mais que rapidamente de posição conforme mudam os ventos (que sopram da política, da economia e do moralismo inconstitucional), repercute num efeito cascata por todo o Poder Judiciário, gerando feudos de jurisprudência que não dão a mínima importância para tudo que o Supremo Tribunal Federal diz, pois o Supremo Tribunal Federal termina sem credibilidade institucional ao não se respeitar como instituição.

2 A TEORIA DA NORMA APLICADA PARA AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

“Todo questionar é um buscar. Toda busca retira do que se busca a sua direção prévia.”¹⁰³

A variabilidade nos julgamentos é natural, contudo deve ser sempre fundada na teoria do direito mais adequada e refinada, a fim de que a discricionariedade existente, ou arbitrariedade persistente, não seja mascarada por estruturas do direito pouco definidas e mal conceituadas de forma a proteger os verdadeiros fundamentos do intérprete sob um manto de mistério. Demonstrar onde o intérprete busca sua inspiração e quais são os caminhos que vai percorrer se faz numa das funções de uma adequada teoria da norma.

Nesse navegar, cabe como missão aos pesquisadores sobre os limites e as possibilidades dos julgamentos, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto de qualquer órgão judiciário, lançar luz sobre a teoria da norma que é utilizada pelos intérpretes.

Assim, muito esforço teórico tem sido dispensado em, a uma, qual é a mais adequada teoria da interpretação a que o julgador estaria vinculado; e, a duas, qual a melhor teoria da decisão a ser posta em prática pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, a jornada teórica para a discussão de quais são os paradigmas de interpretação e de decisão para o Judiciário possui uma prévia análise obrigatória da teoria da norma.

Logo, causa estranheza o modo de como não só no Supremo Tribunal Federal, mas também no Judiciário como um todo, não há qualquer discussão acerca da teoria da norma. Ao que se deixa transparecer parece que não é algo importante nos julgamentos.

Entretanto, antes de se discutir os lindes da interpretação do Poder Judiciário, deve-se analisar a teoria da norma a ser aplicada, eis que a adequada classificação do que é norma (sem deixar perceber que Direito é fato, valor e

¹⁰³ HEIDEGGER, Martin. Op. cit., p. 40.

norma¹⁰⁴) e dos tipos de normas gera impactos na interpretação jurídica, sendo que tais impactos podem ser relativos às possibilidades de efetivação dos valores contidos nas normas ou se referem às limitações prévias ao excesso de efetivação dos valores nas normas e no sistema normativo.

A importância de se definir o que é norma serve à demarcação dos limites e das possibilidades da interpretação jurídica, evitando-se a corrupção externa ao sistema normativo. E a definição de quais são os tipos de norma serve para que os julgamentos sejam fundados nos devidos efeitos de cada tipo de norma, a fim de ser evitada a corrupção interna no sistema normativo.

Assim, o conceito de norma que o presente trabalho adota é influenciado pelo positivismo ideológico, a fim de que haja um fechamento deontológico sistêmico pela “*unidade da constituição*”¹⁰⁵ para as normas aplicadas, eis que se reconhece a importância dos valores como norte de interpretação que aproximaram os campos do direito e da moral¹⁰⁶. Contudo a injeção de parâmetros éticos abertos sob a forma de normas (regras, princípios e políticas) demanda cuidado para que não haja uma corrupção sistêmica em que determinados padrões éticos momentaneamente dominantes¹⁰⁷ suplantem os padrões éticos definidos normativamente pela Constituição Federal.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Não somente num sentido de fechamento kelseniano, mas numa abertura valores postos dentro do sistema normativo.

¹⁰⁵ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4.^a ed. rev. e atual. e ampl. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 82.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. in BARROSO, Luís Roberto (org.) et al. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2.^a rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27-43.

¹⁰⁷ Exemplo já clássico é a chamada Lei da “*ficha limpa*”, Lei Complementar 135/2010, que antecipa efeitos da condenação criminal que ainda não existe aos réus, para que estes não sejam candidatos em pleitos eleitorais, sob o excessivo argumento “republicano” (a palavra mais adequada é *autoritário*) de proteger os eleitores de candidatos que respondam a processos criminais (partindo-se da ideia que os eleitores não sabem votar e que cabe ao Estado definir quem são os melhores candidatos para receberem votos), contudo pagando-se o preço de ferir de morte a garantia constitucional fundamental de presunção de inocência.

¹⁰⁸ Embora os valores (em sua natureza) estejam sempre em mutação na sociedade, tal mudança nunca adentra integralmente na interação norma-valor, vez que a identidade do sistema constitucional demanda o respeito ao mínimo de significativo (ou ao núcleo fundamental, para os que assim preferem) dos conteúdos normativos. Desse modo, o mínimo de significativo do princípio da presunção de inocência (no exemplo citado acima) não pode ser afastado, na medida que os valores dominantes (punir antecipadamente os corruptos não condenados pelo Judiciário, com o trânsito em julgado da sentença, sob o argumento de moralidade, por exemplo) não podem atuar como um poder constituinte reformador das garantias constitucionais originárias. Nesse ponto, embora exista uma maioria que dite que os valores da sociedade são “X”, existe uma minoria que possui um valor “Y” a ser reconhecido e protegido normativamente. No fundo, esta é mais uma aresta da teoria

A teoria dos valores sempre influenciou o conceito do que se tem por Direito, assim ora relegada a mera coadjuvante, ora trazida à luz para arejar o sistema jurídico, a dimensão axiológica serve de supedâneo para um sistema que sempre necessita revisitar seus fundamentos.

O homem, como aplicador do Direito e como destinatário deste, assim apresenta-se como o valor existencial no prisma do conhecimento sobre o mundo dado e do aporte cultural e ele empregado.

Nesse sentido, utiliza-se como marco teórico¹⁰⁹ a teoria dos valores¹¹⁰, contudo sem se descuidar da realização em bloco dos valores coletivamente considerados, eis que sendo os valores uma dimensão da moral¹¹¹, estes devem ser tratados com parcimônia, a fim de que não se chegue a uma visão esquizofrênica do sistema jurídico.

Destarte, uma apreensão crítica da teoria dos valores dentro de uma realidade possível pela compreensão humana e pela racionalidade sistêmica como viés interpretativo possível no contexto histórico-constitucional é necessária.

Os valores vêm sendo reconhecidos como instrumentos conceituais que carregam uma determinada carga moral, vindo a representar tal carga axiológica a dimensão de humanidade projetada sobre a natureza e a atuação do “*poder*

contramajoritária, tão cara ao conceito de democracia, onde as garantias constitucionais da minoria barram a demagogia (para usar um conceito de Aristóteles) causada pelos valores da maioria. Ceder às paixões da maioria do povo contra o mínimo de existência das garantias constitucionais é o caminho mais curto para o colapso do brilho da democracia, por meio de sua própria “força gravitacional”, a fim de se atingir finalidades obscuras (como a física já explica, a decadência de uma brilhante estrela no momento do colapso de sua força expansiva atômica-nuclear a faz desmoronar sobre si mesma, tornando-se um buraco negro, algo parecido também pode acontecer aos sistemas constitucionais de democracia). Desse modo, não se pode deixar que a ausência de “força expansiva” (ausência de efetividade) cause a ruína da Constituição sob o argumento de que o “buraco negro” do “interesse público” (sobre o tema é interessante ler Arthur Schopenhauer e Gustavo Binenbojm, conforme já citado supra) “democrático” (demagógico, na verdade) deve ser atendido.

¹⁰⁹ Utilizou-se a teoria dos valores de Miguel Reale, em interação com a teoria dos valores de Robert Alexy, pelo fato do culturalismo do autor brasileiro expressar com profundidade o fenômeno dos valores num contexto histórico de evolução do homem. Dessa forma, o culturalismo se utiliza da historicidade (assim como a hermenêutica, de Gadamer e de Heidegger, e como a ideia de Direito como integridade, de Ronald Dworkin, acabam se utilizando) para buscar enquadrar o homem num contexto axiológico de evolução histórica. Com isso é possível se demonstrar a função dos valores no enquadramento histórico da sociedade, e como tais valores podem ser filtrados pelo intérprete por meio do prisma normativo.

¹¹⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19.^a ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva: 2000. p. 207.

¹¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. 1.^a ed. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 147.

nomotético” do homem ao criar objetos culturais.¹¹² Assim, os valores são o reflexo da própria natureza humana, natureza esta voltada para uma moralidade intrínseca ao ato cognoscitivo do homem e, mais que isso, ao buscar dispensar seu olhar criador de uma realidade humana, de dever ser, sobre a realidade dada (ser) pela natureza.¹¹³

Dessa forma, os valores causam influencia no sistema jurídico ao possuírem função dentro dele.¹¹⁴ Sendo assim, os valores influenciam a formação de normas por meio de uma filtragem através do “prisma” fático-social dos excessos axiológicos, gerando assim uma ampla gama de normas em potencial para refletir a dimensão cultural dos valores. Contudo, apenas as normas (reflexos da dimensão axiológica) escolhidas como válidas pela interferência do Poder ingressariam no sistema oficial normativo.¹¹⁵

¹¹² “É levando em conta essas e outras colocações transindividuais do problema do conhecimento que me pergunto, repito, se não há também uma condição *a priori* intersubjetiva, e por conseguinte *cultural*, na Gnoseologia, que adquire, assim, mais concreção.” [...] “Nunca será demais realçar a decisiva contribuição de Kant, ao demonstrar o *poder nomotético* do espírito, isto é, o seu poder criador no domínio da Ciência, graças à sua faculdade normativa o reguladora do “mundo pré-categorial”, difuso e indistinto até e enquanto não categorizado ou pensado pelo sujeito cognoscente. O que depois sobreveio, no plano filosófico, foi a revisão do conceito kantiano de poder nomotético, à luz da intencionalidade como elemento caracterizador da consciência.

Admito, com efeito, que a consciência se volve necessariamente para *algo*, que também é pressuposto *a priori* do ato de conhecer, não se pode mais apresentar o sujeito como constitutivo de per si do objeto, uma vez que este somente o é enquanto *algo* se lhe oferece para ser interpretado.

Por outras palavras, não mais se admite que o sujeito possa, em se e de per si, *pôr os objetos* como criação exclusivamente sua, porquanto faculdades cognoscitivas dependem de *algo objetivo* que se oferece à percepção da consciência intencional.” [REALE, Miguel. *Cinco Temas do Culturalismo*. 1.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 29-30.]

¹¹³ “O homem, cujo *ser* é o seu *dever ser*, construiu o mundo da cultura à sua imagem e semelhança, razão pela qual todo bem cultural só é enquanto *deve ser*, e a “intencionalidade da consciência” se projeta e se revela como intencionalidade transcendental na história das civilizações, isto é, como *invariante axiológica* fundamental.” [REALE, Miguel. *Filosofia...*, p. 213.]

¹¹⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25.ª ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva: 2001. p. 64.

¹¹⁵ “O *fato*, por conseguinte, que condiciona o aparecimento de uma norma jurídica particular nunca é acontecimento isolado, mas um *conjunto de circunstâncias*, estando o homem rodeado por uma série de fatores que solicitam sua atenção, provocam sua análise e despertam atitudes de reação ou de aplauso, de simpatia ou de repulsa.” [...] “Por outro lado, verifica-se a mesma complexidade quando se examinam os múltiplos *valores* que condicionam o ato de escolha de determinado grupo de regras jurídicas, ou até mesmo de uma única norma de direito, ficando prejudicadas as demais vias possíveis. Há, pois, um complexo de fins e valorações, uma série de *motivos ideológicos* (diversidade de pontos de vista programáticos ou doutrinários, assim como divergência ou conflito de interesses de indivíduos, grupos e classes sociais) condicionando a decisão do legislador, cuja opção final assinala o momento em que *uma das possíveis proposições normativas se converte em norma Jurídica*.

Podemos comparar, para facilidade de compreensão, o “campus” nomogenético à imagem [...] de um raio luminoso (impulsos e exigências axiológicas) que, incidindo sobre um prisma (o multifacetado domínio dos fatos sociais, econômicos, técnicos etc.), se refrata em um leque de

Tal concepção deve ser adaptada, sob um ângulo constitucional atual, sendo que o poder legítimo provém do povo (no mínimo num discurso poético-constitucional¹¹⁶, para um ideário de democracia “representativa”), como garante o valor da democracia expressado como norma no art. 1.º, Parágrafo único, da Constituição Federal de 1988 (“*Todo poder emana do povo...*”). Destarte, tem-se que os valores numa democracia são transmutados em normas, pela interação direta com a dimensão ontológica, como forma de legitimação pelo Poder.

Até aqui, a teoria dos valores adotada responde à formação das normas mediante uma inspiração na dimensão moral axiológica do homem, por meio de uma relação espaço-tempo dinamizada com o *a priori* intersubjetivo cultural¹¹⁷ da humanidade num determinado contexto histórico.¹¹⁸

Ora, tal acepção doutrinária vem ao encontro da defesa dos princípios, das políticas e das regras constitucionais como representações de valores a que a sociedade (poder constituinte proveniente do povo) escolheu como ideais a serem protegidos pelo sistema jurídico.

Nessa perspectiva, a teoria dos valores adotada tem uma fundamentação normativa pela via axiológica voltada ao momento de criação da norma, pois embora

"normas possíveis", uma das quais apenas se converterá em "norma jurídica", dada a interferência do Poder. [REALE, Miguel. *Filosofia...*, p. 553.]

¹¹⁶ “Exerce, pois, o discurso poético-constitucional uma importante função no que diz respeito ao *contexto de descoberta*, apresentando situações que, segundo algum traço de pertença à realidade jurídica e constitucional, podem indicar caminhos e apontar soluções para a problemática constante da adequação do modelo ideal-típico de Constituição à dinamicidade do fato concreto, historicamente dado e culturalmente valorado.” [...] “Não bastasse a própria Constituição, da necessidade de sua legitimação e definição do poder social necessário à sua efetivação surge outro destinatário do discurso poético-constitucional, já presente em sua definição e com fundamental importância para a concepção contemporânea de fenômeno, o indivíduo enquanto destinatário dos limites normativos previstos na Constituição e a sociedade como instância legitimante do exercício político-jurídico estampado em comandos de normatividade constitucional.” [DALLA-ROSA, Luiz Vergilio. Op. cit. p. 185-186.]

¹¹⁷ [...] “a mais relevante das conseqüências do pressuposto transcendental do *a priori cultural* é, por assim dizer, a *axiologização universal da experiência*. A meu ver, é impossível pensar-se a experiência, a não ser se considerando *ipso facto válida* a relação que ela expressa e a torna objetiva.” [REALE, Miguel. *Cinco...*, p. 50.]

¹¹⁸ “ Os valores não são, por conseguinte, objetos ideais, modelos estáticos segundo os quais iriam se desenvolvendo, de maneira reflexa, as nossas valorações, mas se inserem antes em nossa experiência histórica, irmanando-se com ela. Entre valor e realidade não há, por conseguinte, um abismo; e isto porque entre ambos existe um nexo de *polaridade* e de *implicação*, de tal modo que a História não teria sentido sem o valor: um “dado” ao qual não fosse atribuído nenhum valor, seria como que inexistente; um “valor” que jamais se convertesse em momento da realidade, seria algo de abstrato ou de quimérico. Pelas mesmas razões, o valor não se reduz ao real, nem pode coincidir *inteiramente, definitivamente*, com ele: um valor que se *realizasse integralmente*, converter-se-ia em “dado”, perderia a sua essência que é a de *superar* sempre a realidade graças à qual se revela e na qual jamais se esgota.” [REALE, Miguel. *Filosofia...*, p. 207.]

a norma esteja vinculada ao valor fundante de que tenha sido inspirada culturalmente (e pela história), esta, para se atualizar, necessita de um retorno ao mundo dos fatos (evolução hermenêutica¹¹⁹ pelo contexto histórico) a cada aplicação, como que numa prova real de fidelidade ao valor culturalmente enquadrado¹²⁰ a que representa.

Isso se dá devido aos etéreos significados dos conceitos normativos¹²¹ e ao já referido criacionismo cultural do homem acerca dos valores, o que por derradeiro influi num aporte interpretativo aberto para a revisão histórica das normas conforme os valores defendidos pela sociedade¹²².

Assim, na infundável linha do tempo, a sociedade (tida como um Povo coletivamente considerado, sem se descuidar de direitos individuais, enquanto titular do poder), pode fazer a revisão dos conteúdos normativos por meio de uma depuração axio-ontológica (contexto histórico-cultural) dos fins e dos efeitos pretendidos com a norma. Nesse sentido, tal consideração é passível ante o fato de que o dever ser (mundo do construído) das normas marcadas pela humanidade representa o conhecimento a menor do que é o *ser* (mundo do dado). Assim, este conhecimento, falho e parcial em sua essência, não habilita a norma, sendo esta um

¹¹⁹ “O conhecimento de algo não surge *ex nihilo*, como mera projeção subjetiva, mas representa um *processo de interpretação* da coisa que se lhe apresenta, havendo, pois, um *ato hermenêutico* da coisa para a qual a consciência intencional se dirige. Poder-se-ia afirmar que a cognição, em sua raiz, corresponde a um processo de interpretação: corresponde, por conseguinte, essencialmente a um *ato hermenêutico*.” [REALE, Miguel. *Cinco...*, p. 30-31.]

¹²⁰ “Já foi dito muito bem que a natureza se repete e que *só o homem inova e se transcende*. É a essa atividade inovadora, capaz de instaurar formas novas de ser e de viver, que chamamos de espírito. O ponto de partida não é, como se vê, uma hipótese artificial, mas a verificação irrecusável de que o homem adicionou e continua adicionando algo ao meramente dado. A natureza de hoje não é a mesma de um, dois, ou três mil anos atrás, porque o mundo circundante foi adaptado à feição do homem. O homem, servindo-se das leis naturais, que são instrumentos ideais, erigiu um segundo mundo sobre o mundo dado: é o *mundo histórico*, o mundo cultural, só possível por ser o homem um *ser espiritual*, isto é, um ente *livre* dotado de poder de *síntese*, que lhe permite compor formas novas e estruturas inéditas, reunindo em unidades de sentido, sempre renovadas e nunca exauríveis, os elementos particulares e dispersos da experiência.” [REALE, Miguel. *Filosofia...*, p. 205.]

¹²¹ “Não apenas no terreno das normas, mas em todos os campos da existência, há um limite, inerente à natureza da linguagem, para a orientação que a linguagem geral pode oferecer. É certo que existem casos claros, que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis (‘Se algo é um veículo, um automóvel o é’), mas haverá também casos aos quais não está claro se elas se aplicam ou não (‘A palavra aqui usada, ‘veículo’, incluirá bicicletas, aviões, patins?’).” [HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 164.]

¹²² Por exemplo, a clássica “mulher honesta” do Código Civil de 1916.

objeto cultural, a ser a resposta sempre prévia e absoluta, sem que haja uma revisitação cognoscitiva ao valor fundante da normatividade.¹²³

Nesse sentido, a compreensão (inclusive sob um ângulo da dialética-constitucional¹²⁴) do mundo axiológico, como característica humana que é, e sua interação cultural necessária com o universo ontológico, advém da humanidade como valor fundamental, donde o dever ser histórico-cultural é dependente em nível existencial, pois apenas do homem, e de seu intento criativo basilar à definição da espécie (*sapiens*), flui o rio axiológico a que tudo contribui em significado próprio¹²⁵. Logo, o homem não se contenta em assistir ao mundo como se fosse um filme, pois não é mero espectador no plano da existência, mas sim verdadeiro arquiteto do conhecimento ao *tomar posição* perante tal mundo dado e valorá-lo.¹²⁶

¹²³ “ É claro que permanece a distinção entre “coisa em si” e o “fenômeno”, na medida em que aquela não possa ser convertida em *objeto* de conhecimento. Mas *coisa* (algo, *aliquid*) possui um significado amplo, abrangendo tanto a “coisa em si”, enquanto coisa incognoscível, como *objeto*, que corresponde ao que se há de fenomenalmente cognoscível na coisa. Donde se conclui que, quanto mais o ser humano é capaz de alargar e aprofundar o campo de conhecimento, mais se restringe à “coisa em si”, de caráter residual sob o ângulo epistêmico. Donde a minha afirmação de que ela é o que resta do “infinitamente cognoscível”, ou melhor, o “infinitamente incognoscível”, pois restará sempre algo que escapa a nossa faculdade cognoscitiva, e o respectivo problema metafísico quanto ao *ser*. Estamos, portanto, perante uma visão relativa, e não mais *absoluta*, da “coisa em si”, superando-se a predeterminação abstrata e a-histórica do criticismo kantiano.” [REALE, Miguel. *Cinco...*, p. 31.]

¹²⁴ “ A compreensão o conteúdo normativo da Constituição e a busca de aproximação do sentido presente na determinação valorativa dos coando constitucionais estão condicionadas, pela prática discursiva, à limitação do destinatário.

Será a disposição efetiva da composição dialogal a prática criativa decisional da Constituição que apontará para a concretude do destinatário específico de cada movimento constitucional, definindo *a fortiori* o tipo discursivo necessário e, segundo a pretensão final da ação e a disponibilidade real do destinatário, propiciando a concretização substancial dos valores sociais constitucionalmente recepcionados.

Somente com a conscientização da vinculação dos comandos constitucionais pela estruturação discursiva de sua concreção e a compreensão da limitação do exercício constitucional pela figura de seu destinatário pode corresponder, mais que a uma teoria do discurso constitucional, a uma efetiva teoria da Constituição.” [DALLA-ROSA, Luiz Vergilio. Op. cit., p. 268-269.]

¹²⁵ “ Ora, graças à verificação de tais fatos, podemos afirmar que o espírito humano se projeta sobre a natureza, conferindo-lhe dimensão nova. Esta dimensão nova são *valores*, como a fonte de que promanam.

O valor, portanto, não é projeção da consciência individual, empírica e isolada, mas do espírito mesmo, em sua universalidade, enquanto se realiza e se projeta para fora, como consciência histórica, no *processo dialógico da história* que traduz a interação das consciências individuais, em um todo de superações sucessivas.” [REALE, Miguel. *Filosofia...*, p. 206.]

¹²⁶ “ O homem é o valor fundamental, algo que vale por si mesmo, identificando-se seu ser com a sua valia. De todos os seres, só o homem é capaz de valores, e as ciências do homem são inseparáveis de estimativas.

Um cientista, como o químico ou o físico, ao realizar uma experiência, não indaga do sentido ou do significado axiológico daquilo que se processa diante de seus olhos, mas procura apenas descrever o fenômeno em suas relações objetivas, embora esteja condicionado por modos de perceber ou teorias que implicam valorações. Um estudioso do mundo físico-natural não toma posição, positiva ou negativa, *perante* o fato, porque é seu propósito captá-lo em sua objetividade.

Conforme exposto até aqui, os valores têm como característica a inspiração criativa e a compreensão da normatividade pela consciência histórico-cultural ligada ao viés ontológico.

Contudo, de grande interesse é a teoria dos valores a compreensão sistêmica destes, eis que num sistema jurídico que tenha a Constituição como fonte orbital¹²⁷ axiológica, necessária se faz a conformação entre os valores constitucionais na sua aparente conflituosidade, eis que o conflito se dá externamente, haja vista que na mente do intérprete (ato cognoscitivo dos valores + ato de ponderação dos valores) há a resposta a ser dada (num viés de discurso dialético-constitucional¹²⁸), pois na lógica entre a interação quase-tópica regulada pelo sistema está a resposta a ser dada com presença de potencialidade de lógica científica (discurso lógico-constitucional¹²⁹).

Assim, reconhece-se a cultura como fonte dos valores, todavia faz-se um caminho de simbiose entre o ato cognoscitivo de compreensão e o ato interpretativo procedimental, como ato humano de interação axio-fática dos valores que preenchem o conteúdo das normas.

Quando, porém, o homem, perante os fatos, *toma uma posição*, estima o mesmo fato e o situa em uma totalidade de significados, dizemos que surge propriamente o fenômeno da *compreensão*. Não se trata de explicar o fenômeno nos seus nexos causais, mas de compreendê-lo naquilo que esse fato, esse fenômeno "significa" para a existência do homem: *o ato de valorar é componente intrínseco do ato de conhecer*. [Ibidem, p. 210.]

¹²⁷ “ O sentido, quase orbital, da Constituição faz com que o sistema jurídico passe de um conjunto normativo ordinário estruturado segundo um processo legislativo constitucionalmente previsto, a um sistema jurídico-constitucional disposto em várias esferas de normatividade que assimilam no momento de concreção, pela incorporação hermenêutica dos valores fixados nos comandos constitucionais.

Cumpra a Constituição desempenhar o ponto de materialização dos valores sociais e de sua potencialidade, tanto pela via aberta e plurívoca dos princípios como pelo regramento ordenativo, concentrando em sua disposição normativa o momento histórico-cultural vivenciado por determinada comunidade e captando as necessidades socioculturais de que dependem a concreção eficaz dos comandos normativo-constitucionais.” [DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. Op. cit., p. 232.]

¹²⁸ “ A ordem jurídico-constitucional e sua vinculação normativa por comandos expressos em regras e princípios de caráter prescritivo e valorativo procura responder a questões de implicação material e formal, numa relação que exige o constante da oposição entre valores estampados e eleitos pela sociedade e reconhecidos pela Constituição.” [...]

“ O discurso dialético-constitucional tem, pois, uma função de concreção não apenas no momento da decisão jurídica como na efetivação da própria ordenação normativa do Direito, atribuindo antes de tudo uma unidade de sentido que disciplina a aplicação jurídica. Antes de atuar como requisito ou critério de validade do ordenamento jurídico, dotado de superioridade hierárquica formalmente atribuída pela sistematicidade do fenômeno jurídico, a Constituição atua como fonte única de atribuição do *sentido* da interpretação jurídica, como momento integrador do conteúdo substancial eleito pelo legislador constitucional em representação da sociedade.” [Ibidem, p. 231-232.]

¹²⁹ Ibidem, p. 251-253.

Sob tal perspectiva, não se defende aqui a ideia de consenso¹³⁰, puro e simples, mas a ideia de racionalidade interpretativa ligada ao ato de compreensão. Assim, tem-se ciência da diversidade dos métodos em sua gênese, todavia, buscase, de um lado, uma limitação aos excessos do uso do poder nomotético do espírito¹³¹ em detrimento do sistema axiológico coletivamente considerado posto no sistema normativo, e, de outro lado, a garantia de que a aplicação dos valores significantes das normas seja precedida da compreensão da realidade cultural. Esse é caminho possível para um discurso jurídico nem tanto na *praxis* e nem tanto no objeto, mas sim num ato pan-interpretativo (compreensão histórico-cultural + procedimento de validação cognitiva) da realidade, como cânone primeiro da interpretação jurídico-constitucional.

Sob tal batuta, aceita-se a realidade de que os diversos valores podem rivalizar entre si, numa “rota” de colisão ou conflito de efetivação contemporânea na mesma situação, como se pode observar, por exemplo, na teoria dos valores de Robert Alexy.¹³² Contudo, é certo que objeções¹³³ existem a tal concepção da teoria dos valores, como por exemplo, em Habermas, eis que este não uma identidade quase gemelar entre princípios e valores.¹³⁴

¹³⁰ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 170-173.

¹³¹ “Diferentes teorias surgem, desse modo, mas todas reconhecem existir a possibilidade da transformação da natureza como natureza, em virtude, a nosso ver, de algo próprio somente do homem que é capaz de subordinar a natureza aos fins específicos do homem: *o poder nomotético do espírito*.” [REALE, Miguel. *Filosofia...*, p. 206.]

¹³² “Es fácil reconocer que los principios y los valores están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido: por una parte, de la misma manera que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse en una colisión de valores y de una ponderación de valores; por otra, el cumplimiento gradual de los principios tiene se equivalente en la realización gradual de los valores.” [ALEXY, Robert. *Teoría de...*, p. 138.]

¹³³ “ Uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito - e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento de valores. É certo que normas válidas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso; porém esse deslocamento está sob a reserva da coerência, a qual garante que todas normas se ajuntam num sistema afinado, o qual admite para cada caso uma única solução correta. A validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um mandamento, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte dos nossos desejos, sob circunstâncias dadas. Aquilo que é melhor para cada um de nós não coincide *eo ipso* com aquilo que é igualmente bom para todos.” [HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 323.]

¹³⁴ “Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores possuem um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente.”

[...]

Entretanto, aqui tendo por base a doutrina de Alexy, tem-se a ideia funcional de que valor¹³⁵ esta ínsito no conteúdo na norma, porque esta tem valor (valor significativo para a norma) e não simplesmente porque se trata de um valor de per si transmutado em um “valor deontológico”¹³⁶, eis que como pode se observar a comparação entre valor e princípio pode apoiar-se no fato de que os princípios têm valor.¹³⁷

Dessa forma, na teoria dos valores, numa possibilidade de perspectiva sistêmica, aplicada funcionalmente ao viés deontológico, tem-se que [1] o valor em sua essência, de per si, é mais do que a norma é, sendo inclusive externo a esta¹³⁸; [2] o valor expresso na norma é menos abrangente do que o valor na essência da amplitude máxima de seu significado, devido à própria limitação do homem enquanto sujeito cognoscente e à limitação conceitual linguística do conceito normativo enquanto baliza mínima e máxima do alcance axiológico; e [3] o valor da norma expresso no sistema, sendo este o balizamento e a depuração do excesso de efetivação de uma norma (portadora de um dado significativo axiológico) em face de outra norma, ou de outras normas (igualmente portadoras de significantes axiológicos tidos como válidos na relação de poder democrática proveniente do sistema de normas constitucionais oriundas do poder constituinte).

“Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira.” [Ibidem, p. 316-317.]

¹³⁵ “Muchas cosas diferentes pueden ser *objeto* de valoración. Pueden valorarse, por ejemplo, objetos naturales, artefactos, pensamientos, acontecimientos, acciones y situaciones. También los *critérios* de valoración son de múltiple tipo. Así, por ejemplo, un automóvil puede ser valorado según criterios de velocidad, seguridad, comodidad, precio, economicidad y belleza. Los criterios de valoración pueden entrar en colisión, por ejemplo, en el caso de la velocidad y la economicidad. Cuando entran en colisión, a fin de lograr una *valoración total* de determinado automóvil, hay que establecer entre ellos una relación.” [ALEXY, Robert. *Teoría de...*, p. 143]

¹³⁶ “Así pues, los principios y los valores se diferencian solo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente.” [Ibidem, p. 147.]

¹³⁷ “La comparación entre valor y principio puede apoyarse en algunas características estructurales generales y, a la vez, elementares, de los valores. Ellas se ponen de manifiesto cuando se toma en cuenta una diferencia fundamental en el uso de la palabra “valor”: la diferencia entre la determinación que algo *tiene* un valor y que algo *es* un valor.” [Ibidem, p. 141.]

¹³⁸ “O valor é dimensão do espírito humano, enquanto este se projeta sobre a natureza e a integra em seu processo, segundo direções inéditas que a liberdade propicia e atualiza.

Se examinarmos os acontecimentos históricos, verificaremos que compõem uma experiência feliz ou malograda nas conjunturas do tempo, com vitórias e com desenganos, mas sempre no propósito de dominar a natureza e de estabelecer formas de convivência, segundo uma paz ordenada. Tudo aquilo que o espírito humano projeta fora de si, modelando a natureza à sua imagem, é que vem a formar paulatinamente o cabedal da cultura.” [REALE, Miguel. *Filosofia...*, p. 213.]

Portanto, num entendimento pessoal, há possibilidade, vinculando-se à realidade, de fomentar valores por meio de normas jurídicas.

Ademais, insta ressaltar que a explicação do fenômeno axiológico pelo presente viés viabiliza a ponderação de normas em aparente conflito pelo método da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)¹³⁹ – como será colmatado infra.

Dessa forma, consciente de que é certo o modo como a dimensão axiológica influencia no conceito de norma, destaca-se que a norma jurídica reflete o sistema de direito em que existe, desde logo, então, os princípios e as regras têm valores (resultado da interação entre *compreensão* e *processo de validação racional*) em razão de serem *de direito* e não *do direito*.¹⁴⁰

Conforme exposto, a interpretação jurídica tem de realizar os valores pelo homem para estes estarem presentes no sistema de normatividade.

Todavia, não basta a realização por meio de um ideário axiológico amplo e descontrolado na justificação normativa, eis que a racionalidade é do valor *em sua essência* como possibilidade mental humana (compreensão), do valor *expresso na norma* atinente aos limites da linguagem como garantia de segurança mínima pela interpretação, e do valor *expresso no sistema* axiológico, ante a aparência de conflitos axiológicos.

Dessa maneira, deve-se ter em conta que os valores são uma dimensão da moral, da cultura e da história, estando assim presentes nas normas jurídicas. Contudo, a moral não pode ficar, *em sua essência*, solta no sistema jurídico, como ente quase-autônomo, investida com a roupagem de norma, pois em tal caso funciona como um vírus que tudo pode corromper, com seu “infinito incognoscível” (emprestando expressão de Miguel Reale) alcançando dos casos mais simples aos mais complexos, onde tudo passa a se resolver pela moral convenientemente tópica de quem aplica o “direito”.

Portanto, a racionalidade da compreensão humana e das garantias sistêmicas devem se sobressair, haja vista que a dimensão moral bruta *na essência* ao atuar no sistema jurídico leva a um estado de conflito perene no Direito, eis que

¹³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de...*, p. 89-98.

¹⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 46-47.

tudo pode passar a ser uma questão de a moral *de quem* pode mais *valer mais* no momento *mais conveniente*, sendo isto uma afronta aos mais básicos ideais de democracia e de justiça que uma Constituição pretende fomentar.

Pela exposição feita nesta pesquisa, a dimensão moral representada pelos valores só pode se manifestar no sistema jurídico de maneira racionalmente controlada, para que atrelada à própria norma jurídica, dê suas cores na *limitação compreensiva, conceitual e sistêmica* que a própria norma se vincule.

Portanto, a moral pura (*na* essência axiológica) é bruta e irracional (do ponto de vista coletivista num excesso de republicanismo), tendo potencial de destruição caótico de todo e qualquer valor racionalmente fomentado pelo Direito. Sendo que desta ideia, caracteriza-se a exposição interpretativa compreensiva-racional como possível.

Desse modo, passa-se no próximo tópico à análise de uma classificação normativa adequada que englobe os valores constitucionais postos na norma, a fim de que se caracterizar as possibilidades e os limites linguístico-funcionais de cada espécie normativa. Nesse caminhar, as primeiras limitações aos excessos da moral se apresentam nas próprias estruturas normativas.

2.1 A ADEQUADA CLASSIFICAÇÃO DAS ESPÉCIES NORMATIVAS

Após se enfrentar os primeiros traços dos limites da interação entre as normas e os valores no tópico anterior, cabe a partir de agora destacar a distinção entre princípios e regras dentro do sistema normativo a ser reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a sinalizar com a possibilidade de outras espécies normativas mistas ou diversas, a fim de se buscar uma adequada estruturação das espécies normativas.

Um princípio é uma estrutura normativa potencialmente aberta, de conceituação prospectiva e que atua com ampla *normatividade positiva* no sentido de potencialmente otimizar o sistema jurídico.

Regra, para este estudo, é a estrutura normativa potencialmente fechada, de conceituação imediatamente determinante de ordem, com sentido final de mais fácil

apreensão, com espaço de *normatividade positiva* estritamente determinado, todavia, com grande *normatividade negativa* (criando barreiras normativas a serem sempre protegidas ou superadas na interpretação).¹⁴¹

Com o decorrer do tempo surgiram vozes que buscaram contestar modelo de *positivismo metodológico* por meio de aberturas sistêmicas e da introdução de novos caracteres. Entre eles, Miguel Reale, por exemplo, demonstrou que o modelo *kelseniano* de subsunção do fato à norma não era receita certa para todos os casos, pois, em contrário a tal idéia, existem normas que se limitam em “*enunciar, de maneira objetiva e obrigatória, algo que deve ser feito ou constituído, sem que, nem sequer implicitamente, se pense em termos condicionais.*”¹⁴²

Nessa linha, Virgílio Afonso da Silva, filiado ao estilo argumentativo de Robert Alexy (baseado numa vertente da escola neofrankfurtiana e em suas preocupações linguísticas), lembra que “*o conceito de norma jurídica e a discussão sobre suas espécies são temas de infundáveis controvérsias e os juristas parecem ter uma grande dificuldade para chegar ao menos perto de algum denominador comum acerca do objeto de sua disciplina.*”¹⁴³

Dessa forma, a norma jurídica reflete o sistema de direito em que existe (e a norma é a norma do sistema jurídico brasileiro, com seus matizes e suas influências jurídico-filosóficas), desde logo, então, os princípios são *de* direito e não *do* direito, refletindo estes épocas históricas e os valores nestas consubstanciados. Nesse sentido, “*o direito pressuposto é a sede dos princípios*”, vez que assim é definido o sistema do direito em que estes atuam.¹⁴⁴

Logo, houve a percepção de que o modelo *normativista* não atende às demandas axio-sócio-econômicas que surgem na atuação cotidiana do Direito, sendo que sequer consegue descrever o fenômeno jurídico a mínimo contento, na prática constitucional a doutrina e o Judiciário voltam os olhos aos princípios jurídicos.

Neste quase-milagre operado pela necessidade de um renovado conceito de norma, pode-se observar a preocupação com a principiologia do Direito, que há

¹⁴¹ Esta análise leva em conta uma distinção forte entre princípios e regras, o que será esclarecido com o decorrer do texto.

¹⁴² REALE, Miguel. *Lições...*, p. 94.

¹⁴³ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Cidade do México: Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais, 2003. n.º 1.

¹⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 46-47.

muito vinha sendo reduzida à letra da lei infraconstitucional, mas que a partir da redemocratização e da promulgação da Constituição Federal de 1988 começou timidamente a revelar sua face (e o principal, a necessitar de teoria para ser compreendida e aplicada).

Assim, a doutrina brasileira adotou, seguindo exemplificativa concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello ¹⁴⁵, a idéia de que os princípios se fazem em normas núcleos, possuindo estas valor integrativo e interpretativo, tendo assim uma visível superioridade hierárquica frente às regras.

Contudo, o ideário de que os princípios são normas núcleo do sistema apresenta limitações na esfera da efetividade das normas frente aos desafios fáticos e jurídicos que se demonstram. Nesse sentido, Ronald Dworkin trouxe à tona a distinção entre princípios (*principles*), regras (*rules*) e políticas (*policies*) como uma forma de superação do que se denomina positivismo metodológico, em contraposição à Hart (normas primárias e normas secundárias). Alexy, inspirado em Dworkin, resumiu a distinção entre princípios e regras, distinção esta que, apesar das críticas, está em voga, até os dias atuais, no debate jurídico brasileiro.

Nesse talante, passa-se a analisar os conceitos de princípio, de política e de regra para Ronald Dworkin, eis que se trata de uma fase necessária ao presente estudo.

A importância da teoria desenvolvida por Ronald Dworkin é inestimável para o Direito, seja porque sua distinção inicial entre princípios e regras como espécies normativas representou novo modelo de classificação, seja porque com seu passo inicial Dworkin viabilizou um novo e fértil campo para uma nova atuação jurídica através dos princípios de direito.

Assim, Dworkin começa a fazer a diferenciação básica do que é princípio e do que é regra ao buscar fundamentos sociológicos de como dados regramentos (regras sociais) são respeitados, sem que ao menos tenham característica de lei ou

¹⁴⁵ “Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear do sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.” [BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 20.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 902-903].

precedente judicial (deve-se lembrar que o sistema jurídico descrito pelo autor trata-se da *common law*).¹⁴⁶

Desse modo, Dworkin critica a concepção adotada por Herbert Hart (discricionariedade conferida pela abertura da textura das normas primárias e pelas regras de competência distribuídas pelas normas secundárias¹⁴⁷), dizendo que existe um dever judicial de seguir os princípios jurídicos, devido à sua própria força gravitacional e não por serem um recorte arbitrário da moralidade pública (regras sociais)¹⁴⁸ – embora Dworkin tenha se inspirado na não histórica¹⁴⁹ Teoria da Justiça de John Rawls, baseada na alegoria do *véu da ignorância*. Logo, a doutrina do “poder discricionário” judicial – como será mais aprofundado no capítulo seguinte – é rejeitada cabalmente por Dworkin, vez que os princípios jurídicos são os verdadeiros conformadores do poder decisório dos juízes.

Sendo assim, tem-se que:

[...] as regras sociais distinguem o que está estabelecido por meio dos deveres, não simplesmente no sentido factual de que elas descrevem uma área de consenso, mas no sentido conceitual de que, quando tal consenso existe, é inegável que os membros [da] comunidade têm pelo menos os deveres de que ela adota, embora eles possam [...] recusar-se a honrar esses deveres.¹⁵⁰

Ainda sobre a regra social, afirma o autor que esta não leva a uma conexão direta entre a prática social e os juízos normativos, apresentando a prática social,

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 1.ª ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.76.

¹⁴⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. Op. cit. p. 164-165.

¹⁴⁸ “ A teoria da regra social deve ser atenuada para que se possa aplicá-la apenas aos casos de moralidade convencional. Nos casos de moralidade concorrente, como o da mentira, as condições para a prática descritas por Hart estão satisfeitas. Em geral, as pessoas não mentem: citam a ‘regra’ de que mentir é errado como uma justificativa de seu comportamento e condenam aqueles que mentem. De acordo com a teoria de Hart, uma regra social se constituiria a partir desse comportamento e um sociólogo estaria justificado em afirmar que a comunidade ‘tem uma regra’ contra mentir. Mas a alegação é feita pelos membros da comunidade, quando falam de um dever de não mentir, ficaria distorcida se supuséssemos que eles estão *invocando* aquela regra social, ou se supuséssemos que eles consideram a existência dessa regra como indispensável para sustentar sua alegação. Ao contrário, como este é um caso de moralidade concorrente, o fato é que eles não fazem nenhuma dessas duas coisas. Assim, a teoria da regra social deve ficar confinada à moralidade convencional.” [DWORKIN, Ronald. *Levando...*, 1.ª ed. p. 85-86.]

¹⁴⁹ Interpretações que não levam em conta a historicidade da evolução do homem encontram problemas contrafáticos em sua aplicabilidade.

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, 1.ª ed., p. 90.

em verdade, como um valor argumentativo. Assim, diz Dworkin que, “*na verdade, a prática social ajuda a ‘justificar’ uma regra que é expressa pelo juízo normativo*”.¹⁵¹

Partindo mais a frente na teorização de Dworkin, este nega a possibilidade da existência de um *teste fundamental* para apreensão dos princípios jurídicos, como propunham os positivistas que o combatiam (principalmente Herbert Hart).

Outrossim, sugere Dworkin que “*um princípio é um princípio de direito se figurar na mais bem fundada teoria do direito que possa servir como uma justificação das regras explícitas, tanto substantivas como institucionais, da jurisdição em questão.*”¹⁵²

A síntese da teoria de Dworkin repousa na distinção primária de regras, princípios e políticas.

Desse modo, política (*policie*) é o padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, visando à melhoria em aspectos político-sócio-econômicos da comunidade, no que pese determinados objetivos caracterizarem-se pela negatividade, pois buscam manter um *status quo* vigente.¹⁵³

Quanto ao princípio (*principle*), afirma o autor que este é “*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 e equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.*”¹⁵⁴

Assim, para Dworkin o Direito está naturalmente embaralhado com a moral, uma vez que os padrões morais influenciam a concepção que o aplicador das normas tem destas, agindo como uma constante moral na apreensão e na aplicação do direito.¹⁵⁵

No que toca as regras (*rules*), Dworkin as diferencia dos princípios pelo modo de aplicação já que estas são aplicáveis à maneira *tudo-ou-nada*. Assim, segundo o autor, quando presentes duas regras antagônicas a serem aplicadas na

¹⁵¹ Ibidem. p. 91.

¹⁵² Ibidem. p. 105.

¹⁵³ Ibidem. p. 36.

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ “ Assim, as diversas correntes da abordagem profissional da teoria do direito fracassaram pela mesma razão subjacente. Elas ignoram o fato crucial de que problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não estratégias ou fatos jurídicos. Enterraram esses problemas ao insistir na abordagem jurídica convencional. Mas, para ser bem-sucedida, a teoria do direito deve trazer à luz esses problemas e enfrentá-los como problemas de teoria moral.” [DWORKIN, Ronald. *Levando...* 3.ª ed., p. 12.]

mesma situação (não sendo confundidas com uma bivalência do tipo *regra + exceção*, em que não existiria conflito), uma vence e prevalece no sistema jurídico devido à sua validade, enquanto outra é invalidada, por conseguinte, deixando de ser aplicada.¹⁵⁶

Portanto, a diferença entre princípios e regras é de natureza lógica, uma vez que aqueles, mesmo quando se assemelham a estas, não apresentam conseqüências jurídicas automatizadas, como num modelo de subsunção.¹⁵⁷ Dessa forma, toda vez que for utilizado um princípio jurídico como fundamento de uma decisão, este *“enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular”*.¹⁵⁸

Além da distinção lógica entre princípios jurídicos e regras, vem à tona a singularidade maior dos princípios na teoria de Dworkin, o fato de que estes possuem uma dimensão de peso ou importância. Porquanto, isto se faz importante quando ocorre um intercruzamento de princípios, cabendo ao operador do Direito sopesar a potencial força exarada por cada norma.¹⁵⁹

Como ressalta Virgílio Afonso da Silva, quanto aos princípios, a indagação sobre a validade não é necessária, sequer útil, pois somente indaga-se o peso do princípio a ser aplicado. Destarte, o princípio afastado num determinado caso não deixa de ter validade no ordenamento jurídico, sendo que pode ter prevalência de aplicação em um caso diverso mediante a inversão a situação da dimensão de peso conforme as características fáticas apresentadas.¹⁶⁰

Por outro lado, Dworkin lembra que regras e princípios podem desempenhar funções muito parecidas, dado o fato de que, às vezes, as regras são interpretadas pelos juízes como se contivessem expressões¹⁶¹ que na verdade não existem no texto original. Dessa maneira, quando uma regra recebe a injeção interpretativa de uma expressão distinta ao seu texto, passa a funcionar quase como um princípio,

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, 1.ª ed., p. 36.

¹⁵⁷ *Ibidem*. p. 40.

¹⁵⁸ *Ibidem*. p. 41.

¹⁵⁹ *Ibidem*. p. 42.

¹⁶⁰ “importante é ter em mente que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico. Ele apenas não terá tido peso suficiente para ser decisivo naquele caso concreto. Em outros casos, porém, a situação pode inverter-se”. [AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Princípios...*]

¹⁶¹ Dworkin relaciona algumas expressões, como por exemplo: *“razoável”, “não razoável”, “injusto”, “negligente” e “significativo”*.

pois, a partir daí, depende de princípios e políticas que ultrapassam os limites da própria regra. Entretanto, embora a regra passe a assemelhar-se a um princípio, pois o próprio termo estranho empregado na regra restringe os princípios e políticas aplicáveis¹⁶², tal norma ainda possuirá as características básicas de uma regra.

Por fim, destaque-se que, em eventual conflito entre um princípio (“*principle*”) e uma política (“*policie*”), para Dworkin o *princípio* deve prevalecer, por ser baseado numa garantia fundamental, em relação à *política*, eis que esta representa a estruturação pragmática da ação estatal de um ponto de vista coletivo, ponto de vista coletivista que não pode suplantar as garantias fundamentais.

Assim, uma adequada teoria da interpretação a ser utilizada pelo Supremo Tribunal Federal deve levar em conta a distinção entre princípios, políticas e regras, a fim de que não existam equívocos interpretativos ao se tomar um tipo de norma como se fosse outro (interpretar a reserva legal como se fosse um princípio ponderável, por exemplo). Dessa forma, se demonstra a importância da distinção entre os tipos de normas feitas por Ronald Dworkin.

Por outro lado, numa tentativa de representar uma evolução à Dworkin, se apresentam os princípios otimizantes e as regras de subsunção de Robert Alexy, modelo que se passa a analisar a partir de agora.

Quanto a Alexy, este afirma – assim como Dworkin – que a distinção entre princípios e regras faz-se numa distinção de qualidade e não de grau hierárquico puro e simples. Dessa maneira, Alexy estabeleceu certas premissas básicas de tal idéia, contudo, inspirado na *Jurisprudência dos Valores* do Tribunal Constitucional Federal alemão, inovou, pois desenvolveu a concepção de que os princípios jurídicos são mandamentos de otimização do sistema jurídico em que atuam.¹⁶³

Para Robert Alexy as regras são comandos normativos que determinam que algo seja realizado na exata medida de sua previsão normativa, possuindo as regras um caráter definitivo em seu modelo de aplicação, uma vez que se aplicam por subsunção de sua previsão normativa ao fato.¹⁶⁴

¹⁶² DWORKIN, Ronald. *Levando...*, 1.ª ed., p. 45.

¹⁶³ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Princípios...*

¹⁶⁴ “Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice. [ALEXY, Robert. *Teoría de...*, p. 99.]

Segundo o autor, princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida que se consiga, adequando-se às realidades fática e jurídica presentes. É exatamente este o ponto de caracterização dos princípios como mandamentos de otimização do sistema. Todavia, destaque-se que muitas vezes ao se tentar realizar um princípio, outro princípio obsta a realização completa deste. Assim, afigura-se a teoria da colisão entre princípios, devendo estes ser sopesados, a fim de que seja encontrado o resultado ótimo da atuação sistemática de ambos os princípios.

Dessa forma, deve-se esclarecer que o conceito de princípio de Alexy engloba os conceitos de princípio e de política (“*policie*”) da teoria de Dworkin, o que traz uma característica essencial, e perigosa, de igualitarização de grau entre as garantias fundamentais e as políticas públicas coletivistas.

Nesse sentido, o *resultado ótimo* fica adstrito à variação fático-jurídica que se desenha na aplicação dos princípios. Assim, não é sempre que um princípio *P1* prevalece sobre o princípio *P2*, podendo ocorrer o inverso dependendo das condições (*C1* ou *C2*, por exemplo). Portanto, fica equacionada a teoria da colisão na seguinte proposição de Alexy: $(P1 \text{ P } P2) C1$ ou $(P2 \text{ P } P1) C2$.¹⁶⁵

Analisada a proposição de Alexy, chega-se à conclusão de que para ser encontrado o melhor resultado (*resultado ótimo*) na aplicação dos princípios como mandamentos de otimização do sistema, a limitação da amplitude final destes se impõe, pois os princípios expressam direitos e deveres *prima facie*, apresentando-se mais restringidos após o sopesamento.¹⁶⁶

Logo, na concepção de Alexy, a diferenciação entre regras e princípios fica evidenciada, pois das regras resultam direitos e deveres definidos. Nesse talante, uma regra é válida ou inválida dentro do sistema, podendo ainda ter sua aplicação afastada a título excepcional sem que seja declarada inválida (note-se a diferença para o sistema do *tudo-ou-nada* de Dworkin).

Esclarecendo-se que, quando uma regra é válida, esta deve ser aplicada em sua exata medida, ou seja, exatamente o prescrito, nem mais, nem menos, sendo

¹⁶⁵ Significa que o princípio *P1* prevalece sobre o princípio *P2* na condição *C1*, ou então, o princípio *P2* prevalece sobre o princípio *P1* quando averiguada a condição *C2*.

¹⁶⁶ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Princípios...*

um ato de subsunção. Diferente dos princípios, posto que estes têm alcance variável.

Contudo, apesar do intenso desenvolvimento das teorias de Dworkin e de Alexy, no Brasil pode-se notar a existência de críticas aos modelos estruturais apresentados até aqui, a primeira delas é notada no pensamento Humberto Ávila, o que se demonstra a seguir.

Humberto Ávila apresenta estruturação singular para caracterização e diferenciação de princípios e regras, seguindo seu intento, em grande parte de sua *Teoria dos Princípios* preocupou-se mais em tentar demonstrar as distorções teóricas de Dworkin e Alexy do que os acertos por eles apresentados.¹⁶⁷

Todavia, o autor diferencia a norma do dispositivo, dizendo que aquela é objeto da interpretação do operador do direito, enquanto o dispositivo normativo é portador apenas de significados intersubjetivos mínimos à compreensão gramatical.¹⁶⁸

O autor posiciona-se parcialmente contra a sistemática de Dworkin em que as regras são aplicadas numa perspectiva de *tudo-ou-nada*, bem como vai igualmente contra a idéia de que as regras são tidas como válidas ou inválidas dentro do sistema, pois, acredita que as regras podem ser objeto de ponderação assim como os princípios.¹⁶⁹

Por outro lado, Ávila afirma que os princípios, conforme o caso – assim como as regras –, podem ser objeto de uma aplicação no modelo *tudo-ou-nada*, logo, não devendo ser utilizados os métodos de ponderação normativa.¹⁷⁰

Ainda, apresenta o autor uma reavaliação na afirmação dominante de que desrespeitar um princípio é mais grave do que desrespeitar uma regra, afirmando que, numa apreensão primária, as regras devem ser preservadas em detrimento dos princípios, haja vista que aquelas têm maior vigor que estes, pois expressam valores de uma maneira mais veemente, corroborando o princípio da confiança no ordenamento, devendo-se utilizar as regras como vetores interpretativos dos

¹⁶⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5.ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 50.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 33.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 87.

¹⁷⁰ Ibidem. p. 44-51.

princípios, e não o contrário como afirmam Dworkin e Alexy.¹⁷¹ Nesse sentido, existe uma “*trincheira*” valorativa nas regras a ser superada pelos princípios em eventual ponderação.¹⁷²

Assim, Ávila apresenta o seguinte quadro esquemático das características das normas jurídicas ¹⁷³:

Tabela 1

	Princípios	Regras
Dever imediato	Promoção de um estado de coisas	Adoção da conduta descrita
Dever mediato	Adoção da conduta necessária	Manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores
Justificação	Correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas	Correspondência entre o conceito da norma e o conteúdo do fato
Pretensão de decidibilidade	Correspondência e parcialidade	Exclusividade e abarcância

Dessa forma, conclui Humberto Ávila que as regras caracterizam-se por serem imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas (devido à sua capacidade de remeter à intenção original do legislador, caracterizando-se por uma função hermenêutica de conceito mais fechado) e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, baseando-se constantemente na finalidade que lhe enseja suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente superiores, entre a construção conceitual da descrição normativa e a descrição conceitual fática.¹⁷⁴

Já os princípios, para o autor, são imediatamente finalísticos, primariamente prospectivos e com característica de complementaridade e de parcialidade, em que a aplicação exige uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser

¹⁷¹ Ibidem. p. 50.

¹⁷² Ibidem. p. 49.

¹⁷³ Ibidem. p. 78.

¹⁷⁴ Idem.

promovido e os efeitos decorrentes da conduta tida por necessária à sua promoção.¹⁷⁵

Por outro lado, partindo de marcos teóricos diversos, Marcelo Neves também apresenta críticas pertinentes aos modelos de Alexy e de Dworkin, apresentando uma busca pela contenção aos excessos da moralidade ventilados pelos princípios. Nesse sentido, passa-se à análise de seu pensamento.

Marcelo Neves parte de uma ideia de princípios deontologicamente¹⁷⁶ domados pelo sistema jurídico, eis que para o autor (que parte em linha crítica aos modelos dominantes de Dworkin e Alexy), que se baseia na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, os princípios somente existem como norma se respeitarem o quê deontológico de racionalidade sistêmica e estrutural da norma¹⁷⁷. Nessa linha, Marcelo Neves rejeita a identidade funcional entre valores e princípios proposta por Alexy.

Desse modo, o autor parte da premissa de que os princípios são menos abrangentes que os valores, o que leva um sistema deontológico que nem de longe alcança a amplitude do sistema axiológico. Destarte, o sistema deontológico dos princípios e regras é, para Marcelo Neves, o limite final da coercitividade dos valores.

Dessa maneira, Marcelo Neves não parte de uma teoria do discurso ou de uma teoria da argumentação, o que o deixa vinculado à teoria dos sistemas de Luhmann. Assim, o autor foca seu aporte teórico ao fechamento do sistema jurídico, deixando de explicar como fechar as aberturas linguísticas intra-sistêmicas, não se voltando para a hermenêutica e se referindo pouco acerca dos sistemas discursivos de atos de fala. Em verdade, Marcelo Neves expôs seu método, deixando de se focar em pontos importantes que enriqueceriam sua abordagem.

¹⁷⁵ Idem.

¹⁷⁶ “ Ao discutir-se a distinção entre princípios e regras, tanto no plano da teoria geral do direito quanto da dogmática constitucional, o debate dirige-se à caracterização de tipos normativos, inclusive para averiguar se ambas as categorias estão abrangidas pelo conceito de norma. Portanto, o primeiro passo é afastar a confusão entre texto normativo e norma.”

[NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. Tese defendida no concurso para professor titular do Departamento de Direito da Universidade de Brasília (UnB), 2010, p. 13.]

¹⁷⁷ “ Em um sentido mais abrangente, envolve, na terminologia de Friedrich Müller, a articulação tanto do ‘programa da norma’ (dados primariamente lingüísticos) quanto ao ‘âmbito da norma’ (dados primariamente reais) como componentes da estrutura da norma.” [Ibidem, p. 19.]

A visão que Marcelo Neves emprega em sua explicação do fenômeno se deve à busca do autor em justificar a sua teoria sistêmica, e não utilizar os paradigmas dos atos de fala e da argumentação jurídica. Daí o motivo porque não aborda as demais características dos princípios e regras.

Contudo, tem certa razão Neves ao falar que as *policies* se manifestam tanto nos princípios como nas regras, contudo percebe-se que as *policies* se manifestam mais fortemente nos princípios (ante o fato de que a abertura axiológica natural de tal espécie normativa propicia uma possibilidade maior de fundamentação das *policies*), pois para ser avaliada a presença de *policies* em regras¹⁷⁸, deve haver um número maior de regras (um macrogen normativo – um grupo relativamente coeso de regras que tem valoração num sentido relativamente definido¹⁷⁹) para caracterizar uma acepção finalística (*policies*) atingindo a macroestrutura de um princípio sem ser um princípio¹⁸⁰.

Destarte, os princípios têm uma função contingenciada (atuação subsidiária) no pensamento de Marcelo Neves, eis que quando duas regras de igual estatura colidem (normatividades positivas em choque) a questão somente é solvível pelo conflito e pelo resultado proporcional dos princípios que fundam as regras. Um dos exemplos citados pelo autor é o conflito entre a regra que determina a revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos (art. 37, X, da Constituição Federal) *versus* a regra que prevê o percentual mínimo do orçamento para a manutenção e o desenvolvimento do ensino (art. 212 da Constituição Federal)¹⁸¹, devendo neste caso serem ponderadas as regras (de normatividade imediata) por meio de princípios (de normatividade mediata) que atuam proporcionalmente conforme os limites jurídicos e fáticos de cada caso.

¹⁷⁸ “ Programas finalísticos ou *policies* entram no sistema jurídico mediante princípios ou regras. Por um lado, eles entram mediante as ‘normas constitucionais de princípio programático’, isto é, mediante princípios constitucionais finalísticos. Por outro, eles entram mediante regras jurídicas de ‘política pública’ e de planejamento, Ou seja, ao estabelecer metas a serem alcançadas por plano político-administrativo, o poder público frequentemente dá-lhe uma roupagem jurídica mediante regras. Assim, por exemplo, planos urbanos que visam a restauração de um bairro antigo podem ser regulados juridicamente, não cabendo falar em princípios nesse caso.” [Ibidem p. 44.]

¹⁷⁹ Segundo o entendimento da teoria dos princípios a ser aplicada.

¹⁸⁰ Ante as percepções deste trabalho.

¹⁸¹ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra...*, p. 86.

Marcelo Neves enfraquece os princípios, pois não aceita o fundamento direto nestes¹⁸². Nesse ponto, se parece com Kelsen na busca de uma completude do sistema que não é alcançada no nível das regras nunca, mas apenas no nível da conexão entre as membranas deontológica dos princípios e axiológica.¹⁸³

2.2 QUAL CONCEITO DE “PRINCÍPIO” INSTRUMENTALIZA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988?

Após a observação dos modelos que aqui foram expostos percebe-se que a conceituação de princípio que se faz – [1] estrutura normativa potencialmente aberta, [2] de conceituação prospectiva das razões profundas dos valores constitucionais e [3] que atua com ampla *normatividade positiva* no sentido de potencialmente otimizar o sistema jurídico – é uma possibilidade que todos os autores estudados acabam por aceitar por em maior ou menor grau. Nesse

¹⁸² “No plano do direito, isso significa que os valores que eventualmente norteiam o sistema jurídico só têm significado prático se são incorporados seletivamente a normas jurídicas, transformando-se a complexidade indeterminada (valorativa) em complexidade determinada (programada).

Alexy refere-se à sugestão de que sua distinção entre princípios e regras apresentaria ‘uma certa afinidade’ com a diferença entre programa e valores proposta por Luhmann. (Isso pode ter decorrido talvez do emprego do termo ‘regra’ por Luhmann, ao tratar dos programas.) Essa aproximação parece-me insustentável. Os valores no sentido de Luhmann não servem para justificar ações nem decisões. Programas do sistema jurídico são basicamente normas, incluindo tanto os princípios quanto as regras. As normas determinam uma relação condicional ‘se-então’. Nesse particular, é oportuna, embora parta de outros pressupostos teóricos, a afirmativa de que, ao contrário do valor, o princípio já compreende a bipartição, característica da proposição de direito, em previsão e consequência jurídica. Ao passo que os valores não dispõem da estrutura condicional da relação ‘se-então’, os princípios já se estruturaram condicionalmente. Mas cabe acrescentar que os valores não entram no sistema jurídico apenas por via dos princípios, senão também diretamente mediante regras, como já demonstramos acima com vários exemplos referentes a preceitos constitucionais e legais. A diferença na programação seletiva de conteúdos valorativos parece ser a seguinte: os princípios, que se estruturam tipicamente mediante uma relação mais elástica entre ‘se’ e ‘então’, ou seja, entre antecedentes e consequente, tendem a envolver uma postura mais flexível e aberta face à incorporação de valores; as regras, que se estruturam por uma conexão ‘se-então’ menos elásticas, tendem a implicar uma atitude mais estreita e menos aberta para com a incorporação de valores.” [NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra...*, p. 50-51.]

¹⁸³ [...] “os princípios não podem ser razões diretas de razões concretas, pois, inclusive no caso da ponderação, tem-se que definir uma regra de direito constitucional atribuído para a solução do caso. Portanto, os princípios são razões mediatas de decisões de questões jurídicas, pois entre eles e esta sempre haverá uma regra, seja ela atribuível diretamente a texto produzido pelo processo legislativo (inclusive constituinte reformador), seja ela atribuída (indiretamente) a um texto normativo mediante o órgão encarregado da concretização jurídica, isto é, mediante a construção jurisprudencial. Os princípios enquanto princípios, balizam regras existentes e servem à construção de regras atribuídas indiretamente à Constituição.” [Ibidem, p. 91-92.]

caminhar, percebe-se que a distinção entre princípios e políticas feita por Dworkin deve prosperar, para que os intentos coletivistas (políticas) não suplantem as garantias individuais (princípios). Ademais, as regras constitucionais apresentam caráter definitivo (como se verá no Capítulo 3) concreto, que garante a previsibilidade e segurança jurídica, que não é superado pela fluidez dos princípios e das políticas (como reconhecido por Humberto Ávila e por Marcelo Neves). Logo, a atuação dos princípios é mais definida e menos abrangente.

Assim, a partir de uma análise das teorias apresentadas conclui-se, nesse ponto, que o conceito de princípio que instrumentaliza a Constituição Federal de 1988 é o de *mandamentos de otimização* do sistema jurídico, filiando-se parcialmente a teoria de Robert Alexy (ante a distinção entre políticas e princípios, bem como frente o reconhecimento do caráter definitivo das regras), sem, contudo, permitir-se que a “otimização” possa varrer as garantias fundamentais e as regras constitucionais para fora do âmbito de validade e eficácia. Todavia, nem tudo o que a doutrina majoritária chama de “princípio” tem a estrutura normativa de princípio levada em conta nesta pesquisa (como será visto infra).

Contudo, é preciso se fazer ressalvas do ponto de vista teórico e de possibilidade de preservação da racionalidade e das garantias previstas na Constituição brasileira, a fim de que uma leitura equivocada da teoria não destrua a Constituição.

A partir da análise das teorias apresentadas chega-se ao seguinte questionamento. A um princípio na formulação Dworkin/Alexy caberia uma exceção? Bastaria a existência de uma regra contrária expressamente ao princípio (desde que respeitadas às cláusulas pétreas e os princípios constitucionais sensíveis), aí haveria uma reserva de não ponderação e uma reserva à aplicação do próprio princípio.

Desta forma, percebe-se que em filosofia do direito não existe certo e errado, não existe bem e mal, pois isto se vincula à percepção humana individualizada e socializada, o que há são estruturas pensadas para determinados fins e determinadas funções. Ou seja, são construções teóricas funcionalizadas pelo homem, para servirem ao desenvolvimento da humanidade.

Por vezes certos modelos teóricos são lançados à glória (e ao lugar comum) saindo-se vencedores por razões filosóficas, psicológicas, políticas ou acidentais.

Contudo, nada impede que tais modelos sejam sempre reavaliados e “relidos”, ou adequados (do ponto de vista funcional estrutural), para atender aos desígnios da realidade fática em que se encontra o ser humano.

O direito não é solução para todos os problemas do ser humano, ele é limitado por sua natureza deontológica, assim, por mais que exista uma ponte de ligação entre o *dever ser* axiológico e o *dever ser* deontológico, tal ligação é limitada em nome da segurança jurídica (que já é uma função pré-estabelecida), a fim de que o moralismo tópico não contamine a possibilidade de uma moral coletiva que não corrompa o sistema jurídico.

Assim, um retorno vertiginoso ao encontro “divino” entre os mundos deontológico e axiológico só seria possível mediante a morte da segurança jurídica como rito de sacrifício de passagem ao estágio dito “superior” em que haveria uma identidade perfeita entre valores e normas (princípios, como normas mais densificadas de valores e menos densificadas de comandos pré-programados).

Destarte, embora os princípios tenham densidade axiológica exacerbada em relação aos demais tipos de normas, eles tendem ser pós-programados (ou reprogramados) pelos intérprete/aplicador de acordo com o sistema normativo e a compreensão da norma.

Concorda-se em parte com Marcelo Neves, pois as garantias de execução do resultado da ponderação agem em outro nível:

“O processo de articulação entre os princípios e regras constitucionais inclui a prática da ponderação, mas essa ocorre no contexto de um processo social e jurídico complexo, que se dirige a assegurar paradoxalmente a consistência jurídica e a adequação social do direito, mas não serve para garantir, nem mesmo em perspectiva contrafactual, o resultado do ótimo que decorreria de um modelo fundado em uma escolha racional do sujeito (ideal) da ponderação.”¹⁸⁴

Logo, os princípios tidos como macropartículas do sistema normativo vazam através de sua jusfundamentalidade axiológica os anseios sociais, tidos estes como forças motrizes da atuação jurídica, vez que o direito é movimentado pelo fato jurídico, e antes disso pelo fato social. Logo, um modelo normativo como o adotado no presente trabalho para os princípios, as políticas e as regras, tem sua importância

¹⁸⁴ Ibidem, p. 91.

para a interpretação correta pelo Supremo Tribunal Federal da Constituição Federal de 1988.

Assim, na busca de uma coerência interpretativa que se pautar pela racionalidade, o Supremo Tribunal Federal ao interpretar os termos constitucionais deve se ater ao conceito de princípio¹⁸⁵ mais afinado com a realidade da própria Constituição, uma vez que a utilização de um conceito artificial de princípio (sem levar em conta as características linguísticas naturais do tipo de norma) acabaria por corromper a unidade sistêmica e axiológica da Constituição Federal, ao subverter valores expressos nos verdadeiros princípios a valores externos à própria realidade constitucional, ou ponderando normas imponderáveis (regras) como se fossem princípios. Portanto, o Supremo Tribunal Federal deve levar em conta em sua interpretação a realidade do que é um princípio para a Constituição Federal de 1988, e não qual é o conceito de princípio que o autor “X” utiliza no país estrangeiro “Y” para uma realidade “Z” diferente da realidade constitucional e social brasileira. Por isso o conceito de princípio que este estudo encontra na interação entre as propostas (Robert Alexy e Ronald Dworkin) e as críticas (Humberto Ávila e Marcelo Neves) acaba por buscar refletir o natural encaixe com as estruturas normativas da Constituição Federal de 1988.

Destarte, os princípios surgiram de uma necessidade de se realizar uma superação do *positivismo metodológico* (estrito) sem recair em uma fundamentação jusnaturalista¹⁸⁶, o que demanda muito esforço teórico.

Dessa forma, os modelos de normas utilizados pelo Supremo Tribunal Federal devem respeitar a realidade da prática constitucional e do sistema constitucional brasileiros, a fim de que por traz de um “princípio” alegado não esteja escondida uma finalidade imprevista na normatividade da Constituição Federal.

A abertura dos conceitos linguísticos dos princípios é uma das variáveis que influem na discricionariedade nos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal (como o julgamento da ADPF 130), sendo que a demonstração de suas possibilidades e de seus limites se faz em importante figura para que o órgão

¹⁸⁵ Estrutura normativa potencialmente aberta, de conceituação prospectiva das razões profundas dos valores constitucionais e que atua com ampla *normatividade positiva* no sentido de potencialmente otimizar o sistema jurídico.

¹⁸⁶ MARRAFON, Marco Aurélio. *O Caráter Complexo da Decisão em Matéria Constitucional: Discursos sobre a Verdade, Racionalização Hermenêutica e Fundação Ética na Práxis Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3.

julgador não ultrapasse os limites dos conceitos, a fim de que passe de preenchedor dos vácuos normativos a reformador dos limites linguísticos das normas fluidas.

Os princípios, ante a natureza da linguagem¹⁸⁷, têm como característica imediata a maior abertura em seus conceitos, possuindo estes uma multiplicidade de significado¹⁸⁸. Assim, para que haja a apreensão do que é a abertura linguística dos conceitos, inclusive de conceitos normativos, deve-se ter em mente que pela natureza da linguagem todo conceito, definitivamente todo conceito, possui algum tipo de abertura linguística, maior ou menor.

Dessa forma, o mito¹⁸⁹ da distinção entre estanques conceitos determinados e fluidos conceitos indeterminados pode ser desconstruído¹⁹⁰, uma vez que a linha divisória entre a determinação e a indeterminação dos conceitos é uma linha determinada [1] pela experiência do intérprete e [2] por aspectos psicológicos da mente consciente e da mente inconsciente do intérprete¹⁹¹. Assim, a experiência e os aspectos psicológicos do intérprete é que determinam qual o nível de abertura do

¹⁸⁷ “Nós habitamos no habitual. No interior desse habitual também se acha a linguagem, algo em que vivemos, moramos e nos sentimos em casa. A palavra não é nunca como um sinal que estabelecemos e que, depois de prestar o seu serviço, afastamos, como se já tivéssemos armazenada.” [GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica...*, p. 37.]

¹⁸⁸ “ A questão dos princípios e regras situa-se no plano da norma (do significado), entre os planos do texto normativo (significante) e do fato jurídico (referente). Contudo, evidentemente, os problemas relativos às disposições normativas e aos referentes factuais têm um papel fundamental em relação à ela. A esse respeito, cabe considerar o problema da ambiguidade (na conotação) e vagueza (na denotação) do texto normativo. A primeira significa que as disposições, em particular as constitucionais, não são unívocas, ou seja, ao menos *prima facie*, podem ser-lhes atribuídos mais de um significado. Isso significa a possibilidade de que mais de uma norma possa ser “extraída” de uma mesma disposição normativa ou, mais precisamente, atribuída a esta. Por sua vez, a vagueza refere-se à imprecisão em definir quais são os referentes da norma, ou seja, a indeterminação dos limites do âmbito dos fatos jurídicos e respectivos efeitos jurídicos que estão previstos na disposição normativa e, pois, na norma. Às vezes, superada a ambiguidade (determinou-se o significado da disposição normativa e, portanto, já se definiu a norma a aplicar), ainda assim surgem problemas de vagueza, tendo em vista a dificuldade de determinar quais os fatos que se enquadram na respectiva norma.” [NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra...* p. 17-18.]

¹⁸⁹ “A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade.” [GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4.ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 403.]

¹⁹⁰ “é preciso ver que as palavras podem ser mais e que elas nem sempre desempenham apenas uma função designativa.” [...] “a palavra sempre se lança para além da respectiva função conceitual que esgota o seu sentido em enunciados.” [GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica...*, p. 37.]

¹⁹¹ “Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.” [GADAMER, Hans-Georg. *Verdade...*, p. 402.]

conceito. Nessa linha, todo conceito é em parte determinado (preenchido pela experiência e pela intencionalidade do intérprete) e noutra parte indeterminado¹⁹² (proposital ou incidentalmente pelo *agente determinador originário* do conceito na norma).

Portanto, existem dois tipos de conceitos jurídicos indeterminados: [a] os *internos* (que demandam a especial delimitação das fronteiras de seu conceito); e [b] os *externos* (que possuem substância mínima de seu conceito marcada apenas por significantes¹⁹³ delimitadores, eis que precisam ser construídos argumentativamente).

Nesse caminhar, os conceitos *internos* e os *externos* são como forças linguísticas complementares na atuação do sistema normativo, uma vez que suas dinâmicas de compreensão e interpretação são diversas, o que demanda funcionalidades diversas como se verá a seguir.

A segurança dos conceitos jurídicos determinados é uma ilusão, pois se vê a parcela determinada do conceito, por vezes omitindo-se, a si (intérprete) ou aos outros (discurso exclusivamente retórico), a parcela indeterminada (ou determinável).

Desse modo, *conceito jurídico indeterminado interno* é de múltiplo sentido, devendo ser delimitado mediante critérios de correção semântica a partir de hermenêutica (conforme será comentado no próximo capítulo), sendo que *conceito jurídico indeterminado externo* é o conceito de sentido esvaziado (ausência de o *priori intersubjetivo*), devendo ser construído (mediante argumentação jurídica) e desconstruído (mediante aspectos críticos e históricos), para que a desconstrução seja a matriz da nova construção semântica, num eterno *devir* (Heráclito).

Assim, os conceitos indeterminados externos possuem uma característica que é a eterna tensão entre *forças de atração* (construtivismo da argumentação

¹⁹² “O mistério da linguagem é a sua abertura. Qualquer um é capaz de encontrar a palavra correta para situações nunca calculáveis e para instantes imprevisíveis.” [GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica...*, p. 37.]

¹⁹³ “ O aspecto mais freqüentemente ressaltado sobre a vinculação entre ambas as formas de discurso não consiste na coincidência estrutural esboçada, mas na necessidade de argumentos práticos gerais no discurso jurídico. As razões para isso já foram várias vezes destacadas e expostas resumidamente. Estabeleceu-se que a argumentação jurídica depende normalmente da argumentação prática geral e que, por isso, pode-se falar que a argumentação prática geral constitui o fundamento da argumentação jurídica.” [ALEXY, Robert. *Teoria da...*, p. 278.]

jurídica) e *forças repulsão* (desconstrutivismo da interpretação histórica crítica e experimentalista do sentido que fora construído).

Cabe à classificação dos conceitos jurídicos apresentar caracteres iniciais para que se possa trazer as teorias (hermenêutica e argumentação jurídica) para os campos onde melhor explicam o mundo. Da mesma forma que a Física Quântica melhor explica o mundo subatômico e as partículas (ou cordas, conforme a teoria), ou que a *Teoria da Relatividade* de Einstein (que aperfeiçoou o modelo de Newton) explica a gravidade e o movimento dos planetas, em suas áreas do conhecimento, é inegável que ambas as teorias se inter-relacionam (Física Quântica e Teoria da Relatividade) em determinados campos do conhecimento (e de incerteza) daquela ciência.¹⁹⁴ Do mesmo modo, ante a inspiração pedagógica citada na Física (que em nada vincula a presente apresentação), ocorre com a Hermenêutica e com a Argumentação. Separadas, Hermenêutica¹⁹⁵ e Argumentação, têm lugares cativos para a solução de determinadas questões. Contudo, em determinados “lugares” do conhecimento podem atuar em regime de cooperação e inter-relação, e o lugar para atuarem de forma conjunta e otimizada é nos conceitos jurídicos indeterminados.

Dessa forma, a Hermenêutica é *téchne* que serve para extrair substância fluida de conceito jurídico indeterminado interno, se caracterizando por buscar ser fiel à finalidade original do conceito¹⁹⁶. Já a argumentação jurídica é *phonésis* que busca colmatar os espaços vagos de conceito jurídico indeterminado externo.

Portanto, os conceitos presentes nos princípios, nas políticas e nas regras possuem certo grau de indeterminação.

Assim, há uma separação de meio de atribuição de sentido, eis que as regras (devido ao maior fechamento linguístico – existe pouca margem de construção do conteúdo da norma) são apreendidas pela hermenêutica, já os princípios e as políticas (devido à maior abertura linguística – havendo maior

¹⁹⁴ GREENE, Brian. *O Universo elegante: supercordas, dimensões ocultas e a busca da teoria definitiva*. 1.^a ed. Tradução: José Viegas Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 138-152.

¹⁹⁵ “é preciso compreender que, nesta quadra da história, o direito assume um caráter hermenêutico, tendo como consequência um efetivo crescimento no grau de deslocamento do pólo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), pela impossibilidade de o legislativo (a lei) poder antever todas as hipóteses de aplicação.” [STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 1.]

¹⁹⁶ “Não se pode, de modo algum, pressupor como dado geral, que o que nos é dito em um texto se encaixe sem rupturas nas próprias opiniões e expectativas. Pelo contrário, o que me é dito por alguém, em conversação, por carta, em um livro ou seja como for, encontra-se, de princípio, sob a pressuposição de que o que é exposto é sua opinião e não a minha, da qual eu tenho que tomar conhecimento, sem precisar compartilhá-la.” [GADAMER, Hans-Georg. *Verdade...*, p. 404.]

margem para a construção de seu conteúdo) são delineados pela argumentação jurídica.

2.3 OTIMIZAÇÃO POTENCIAL DOS PRINCÍPIOS E DAS POLÍTICAS PELA PROPORCIONALIDADE

A proporcionalidade (*máxima da proporcionalidade*¹⁹⁷) tem sido utilizada pelo Supremo Tribunal Federal como um método de aferição da constitucionalidade¹⁹⁸ das normas mediante a análise das possibilidades fáticas e jurídicas de aplicação.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal tem apresentado excessos na utilização do método, mascarando finalidades já escolhidas por meio de uma falsa racionalidade disfarçada de proporcionalidade.

Já é famoso o voto de Ministro Ricardo Lewandowski em que o magistrado “ponderou” os “princípios” da legalidade (imponderável por definição) e da moralidade administrativa (princípio setorial da administração pública que possui apenas *normatividade negativa* em se tratando de direito eleitoral) para julgar constitucional a Lei Complementar 135/2010 no Recurso Extraordinário 630.147¹⁹⁹. Ora, o Supremo Tribunal Federal abusou do que ele chamou de proporcionalidade, uma vez que o discurso foi de retórica (discurso retórico-constitucional) e não de racionalidade interpretativa (como será demonstrado infra no tópico específico que discute a proporcionalidade).

De fato percebe-se que a proporcionalidade é tida por muitos como um princípio em si mesma, emanando esta de toda a sistemática constitucional de direitos fundamentais²⁰⁰, sendo que para outros o “princípio” da proporcionalidade

¹⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de...*, p. 111.

¹⁹⁸ Não se entende que a proporcionalidade seja um princípio em si mesma, pois a caracterização da proporcionalidade como um princípio não se enquadra no modelo aqui estudado, eis que a proporcionalidade é método (ou *máxima*, como chama Alexy) de ponderação de princípios em conflito. Logo, a proporcionalidade não é ponderável com nada, mas, ao contrário, é o que trabalha na ponderação dos princípios.

¹⁹⁹ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 630.147, julgado em 29/09/2010.

²⁰⁰ Veja-se o que diz Paulo Bonavides: “a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo se atentando para a passagem da igualdade-identidade para a igualdade-

decorre do princípio de estado de direito, no entanto, não existe fundamento jurídico-positivo constitucional²⁰¹ que sirva de base à *proporcionalidade* no direito pátrio.²⁰²

Demais disso, a proporcionalidade serve precipuamente para solucionar conflitos entre princípios jurídicos que tutelam direitos fundamentais (bem como outros direitos), agindo no intento de fomentar²⁰³ todos os direitos fundamentais que possam vir a colidir.

Dessa forma, os direitos fundamentais, tidos como princípios jurídicos, têm que ser fomentados em sua máxima medida, tendo sua exata substância mensurada frente à proporcionalidade no caso concreto, pois os princípios representam mandados de otimização, ou seja, eles não contêm um mandado definitivo de aplicação²⁰⁴, vez que eles ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, manifestando-se *prima facie*.²⁰⁵

Nesse sentido, os princípios são comandos de otimização, significando assim, que estes “*devem ser realizados na melhor medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas existentes*”.²⁰⁶

proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito. [...] O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda a sua extensão e profundidade o §2.º do art. 5.º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição. Poder-se-á enfim dizer, a essa altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade.” [BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 396-397].

²⁰¹ Existe apenas previsão expressa no artigo 2.º da Lei 9.784/1999, lei esta que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal.

²⁰² AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O Proporcional e o Razoável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. n.º 798. p. 43.

²⁰³ Segundo Virgílio Afonso da Silva aqui reside um dos equívocos da proporcionalidade propalada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, pois este traduziu erroneamente (e assim vem aplicando em suas decisões no Supremo Tribunal Federal) o verbo da língua alemã *fördern* como se fosse *alcançar*, contudo o termo correto é *fomentar* [AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O...*, p. 36].

²⁰⁴ Diferentemente das regras que são aplicáveis num modelo de subsunção, assim nas palavras de Alexy: “*Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas ordene, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fáticas.*” [ALEXY, Robert. *Teoría de...*, p. 99].

²⁰⁵ *Ibidem*. p. 98-99.

²⁰⁶ GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 322.

Assim sendo, a máxima da proporcionalidade é o meio de ponderação de princípios jurídicos que busca a maior consecução de efetiva proteção do sistema de direitos fundamentais.

Quanto à definição de proporcionalidade como princípio, embora grande parte dos autores se prenda ao termo, não se faz correta, principalmente na doutrina de Robert Alexy, onde os princípios têm a característica de *mandados de otimização*, caracterizando-se por serem cumpridos em diferentes graus, e o mais importante, os princípios ordenam algo a ser realizado na maior medida possível²⁰⁷, dado o fato de que nenhum princípio tem precedência absoluta sobre o outro.²⁰⁸

Assim, a proporcionalidade proposta por Robert Alexy, a não ser por artifícios retóricos, não pode ser definida como um princípio jurídico, pois a proporcionalidade não é um fim em si mesma, ela não se basta, pelo contrário, necessita de pelo menos dois princípios em conflito para ser acionada.

Nessa linha, Humberto Ávila define a proporcionalidade como uma *meta-norma* ou um postulado normativo que serve de instrumento de ponderação e aplicação dos princípios jurídicos, não sendo um princípio²⁰⁹. Logo a proporcionalidade se caracteriza como um método.

Superadas as discussões preliminares, passa-se à análise dos elementos da proporcionalidade, que são a adequação, a necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Deve-se perceber que há uma distinção que deve ser feita, com auxílio de Ronald Dworkin no que tange a dois níveis de ação da proporcionalidade. Assim, há distinção entre a ponderação das garantias fundamentais e a ponderação no nível das políticas públicas (*policies*).

Desta feita, uma leitura baseada na interação²¹⁰ entre das teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin serve para que haja uma apreensão da sistemática²¹¹ constitucional brasileira, a fim de que as garantias fundamentais não sejam

²⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de...*, p. 87.

²⁰⁸ Ibidem, p. 96.

²⁰⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit., p.122.

²¹⁰ Aqui discorda-se de Virgílio Afonso da Silva, uma vez que o autor defende uma leitura pura da Teoria dos Direitos Fundamentais proposta por Alexy. Tal leitura de Virgílio Afonso da Silva todavia desconsidera as críticas de Humberto Ávila e Marcelo Neves expostas neste trabalho ao modelo ideal de Alexy.

²¹¹ MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 82.

sobrepujadas em nome de interesses estratificados coletivamente por maiorias eventuais.

Nesse sentido a adequação (primeira fase do procedimento da proporcionalidade) da medida tomada por meio da interpretação proporcional age através do *“meio cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objeto não seja completamente realizado”*.²¹²

Dessa forma, ao examinar a adequação, tem-se somente que indagar se a medida empregada promove, ou não, o princípio (direito fundamental) desejado.

Em suma, a restrição aos direitos fundamentais deve ser idônea para o atendimento de um fim constitucionalmente legítimo, consubstanciando um meio instrumental adequado para a obtenção desse fim.²¹³

Como ressalta Humberto Ávila, *“a comparação entre os meios que o [...] administrador terá de escolher nem sempre se mantém num mesmo nível (quantitativo, qualitativo ou probabilístico)”* como pode ocorrer ao comparar-se o meio mais forte ou mais fraco, o meio melhor ou pior, e o meio mais ou menos certo para a escolha da administração. Ademais, estas características podem convergir num único caso, tornando a aplicação da adequação ainda mais complexa.²¹⁴

Contudo, o mesmo autor pondera, afirmando que basta o intérprete escolher um fim que realize o direito protegido, podendo optar entre *o melhor*, *o mais intenso* e *o mais seguro meio* para atingir o fim, pois, a uma, nem sempre é fácil saber qual o meio realmente mais adequado a promover o fim desejado; a duas, deve haver respeito à certa margem de legitimidade democrática que é conferida ao julgador, existindo um mínimo impenetrável de liberdade de escolha²¹⁵, e a três, porque a

²¹² AFONSO DA SILVA, Virgílio. O..., p. 36.

²¹³ GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. Op. cit., p. 324.

²¹⁴ Veja-se como o seguinte exemplo de dificuldade de aplicação do método da proporcionalidade por meio da sub-regra da adequação: *“A escolha da Administração na compra de vacinas para combater uma epidemia pode envolver a comparação entre uma vacina que acaba com todos os sintomas da doença (superior em termos quantitativos), mas que não tem eficácia comprovada para a maioria da população (inferior em termos probabilísticos) e outra que, apesar de curar apenas os principais efeitos da doença (inferior em termos quantitativos), já teve sua eficácia comprovada em outras ocasiões (superior em termos probabilísticos).”* [ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit., p. 153].

²¹⁵ Aqui sem dúvida reside a discricionariedade judicial pura, haja vista que atua numa dimensão na maioria das vezes não alcançada sequer pelos princípios jurídicos, além do mais, pode se tratar de discricionariedade técnica.

exclusão precoce do meio fomentador do direito pode inviabilizar a aplicação da proporcionalidade.²¹⁶

Caso superado o elemento da *adequação*, passa-se ao segundo que é a *necessidade*.

A análise da necessidade (segunda fase da proporcionalidade) da medida a ser tomada é ponto crucial na teoria da proporcionalidade, pois no intuito de aplicar um princípio (proteção ao consumidor, por exemplo) não é dado tomar uma medida mais gravosa a um determinado princípio (livre iniciativa), restringindo-o demasiadamente, se pode ser tomada outra menos gravosa.

Diante disso, a medida tomada pelo intérprete ou pela norma deve ser realmente necessária, sob pena de ser desproporcional.

Assim, deve-se perguntar se existe uma medida igualmente eficaz de realização do princípio (P1) e menos gravosa não só a um dado princípio, mas ao sistema jurídico como um todo.²¹⁷

Nesse sentido, Humberto Ávila ressalta que “*na hipótese de normas gerais o meio necessário é aquele mais suave ou menos gravoso relativamente aos direitos fundamentais colaterais, para a média dos casos*”.²¹⁸

A *necessidade*, enquanto elemento da *máxima da proporcionalidade*, guarda certa semelhança com a noção de proibição de excesso defendida por Canotilho²¹⁹, contudo a proporcionalidade possui aplicação mais densa e garantística do ponto de vista da sistematicidade dos direitos fundamentais.

Seguindo o proposto, o aplicador do direito deve buscar dentre os meios *adequados*, aqueles que são mais aptos a conseguir o fim almejado, destarte, existem meios mais “*idôneos*”²²⁰ que outros para a efetivação do princípio prevalente na interpretação em detrimento de outro princípio.²²¹

Em vista disso, para o princípio promovido (P1) é irrelevante se a escolha do meio, desde que seu fim seja atingido, se bem que, para o princípio restringido (P2),

²¹⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit., p. 153-154.

²¹⁷ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O..., p. 38.

²¹⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit., p.159.

²¹⁹ GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. Op. cit., p. 337.

²²⁰ Ibidem. p. 340.

²²¹ Nas palavras de Alexy: “*el Estado fundamenta la prosecución del fin ‘F’ com el principio ‘P₁’ o ‘F’ es idéntico a ‘P₁’. Existen, por lo menos, dos medios, ‘M₁’ y ‘M₂’, que son igualmente adecuados para lograr o promover ‘F’.*” [ALEXY, Robert. *Teoría de...*, p. 113].

a interpretação tem de ser pela otimização ante as possibilidades fático-jurídicas.²²² Neste caminho, chega-se à conclusão que o princípio restringido (P2) pode ser realizado em uma maior medida se utilizado o meio *melhor* (M2) – vislumbrando-se sempre os critérios quantitativos, qualitativos e probabilísticos – em detrimento do meio *pior* (M1).²²³

Ocorrendo a situação supra descrita, só resta reconhecer pela vedação da utilização do meio *pior* (M2), tendo por evidente que é mais gravoso ao princípio restringido (P2).

Entretanto, se não for verificada diferença de resultado final na aplicação de todos meios *adequados* à realização do princípio prevalente (P1), restringindo o âmbito de atuação do princípio (P2) igualmente, resta superado o elemento *necessidade da máxima da proporcionalidade*, devendo-se passar ao postulado de ponderação propriamente dito, qual seja, a *proporcionalidade em sentido estrito*.²²⁴

A proporcionalidade em sentido estrito (terceira e última fase do procedimento da proporcionalidade) funciona no núcleo do sistema proporcional proposto por Robert Alexy, uma vez que somente caso vencidas as etapas da *adequação* e da *necessidade* pode-se chegar a este elemento (sub-regra para alguns).

Desta feita, sendo objetivo, a proporcionalidade em sentido estrito “*consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva*”.²²⁵

Em suma, a proporcionalidade em sentido estrito visa garantir o núcleo essencial do direito restringido, não podendo a restrição ultrapassar tal núcleo vital.

De sorte que, deve-se sempre perguntar se “*o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causado aos direitos fundamentais*”, ou se “*as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio*”.²²⁶

²²² Ibidem. p. 114.

²²³ Idem.

²²⁴ Idem.

²²⁵ AFONSO DA SILVA, Virgílio. O..., p. 40.

²²⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit., p.160.

Logo, a *proporcionalidade em sentido estrito* não serve sempre para limitar o princípio (P2) restringido o seu núcleo vital em favor do princípio prevalente (P1), mas tem que estabelecer a fronteira de atuação de ambos os princípios em determinada situação ou caso concreto (atente-se variedade de condições possíveis de existir na vida real: C1, C2, C3, C4, C5...).

Deste modo, a solução depende sempre de um sopesamento frente à concretude factual, variando de caso a caso em que os princípios colidem.²²⁷

Nesse ponto, não se faz necessário que a medida atinja o núcleo vital do direito fundamental para que seja desproporcional em sentido estrito, pois é suficiente que os motivos não possuam peso o bastante a fim de justificar a restrição ao direito fundamental atingido.²²⁸

Pelo que, na colisão principiológica, tida simultaneamente como uma colisão de valores²²⁹ (embora sejam valores enfraquecidos e enquadrados num sistema normativo, como explicado supra), tem-se que os meios *adequados e necessários* (M1 e M2), são igualmente válidos para a consecução de ambos os princípios em choque, o que move a *proporcionalidade em sentido estrito* para o final sopesamento entre bônus e ônus na aplicação última e conjunta dos princípios colidentes. Assim, pondera-se cada meio aplicável, com seus prós e contras, a fim de encontrar o meio menos gravoso na situação concreta.

Nesse sentido, é de sumária importância verificar que a proporcionalidade em sentido estrito não é uma operação matemática precisa, na qual são calculados o coeficiente de satisfação da finalidade buscada e o grau de intervenção no direito afetado.²³⁰ Por conseguinte, ao sopesar os direitos em conflito deve-se atentar para o “*grau de sustentabilidade*” do direito prevalente, qual seja, seu peso “*abstrato*” constitucional em relação ao direito restringido, pois os direitos de maior *sustentabilidade* são os que têm maior capacidade de contribuir para a

²²⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de...*, p. 112.

²²⁸ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O...*, p. 41.

²²⁹ Sobre isso Alexy diz que: “*Es fácil reconocer que los principios y los valores están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido: por una parte, de la misma manera que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse en una colisión de valores y de una ponderación de valores.*” [ALEXY, Robert. *Teoría de...*, p. 138].

²³⁰ GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. *Op. cit.*, p. 347.

implementação dos princípios constitucionais mais basilares (livre iniciativa, estado democrático, etc.)²³¹, que podem ser ponderados (reserva de ponderação).

Desse modo, a proporcionalidade se mostra como uma estrutura racional que leva à diminuição da discricionariedade, havendo assim possibilidade de maior coerência nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal em sede de ADPF e em outros procedimentos, pois a proporcionalidade retira do âmbito da esfera mental do julgador a escolha dos melhores fundamentos técnicos a fundarem qual princípio deve prevalecer sobre o outro, ou qual política ira se sobressair sobre outra política. Logo, com uma interpretação que inclua a proporcionalidade o Supremo Tribunal Federal terá maior lastro argumentativo a ser preenchido nos julgamentos, eis que o procedimento da proporcionalidade demanda uma real exposição de motivos de todas as possibilidades de realização fática e jurídica dos valores constitucionais contrapostos. Todavia, a proporcionalidade a ser utilizada pelo Supremo Tribunal Federal não pode ser meramente retórica, não pode ser invocada como uma palavra mágica (assim como fazem alguns com o “interesse público”), sob pena de não se tratar de proporcionalidade nos termos doutrinariamente propostos, mas sim de mais um artifício retórico a definir previamente o resultado do julgamento.

No próximo tópico passar-se-á a análise das espécies mistas de normas, a fim de se buscar uma limitação prévia à ponderação devido à estruturação linguística da referida classe normativa, o que traz a necessidade de percepção pelo Supremo Tribunal Federal de tal peculiaridade das normas a serem aplicadas. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal pode evitar confusões linguísticas na apreensão das espécies de normas que levam a equívocos de interpretação, como no caso da ADPF 130.

²³¹ Ibidem. p. 348-349.

2.4 ESPÉCIES NORMATIVAS MISTAS E LIMITES PRÉVIOS À PONDERAÇÃO

Muito tem se comentado acerca da possibilidade da existência de espécies normativas mistas entre os princípios e as regras, assim, alguma atenção merece ser direcionada para tal assunto.

Nesse caminho, Marcelo Neves parte de uma mistura das estruturas das regras e dos princípios perigosamente, o que traz um risco de não observância de um princípio com base uma regra²³². Contudo, em todos os exemplos dados por Marcelo Neves o conflito *regra-princípio* (em que a regra supera o princípio argumentativamente) na verdade é um conflito *princípio (regra)-princípio*, uma vez que junto à regra posta em prática existe um princípio *P1* a lhe dar repouso e normatividade positiva para que tenha força argumentativo-discursiva de enfrentamento perante o princípio *P2*.

Desta feita, Humberto Ávila e Marcelo Neves noticiaram terem encontrado regras que se comportam como princípios (ou seja, que podem ser ponderadas) e princípios que se comportam como regras (não podem ser ponderados). Contudo, grande parte de suas críticas foram acerca de normas que estão fora das estruturas das propostas iniciais de Robert Alexy e de Ronald Dworkin acerca dos conceitos de princípios (e de políticas, em Dworkin).

Dessa forma, existem normas na Constituição Federal, que a doutrina chama de “princípios”, que são imponderáveis, sendo que tal confusão deve ficar esclarecida. Assim, nem tudo que a doutrina brasileira chama de “princípio” é um princípio interpretativo otimizador que suporta a proposta da teoria de Robert Alexy. Tal observação não é de difícil constatação, contudo é necessária para a estruturação do sistema jurídico brasileiro em suas bases mínimas, a fim de que o intérprete julgador (mormente o Supremo Tribunal Federal) não se utilize equivocadamente da teoria da proporcionalidade de Robert Alexy.

É muito comum regras (no sentido de Alexy) receberem, com pompa e circunstância, o nome de princípios pela doutrina para que ganhem conotação de maior relevância. Assim, por exemplo, tem-se o seguinte:

²³² NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra...*, p. 89.

Segurança (art. 5, *caput*, da Constituição Federal) enquanto norma que busca uma política pública de proteção às pessoas em geral e à vida das mesmas se comporta como um princípio (ponderável), que tem sua efetividade vinculada à realidade fática e jurídica.

Diverso é o conceito de *Segurança Jurídica* (art. 5, *caput*, da Constituição Federal) como norma que busca a estabilização das relações jurídicas para que o homem tenha tranqüilidade de sua vida garantida pelo e no Estado, sem que existam maiores surpresas, assim funciona como uma regra (imponderável) fundamental (não tangível pelos demais princípios). A segurança jurídica é atingível, por completo, apenas no plano da interpretação jurídica, assim quanto mais aberta a interpretação, menos segurança jurídica se tem, quanto mais fechada a interpretação, mais segurança jurídica se possui. Logo, a *Segurança Jurídica* também pode ser qualificada como um sentimento de funcionamento correto das instituições democráticas (inclusive do Supremo Tribunal Federal, eis que é o aplicador último do direito), advindo de um estado de Democrático de Direito.

Já a reserva legal e a legalidade (art. 5, inciso II, da Constituição Federal) – e suas normas decorrentes legalidade administrativa (art. 37, *caput*, da Constituição Federal) e legalidade tributária (art. 150, inciso I, da Constituição Federal) –, apesar de serem chamadas de princípios pela doutrina e pela jurisprudência, não podem ser objeto de ponderação mediante o ataque de normatividade positiva de outros princípios (exceto nos casos de estado de sítio, de defesa e de guerra, conforme prevê a Constituição Federal), pois do contrário essa garantia jurídica aos cidadãos seria relativizada, o que levaria a um super poder dos órgãos estatais, e principalmente do Judiciário. O que existe é a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade da lei, que é diferente da simples ponderação para que seja aberta cláusula de exceção à reserva legal por meio da proporcionalidade. Tudo isso parece simples, contudo no julgamento da constitucionalidade da aplicação da Lei Complementar 135/2010²³³ para as eleições de 2010 o Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto arbitrariamente utilizou a ponderação (proporcionalidade), citando Alexy, para afastar a legalidade em nome da moralidade administrativa.

²³³ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 630.147, julgado em 29/09/2010.

Ademais, percebe-se normas de aplicação binária que não admitem ponderação, como o princípio da moralidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), uma vez que não existe conduta “meio imoral” do administrador público, pois a conduta é moral e está correta ou é imoral e está incorreta.

Por fim, o que se observa é a existência de *princípio-regra*, tipo de texto normativo que, em verdade, abriga duas normas de diferentes espécies que atuam em âmbito conjunto e interdependente. Como exemplo tem-se as normas provenientes do art. 5.º, inciso XIII, da Constituição Federal que prevê o princípio de que “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão*”, desde que respeitada a regra interdependente “*atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”. Portanto, a estrutura normativa princípio-regra é na verdade um modelo binário de um princípio e de uma regra, cada qual com as suas características lingüísticas e que demandam modelos interpretativos próprios.

Desta forma, a doutrina chama de princípios normas que possuem abertura conceitual, mas que não admitem a ponderação, pois devido [1] à estrutura normativa tem aplicação binária (moralidade administrativa, anualidade orçamentária e legalidade, por exemplo), [2] à caracterização como métodos constitucionais de interpretação do direito (isonomia, razoabilidade e proporcionalidade) e/ou [3] ao atingimento de seus objetivos apenas após a aplicação final das demais normas (segurança jurídica, eficiência administrativa, liberdade, dignidade da pessoa humana, interesse público) por terem normatividade negativa que age residualmente na interpretação das normas.

Portanto, a adequada classificação das espécies normativas e a distinção entre texto e norma (a fim de que não se pense que um determinado dispositivo é um princípio ou é uma regra, por exemplo, quando na verdade do dispositivo se extraem uma regra e um princípio, como no caso do livre exercício profissional) servem para que as funcionalidades de cada tipo de norma sejam adequadamente enquadradas na interpretação do Supremo Tribunal Federal, a fim de que a margem de criação na interpretação jurídica não seja ampliada por meio da equivocada atribuição de uma funcionalidade de princípio (ponderação) a uma regra, por exemplo. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal ao interpretar a Constituição Federal não pode se desvirtuar da natureza de cada tipo de norma, pois uma regra, um princípio e/ou uma política podem estar presentes num mesmo dispositivo

normativo, devendo haver a distinção entre a capa (dispositivo constitucional) e o conteúdo (norma constitucional), vez que assim se realiza uma classificação normativa clara, o que fomenta a maior previsibilidade dos julgamentos e o maior rigor científico (algo bem distinto do que aconteceu no julgamento da ADPF 130, por exemplo).

3 UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL POSSÍVEL PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 DISCRICIONARIEDADE OU VINCULAÇÃO PELA INTERPRETAÇÃO: AS DUAS FACES DO MESMO FENÔMENO

A discricionariedade judicial tem sido um fenômeno que causa enormes discussões na filosofia jurídica, sendo que o papel do julgador tem sido discutido por meio de intensos debates filosóficos, políticos e ideológicos.

Assim, no foco dado ao presente estudo, a discricionariedade judicial surge como um fecho ao sistema de interpretação jurídica utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, eis que no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 1, por exemplo, o Min. Neri da Silveira afirmou em seu voto que cabe abertamente ao Supremo Tribunal Federal dizer o que é e o que não é “preceito fundamental” (*conceito jurídico indeterminado externo* do art. 102, §1º, da Constituição Federal).²³⁴ Logo, fica caracterizado que, conforme o exemplo citado, o Supremo Tribunal Federal entende que a Constituição Federal atribuiu margem discricionária (ou, mais comedidamente, margem de fechamento interpretação) para que a Corte estabeleça o que é e o que não “preceito fundamental” a fim de se realizar o exame de admissibilidade de ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Ora, sob certos aspectos tem razão o Supremo Tribunal Federal, eis que no exemplo do conceito de “preceito fundamental” delineado pela Constituição Federal há uma abertura conceitual, uma vez que “preceito fundamental” é conceito jurídico indeterminado externo, o que demanda fechamento do alcance de seu conceito

²³⁴ “Guarda da Constituição e seu intérprete último, ao Supremo Tribunal Federal compete o juízo acerca do que há de se compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental, cujo desrespeito pode ensejar a arguição regulada na Lei nº 9.882, de 3.12.1999.” [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Controle de constitucionalidade sobre veto do Poder Executivo a Projeto de Lei aprovado. ADPF 1, Relator: Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 03 de novembro de 2000. Disponível em www.stf.jus.br].

apenas na interpretação final. Este é um exemplo claro de que existem espaços abertos para as discussões como a travada aqui.

De um ponto de vista do conceito de “preceito fundamental” tomado como objeto de análise, é possível perceber pontos de interação entre a teoria da vinculação às normas abertas semanticamente (princípios e políticas)²³⁵ – que busca uma completude racional ao sistema²³⁶ mediante o fechamento estrutural pelas

²³⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 271-275.

²³⁶ “ A system of norms that neither explicitly nor implicitly lays claim to correctness is not a legal system and therefore cannot be legally valid. This has a few practical consequences, for actually existing legal systems regularly lay claim to correctness, however feebly justified the claim may be.

Practically speaking, significant problems first turn up where the claim to correctness is indeed made, but remains unsatisfied to such a degree that the system of norms is classified an unjust or a lawless system (*Unrechtssystem*). The issue then is the application of the arguments from injustice to a system of norms as a whole. It appears on first glance that a usable formula might correspond to the one used in resolving the collision between legal and social validity, that is, to say here that a system of norms forfeits its legal validity if it is by and large unjust in the extreme. The discussion of the extension and the collapse theses has shown, however, that this solution is out of the question. Application of the argument from injustice is limited to individual norms. Only when, owing to the argument from injustice, legal character is denied to so many individual norms that there is no longer a minimum complement of norms, the minimum necessary for the existence of the legal system. That is not, however, a consequence of applying the argument from injustice to the legal system as a whole, but a consequence of the consequences of applying the argument from injustice to individual norms. As for legal systems, there asymmetry between the relation of legal and social validity and the relation of legal and moral validity in that the legal validity of a legal system as a whole depends more on social validity than on moral validity. A legal system that is not by and large socially efficacious collapses as a legal system. By contrast, a legal system may continue to exist as a legal system although it is by and large not morally justifiable. It collapses only when legal character and thereby legal validity is denied to so many individual norms because of extreme injustice that there is no longer a minimum complement of norms, the minimum necessary for the existence of a legal system.

An adequate concept of law turns on the relation of three elements to one another – authoritative issuance, social efficacy, and correctness of content. It is now clear that authoritative issuance must be joined by social efficacy and correctness of content not in a general, equally weighted relation but, rather, in an ordered, hierarchical relation.”

Tradução livre:

“ Um sistema de normas que nem explicitamente nem implicitamente reivindica correção não é um sistema legal e, portanto, não pode ser legalmente válido. Isto tem algumas consequências práticas, pois realmente existem sistemas jurídicos que regularmente reivindicam correção, no entanto tal correção pode ser debilmente justificada.

Em termos práticos, problemas significativos aparecem pela primeira vez onde a reivindicação de correção é realmente feita, mas esta continua insatisfeita com tal grau de correção, a tal ponto que o sistema normativo é classificado como injusto ou não jurídico (*Unrechtssystem*). A questão, então, é a aplicação dos argumentos da injustiça de um sistema de normas como um todo. Parece à primeira vista que uma fórmula útil pode corresponder ao utilizado na resolução da colisão entre validade jurídica e social, isto é, dizer aqui que um sistema de normas perde a sua validade legal se for injusto ao extremo. A discussão da extensão e das teses do colapso tem mostrado, no entanto, que esta solução está fora de questão. A aplicação do argumento da injustiça é limitada a normas individuais. Somente quando, devido ao argumento da injustiça, o caráter legal é negado a tantas normas individuais que acaba não existindo mais um complemento mínimo de normas, o mínimo necessário para a existência do sistema legal. Essa não é, contudo, uma consequência da aplicação do argumento da injustiça para com o sistema jurídico como um todo, mas uma consequência das consequências da aplicação do argumento da injustiça às normas individuais. Enquanto para os sistemas jurídicos, há assimetria entre a relação de validade

normas de sentido aberto – e a teoria positivista clássica (mais ligada ao positivismo metodológico, que busca a completude²³⁷, porém que reconhece as “falsas lacunas”²³⁸), pois ambas buscam a completude do sistema, completude esta pautada no ideário de que o sistema jurídico a tudo alcança por meio de seus conceitos jurídicos indeterminados.

Tem-se ciência da discórdia basal entre as teorias positivistas²³⁹ e as teorias denominadas pós-positivistas²⁴⁰ na função do juiz, eis que o juiz do positivismo metodológico é o juiz quase “boca da lei”, que é um autômato cumpridor de ordens do Legislativo. Já o juiz do pós-positivismo é ativo, possui voz, tem coragem e tem função de intérprete avantajado frente aos princípios²⁴¹ e às políticas²⁴² de estruturação elástica e às reentrâncias da moral no ordenamento jurídico²⁴³. Tudo isso é verdade, mas apenas parcela da verdade, como será demonstrado.

O que se percebe é que o positivismo metodológico²⁴⁴ não aceita a maior liberdade do juiz na interpretação, a reconhecendo como uma liberdade baseada na equidade nos casos extremos (vácuos normativos, conceitos jurídicos

jurídica e social, a relação de validade jurídica e moral em que a validade de um sistema legal como um todo depende mais da validade social do que a própria validade moral. Um sistema legal que não é em grande parte socialmente eficaz colapsa como um sistema legal. Por outro lado, um sistema legal pode continuar a ser um sistema de direito, embora de um modo geral não seja moralmente justificável. Ele colapsa apenas quando o caráter legal e, assim, a validade jurídica são negados a tantas normas individuais por causa da injustiça extrema que não há mais um complemento mínimo de normas, o mínimo necessário para a existência de um sistema jurídico.

Um conceito adequado de direito gira em torno da relação de três elementos entre si – emissão de autoridade, eficácia social e correção do conteúdo. Está claro agora que a emissão de autoridade deve ser acompanhada por eficácia social e correção de conteúdo, não numa relação geral igualmente ponderada, mas sim numa relação ordenada de forma hierárquica.” [ALEXY, Robert. *The Argument From Injustice: a reply to legal positivism*. Traduzido por Stanley L. Paulson e Bonnie Litschewski Paulson. Nova York: Oxford University Press, 2002, p. 92-93.]

²³⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: versão condensada pelo próprio autor*. 2.^a ed. rev. Tradução de José Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 120.

²³⁸ “ A outra restrição implicada na fórmula que usa a ficção das ‘lacunas di Direito’ tem antes um efeito psicológico que jurídico. Se o juiz está autorizado a atuar como legislador apenas sob a condição de existir uma ‘lacuna’ no Direito, isto é, sob a condição de o Direito ser logicamente inaplicável ao caso concreto, fica oculta a verdadeira natureza da condição, que é a aplicação do Direito – apesar de logicamente possível – parecer injusta ou iníqua ao juiz.” [KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3.^a ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 215.]

²³⁹ Kelsen e Hart, no estudo aqui desenvolvido.

²⁴⁰ Dworkin e Alexy, aqui tratados com mais ênfase.

²⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria de...*, p. 86.

²⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando...*, p. 129.

²⁴³ FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009, p. 80-81.

²⁴⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. Op. cit. p. 49.

indeterminados, etc.)²⁴⁵, vindo daí o reconhecimento da discricionariedade judicial. Já a teoria do fechamento da discricionariedade (ou da não discricionariedade) pelos princípios (Alexy e Dworkin, são os mais estudados) e pelas políticas (Dworkin)²⁴⁶ busca por uma amarra final à discricionariedade judicial. Portanto, o ideário de autores como Robert Alexy e Ronald Dworkin é a “não discricionariedade” judicial.

Contudo, pergunta-se, quando o julgador se utiliza de princípios ou de políticas para buscar o fechamento final de casos em que se apresenta a aplicação de normas fluidas ou para a solução de irremediavelmente “casos difíceis”²⁴⁷ não está ele a recorrer a padrões morais próprios para colmatar as falhas linguísticas da proposição legislativa? Esta é a temática que aqui se buscará responder.

A discricionariedade tem dois caminhos como matizes fundamentais da crença que o intérprete a deve possuir ou a deve ignorar, e que vão repercutir em todo o sistema de direito constitucional.

O primeiro caminho é o de que o mundo pode ser explicado por um cálculo fundamental, por um procedimento e pela razão. Tal escolha parece razoável, porém esbarra nos meandros tortuosos da realidade cultural e política, sendo que a “pedra filosofal” da interpretação baseada na apreensão da realidade por supernormas acrescidas de moral acaba por ser um distante sonho²⁴⁸ de por fim aos excessos cometidos pelo intérprete acabando com a discricionariedade.

O segundo caminho é o que visa explicar a discricionariedade como o “Santo Graal” de um poder político-jurídico do julgador para a colmatação dos vácuos normativos (ou pseudovácuos, como prefere chamar Kelsen²⁴⁹). Entretanto, tal

²⁴⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. Op. cit. p. 165.

²⁴⁶ Informe-se o leitor que este autor conhece as diferenças estruturais e semânticas de políticas e princípios.

²⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, p. 127-128.

²⁴⁸ “Movimientos como el realismo jurídico o los *Critical Legal Studies* cuestionam un presupuesto preteórico importante del debate. A saber: que existan efectivamente sistemas jurídicos capaces de guiar las decisiones de los jueces. También explicaría ciertas perplejidades que provoca la presencia en el debate de auténticos escépticos en materia moral.” [FIGUEROA, Alfonso García. Op. cit. p. 173.]

²⁴⁹ “Normalmente, as cortes são obrigada por normas gerais que determinam o seu procedimento assim como o conteúdo das suas decisões. Contudo, é possível que o legislador se satisfaça com a instituição de tribunais, e que estes tribunais sejam autorizados pela ordem jurídica a decidir concretos de acordo com o seu próprio arbítrio. Esse é o princípio segundo o qual os ‘juízes reais’, no Estado Ideal de Platão, exercem o seu poder quase ilimitado. Mesmo nesse caso, porém, os tribunais não apenas órgãos criadores do Direito, mas também aplicadores do Direito.” [KELSEN, Hans. *Teoria do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 3.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 209.]

caminho é acertado apenas em parte, pois mesmo conceitos fluidos demandam uma vinculação ao conceito originário e aos seus limites.

Na verdade, as leituras positivistas clássicas (Kelsen e Hart) partem de um desvencilhamento da influência psicológica do juiz, para se abrir um espaço legítimo e residual de competência legiferante ao intérprete julgador.²⁵⁰

O que se percebe é que deve existir um caminho do meio, uma alternativa que não peque pelo deslumbre ao poderio de criação de direito novo (ou de “reinterpretação” dos precedentes) e que não caia no abismo da busca pela racionalidade fundamental de um procedimento interpretativo que engesse o sistema normativo de tal forma que não reste outra saída à total fuga dos conceitos normativos propostos.

A discricionariedade (ou a sua não aceitação) é filha do dogma de que o sistema normativo a tudo alcança, seja por meio das pseudolacunas de Kelsen²⁵¹ em sua fase doutrinária estadunidense, seja por meio dos princípios jurídicos e das políticas ao estilo de Dworkin, seja por meio dos superlativos princípios de Alexy, no fundo todos buscam dizer que de alguma forma que o sistema se completa nele mesmo (o que leva a uma espécie autopoiese em maior ou menor grau admitida, ainda que por meio de reentrâncias da moral e de padrões éticos normativamente qualificados²⁵²). Mesmo Alexy, quando vincula funcionalmente o conceito de princípio ao conceito de valor²⁵³ fecha o sistema em si mesmo ao tornar os valores ínsitos nos princípios as únicas fontes de realimentação moral do sistema, fontes que já passam a ser o próprio sistema. Dworkin, por sua vez, ao vincular seus conceitos de princípio e de política ao desenvolvimento da história²⁵⁴ do direito e da sociedade cria uma autopoiese para o momento do recorte temporal, uma autopoiese num sistema norma/precedente/valor na história (a história, neste caso, é

²⁵⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. Op. cit. p. 162.

²⁵¹ “A teoria das lacunas no Direito, na verdade, é uma ficção, já que é sempre logicamente possível, apesar de ocasionalmente inadequado, aplicar a ordem jurídica existente no momento da decisão judicial. Mas o sancionamento dessa teoria fictícia pelo legislador tem o efeito desejado de restringir consideravelmente a autorização que o juiz tem de atuar como legislador, ou seja, de emitir uma norma individual com força retroativa nos casos em consideração.” [KELSEN, Hans. *Teoria do...*, p. 215.]

²⁵² NEVES, Marcelo de Almeida Pinto. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 81.

²⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria de...*, p. 138.

²⁵⁴ “Todos entramos na história de uma prática interpretativa em um determinado momento; nesse momento, o necessário acordo pré-interpretativo é contingente e local.” [DWORKIN, Ronald. *O Império...*, p. 113.]

a fotografia do tempo passado num “agora” irrefutável pelo intérprete). A diferença reside no fato de que os positivistas clássicos (Kelsen é o exemplo mais claro²⁵⁵) imaginam que a solução para as pseudolacunas está dentro do próprio sistema, sendo que para os pós-positivistas (grupo onde podemos colocar diferentes correntes do pensamento jusfilosófico atual) há uma retroalimentação da força normativa pela moralidade social. Sabe-se da diferença entre as teorias de Alexy e Dworkin, todavia neste ponto há uma convergência na matéria de fundo entre os autores citados.

Assim, a discricionariedade existe, ou não existe, tudo depende do ponto de vista de quem vê e sente o fenômeno jurídico²⁵⁶, de um lado o sistema basta por si e a discricionariedade agiria dentro dos limites do sistema, de outro lado não há vácuo, o direito é colmatado, é preenchido em seus mais singelos flancos pela substância moral de uma sociedade estratificada. Em suma, são duas faces de uma mesma moeda, pois as teorias pós-positivistas limitam a moral social que colmata o sistema normativo aos limites teleológicos de cada dispositivo interpretado e aos lindes sistêmicos em si próprios, e as teorias pós-positivistas buscam limitar o alcance do próprio sistema pela abertura das normas a um senso equidade e justiça sistêmica do intérprete. Ora o intérprete, mesmo sendo um positivista, agrega a

²⁵⁵ “ O legislador, ou seja, o órgão autorizado pela constituição a criar as normas gerais, percebe que a possibilidade de que as normas que decreta podem, em alguns casos, levar resultados injustos ou iníquos, uma vez que o legislador não condição de prever todos os casos concretos que pode vir a ocorrer. Ele, portanto, autoriza o órgão aplicador do Direito, não a aplicar as normas gerais criadas pelo legislador, mas a criar uma norma nova, no caso da aplicação das normas gerais criadas pelo legislador ter um resultado insatisfatório. A dificuldade é que é impossível determinar de antemão os casos em que o juiz atue como legislador. Se o legislador pudesse conhecer esses casos, ele poderia formular tais normas de um modo que tornasse supérflua a autorização para que o juiz atuasse como legislador. A fórmula ‘o juiz está autorizado a atuar como legislador se aplicação das normas gerais existentes lhe parecer injusta ou iníqua’ dá muita liberdade ao arbítrio do juiz, já que este poderia julgar a aplicação da norma criada pelo legislador inadequada em muitos casos. Tal fórmula significa a abdicação do legislador em favor do juiz. Esse é o motivo (provavelmente inconsciente) pelo qual o legislador usa a ficção das ‘lacunas do Direito’, ou seja, a ficção de que o Direito válido pode ser logicamente inaplicável a um caso concreto.” [KELSEN, Hans. *Teoria do...*, p. 214.]

²⁵⁶ “ Todavia, quando avançamos com algum argumento em nome da Constituição, os desafios enfrentados ou passíveis de ser enfrentados devem ser mais bem definidos do que o desafio proposto por Dworkin. A partir do momento em que se adota uma perspectiva tão aberta quanto a de Dworkin, a linha entre o que se pensa que a Constituição *diz* e aquilo que se *gostaria* que ela dissesse, torna-se tão tênue que é extraordinariamente difícil mantê-la. Como manter essa linha considerando a ambigüidade do texto da Constituição, a plasticidade de seus termos, o aspecto indeterminado de sua história, e a capacidade que a linguagem da Constituição tem para fazer com que um enorme barulho possa *soar* como argumento para simplesmente nada? O que significa dizer que a Constituição impõe sérias pressões sobre as possibilidades de opção? Como, em outras palavras, manter a afirmativa que ler a Constituição é diferente de escrever uma?” [TRIBE, Laurence; e DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução de Amarilis de Souza Birchal. Belo Horizonte, 2007, p. 16.]

moral social estratificada ao senso de equidade e justiça para realizar seu ato final de interpretação²⁵⁷, por isso as preocupações no que toca à discricionariedade são convergentes. Pelo até aqui demonstrado, fica cada vez mais claro que existem pontos de aproximação entre a teoria da discricionariedade judicial (de índole positivista) e o pós-positivismo.

O que se observa é que mesmo com a desvalorização do positivismo clássico (positivismo metodológico, com todo o seu pacote de soluções teóricas que foi rejeitado) com o passar o tempo, tal desvalorização não ocorreu com a discricionariedade judicial, sendo que a discricionariedade judicial foi reenquadrada à realidade de valores ínsitos nas normas (Alexy e Dworkin). A discricionariedade judicial não acabou, apenas foi renomeada e relançada como novidade sob o estigma de que é um ultimo grau de vinculação do ordenamento, o grau de vinculação referente à aplicação das normas fluidas conhecidos como princípios e políticas. Curioso como há a tentativa de desconstituir a discricionariedade com mais discricionariedade²⁵⁸. Assim, se a discricionariedade judicial não foi aniquilada, no máximo foi descolada para um novo acordo linguístico nascido da amplitude dos princípios e das políticas e mesmo das regras quando coletivamente consideradas (macrogen de normatividade). Discricionariedade judicial e vinculação por normas fluidas, dois nomes para um mesmo fenômeno. Compreende-se que a reinvenção da discricionariedade judicial com outro nome se deve à busca de rompimento com o positivismo clássico, contudo é hora de ver o que o fenômeno demonstra e o que os juízos pré-concebidos costumam a esconder.

Positivistas e pós-positivistas são todos “filhos da completude”, gostem ou não. Isso não é dito numa apologia ao positivismo, conforme se explicou dialeticamente entre as duas correntes aqui expostas em convergência de

²⁵⁷ “Como hemos indicado, una de las características más acusadas del moderno antipositivismo es el punto de vista interno o del participante, singularmente del juez. La idea creo que puede resumirse en estos aspectos: quienes participan y ‘usan’ el Derecho para justificar sus decisiones han de sentirse, en su conjunto, vinculados u obligados por el mismo, de manera que lo aceptan moralmente; o, dicho de otro modo, si el Derecho incorpora algún ingrediente de obligatoriedad en quienes lo aplican, esa obligatoriedad sólo puede tener un fundamento moral.” [SANCHÍS, Luis Prieto. Op. cit. p. 58.]

²⁵⁸ “ Certamente um olhar atencioso para a história vai nos proteger de usar a Constituição como se fosse uma bola de cristal com a qual podemos ver qualquer coisa que queremos. Não importa quão útil possa ser a história – apesar de ser difícil ignorá-la – por si só não serve para domesticar e amarrar o texto. A história não consegue eliminar sozinha a possibilidade de serem formulados argumentos teóricos fora do texto da Constituição, com o intuito de chegar a conclusões aproximadas e almeçadas. [TRIBBE, Laurence; e DORF, Michael. Op. cit. p. 17-18.]

possibilidades. Todavia, o que se demonstra é que embora se lute para buscar fontes alternativas de interferência e criação no mundo jurídico, mesmo neste caso ainda assim a moral é buscada num viés normativo²⁵⁹, num matiz constitucional (a não ser que se diga que direitos fundamentais não provêm de normas, mas do direito natural, discussão que não está traçada no presente estudo), a fim de caracterizar sua reentrada na atmosfera do direito interpretado.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal possui discricionariedade que deve ser reconhecida, mas também controlada, sendo que daí nasce a real capacidade de julgamento da Corte, sem se deixar cair nas armadilhas políticas de um julgamento criacionista, como já referido em relação à ADPF 130.

Nesse caminhar, pode-se demonstrar os aspectos gerais da doutrina da discricionariedade através das fronteiras da linguagem no sistema jurídico, conforme se enfatiza a partir de agora.

A doutrina da discricionariedade judicial decorre como uma das características do positivismo, sendo que neste estudo se observará as influências de Hans Kelsen e de Herbert Hart na conceituação da discricionariedade judicial no modelo positivista do Direito.

Kelsen verifica a possibilidade de discricionariedade judicial devido à indeterminação do ato de aplicação do direito²⁶⁰ causada pelas características

²⁵⁹ “Essa não é uma questão de discricionariedade (ou de imprecisão com incerteza cognitiva decorrente da vagueza ou ambiguidade de expressões) nem de única decisão correta. É precisamente um problema de como controlar a contingência mediante decisões juridicamente consistentes e complexamente adequadas à sociedade, implicando um permanente paradoxo na busca da justiça do sistema jurídico. Evidentemente, na esfera pública, há atores orientados moralmente no sentido de um ‘auditório’ universal (os que buscam a decisão racionalmente correta para todos), outros, porém, orientam-se de maneira particular na defesa dos valores do seu grupo, assim como há aqueles que atuam na perspectiva estratégica da satisfação de seus interesses e – não se excluam – os que se assumem posturas expressivas, catárticas, para influenciar a concretização constitucional ou contra esta protestar. Afirmar que só é moralmente legítima na esfera pública a postura dos primeiros tem um quê de “injusto” em uma sociedade supercomplexa e uma esfera pública caracterizada pelo dissenso estrutural. Mas o ideal regulativo de Dworkin, o juiz Hércules, monológico, solipsista e, eu diria, simplista, não é o mais adequado para reconhecer os seus próprios limites.” [NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra...*, p. 67-68.]

²⁶⁰ “ A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou de vinculação: a norma de escalão superior regula – como já se mostrou – o ato de execução, quando já deste apenas se trata; ela determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar.

Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um

fáticas inalcançáveis por uma previsibilidade normativa hermética e pela abertura dos modelos linguísticos. Tal indeterminação causadora de discricionariedade pode ser dividida, segundo Kelsen, em indeterminação intencional²⁶¹ (quando há o trespasse de ônus decisório do legislador para o julgador) ou não intencional²⁶² (causada pela natural indeterminação dos caminhos da linguagem e da pluralidade dos sentidos).

Conclusões semelhantes são obtidas com a distinção entre normas primárias e secundárias feita por Hart, eis que as condições teóricas para o estabelecimento do que se denomina por discricionariedade judicial²⁶³ se manifestam no julgamento/interpretação das normas de textura aberta (conceitos jurídicos indeterminados).²⁶⁴ Ademais, após reconhecer a natureza limitada da linguagem, não podendo esta alcançar todas as situações da vida, Hart arremata da seguinte forma:

Apresenta-se aqui algo como uma crise na comunicação: há razões tanto a favor quanto contra nosso emprego de um termo geral, e nenhuma convenção firme ou concordância geral determina seu uso, ou, por outro lado, sua rejeição pela pessoa que vede fazer a classificação. Em tais casos, para esclarecer as dúvidas, quem quer que dirimi-las deve operar como que uma escolha entre alternativas abertas.²⁶⁵

Portanto, percebe-se que o conceito jurídico indeterminado tem vagueza semântica, o que atribui à norma a funcionalidade de que ela permaneça, na sua

quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever.” [KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 388.]

²⁶¹ Ibidem, p. 388-389.

²⁶² “ Simplesmente, a indeterminação do ato jurídico pode também ser a conseqüência da ação intencional da própria constituição da norma jurídica que deve ser aplicada pelo ato em questão. Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis.” [Ibidem, p. 389.]

²⁶³ “O que são as normas? Que significa dizer que uma norma existe? Os tribunais realmente aplicam as normas ou apenas simulam fazê-lo?” [HART Ibidem, p. 11.]

²⁶⁴ “Não apenas no terreno das normas, mas em todos os campos da existência, há um limite, inerente à natureza da linguagem, para a orientação que a linguagem geral pode oferecer. É certo que existem casos claros, que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis (‘Se algo é um veículo, um automóvel o é’), mas haverá também casos aos quais não está claro se elas se aplicam ou não (‘A palavra aqui usada, ‘veículo’, incluirá bicicletas, aviões, patins?’).” [Ibidem, p. 164.]

²⁶⁵ Ibidem, p. 164-165.

aplicação, atual ante a variabilidade dos vários recortes temporais no contexto histórico onde a disposição legislativa pode ser interpretada e aplicada.

Com efeito, as normas não são feitas para serem meras estruturas linguísticas, ou enunciados simplistas, mas se caracterizam pela “*interferência intersubjetiva*”.²⁶⁶ Desse modo, o conceito jurídico indeterminado visa uma abordagem ontológica, qual seja, principalmente uma abordagem social e cultural do tema.

Nesse sentido, ao se utilizar de conceitos jurídicos indeterminados a disposição legislativa dá margem a valorações por parte do interprete, as quais, no entanto, são sopesadas com a vinculação final ao resultado, sem que se possa falar em discricionariedade absoluta em sua aplicação (ou mais enfaticamente, em verdadeira arbitrariedade), eis que existem balizas mínimas a serem seguidas pelo intérprete, segundo pode se extrair das teorias de Kelsen e de Hart.

Por outro lado, o fato do conceito jurídico ser “indeterminado”, ou seja, vago de textura aberta, embora ainda esbarre na utópica ideia de completude do sistema normativo, é uma tentativa plausível de dar maior vida útil à norma (vigência mais prolongada), conforme se abstrai dos comentários de Hart acerca da importância dos precedentes²⁶⁷, vez que esta pode ser atualizada sem que seja modificado um caractere sequer da redação do texto legislativo.

²⁶⁶ “ É levando em conta essas e outras colocações transindividuais do problema do conhecimento que me pergunto, repito, se não há também uma condição *a priori* intersubjetiva, e por conseguinte *cultural*, na Gnoseologia, que adquire, assim, mais concreção. [...]

Nunca será demais realçar a decisiva contribuição de Kant, ao demonstrar o *poder nomotético* do espírito, isto é, o seu poder criador no domínio da Ciência, graças à sua faculdade normativa o reguladora do “mundo pré-categorial”, difuso e indistinto até e enquanto não categorizado ou pensado pelo sujeito cognoscente. O que depois sobreveio, no plano filosófico, foi a revisão do conceito kantiano de poder nomotético, à luz da intencionalidade como elemento caracterizador da consciência.

Admito, com efeito, que a consciência se volve necessariamente para *algo*, que também é pressuposto *a priori* do ato de conhecer, não se pode mais apresentar o sujeito como constitutivo de per si do objeto, uma vez que este somente o é enquanto *algo* se lhe oferece para ser interpretado.

Por outras palavras, não mais se admite que o sujeito possa, em se e de per si, *pôr os objetos* como criação exclusivamente sua, porquanto faculdades cognoscitivas dependem de *algo objetivo* que se oferece à percepção da consciência intencional.” [REALE, Miguel. *Cinco Temas do Culturalismo*. 1.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 29-30.]

²⁶⁷ “ Duas estratégias principais, à primeira vista muito diferentes entre si, vêm sendo usadas para a comunicação desses padrões gerais de conduta antes que ocorram as sucessivas ocasiões em que devem ser aplicados. Uma dessas estratégias faz uma aplicação máxima, e a outra, mínima, dos termos classificatórios gerais. Típica da primeira é aquilo que chamamos de legislação, e, da segunda, o precedente.” [HART, Herbert Lionel Adolphus. Op. cit. p. 161-162]

Tal feição apresentada pelos conceitos jurídicos indeterminados reveste-se de maior dinamismo, pois, por vezes, o direito não consegue acompanhar as evoluções sociais e culturais de maneira *pari passu*.

Logo, por todo o exposto até aqui, é inegável a existência do que se convencionou chamar de zonas cinzentas ou áreas de penumbra em que o intérprete se depara com vagos e mal delineados espaços interpretativos, sendo esta a característica primária dos conceitos jurídicos indeterminados.²⁶⁸

Nesse talante, a importância da teoria de Hart é enorme para o direito, embora Hart fosse um positivista sua teoria reverberou até os dias atuais, encontrando influência na teoria de Habermas, por exemplo, onde o filósofo alemão acompanha o inglês em certos pontos, ao afirmar que os princípios (normas de textura aberta) são incorporados à ordem jurídica por meio da interação das instituições (onde pode ser incluído o Judiciário).²⁶⁹

Ainda com alguma inspiração em Hart, Habermas reconhece, ante sua inspiração procedimental, que o direito necessita ser auto-aplicado por meio das normas secundárias que conferem a competência ao Judiciário para interpretar o texto aberto da norma como um poder regulamentar.²⁷⁰

Seguindo nesse caminho de estudo da discricionariedade, parte-se para análise dos aspectos gerais da doutrina da completude baseada na elasticidade da linguagem no sistema jurídico, como se vê a partir desse momento.

²⁶⁸ “Às vezes se reconhece desde o início que, na esfera a ser controlada juridicamente, as características dos casos individuais variarão tanto, em aspectos imprevisíveis, mas socialmente relevantes, que o poder legislativo não pode criar antecipadamente e de modo útil normas uniformes a serem aplicadas caso a caso, sem orientação oficial posterior.” [Ibidem, p. 169-170.]

²⁶⁹ [...] “os princípios do Estado de direito e os direitos fundamentais, apesar de serem determinados *in abstracto*, só são encontráveis em constituições históricas e sistemas políticos. Eles são interpretados e incorporados às ordens jurídicas concretas, através do direito constitucional ou da realidade constitucional das instituições e processos políticos.” [HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Brasília: Tempo Brasileiro, 1997, p. 241.]

²⁷⁰ “Para os sistemas jurídicos modernos, recomenda-se uma dupla delimitação. Ao direito enquanto sistema de ação, podemos subordinar a totalidade as interações reguladas através das normas.” [...] “Ora, o sistema de direito em sentido mais estrito ultrapassa essa concepção. Ele abrange todas as interações, também as quais que não se orientam pelo direito, podendo produzir direito novo [destaque não original] e reproduzi-lo enquanto tal. Para a institucionalização do sistema jurídico neste sentido, necessita-se da auto-aplicação do direito através de regras secundárias que constituem e transmitem as competências da normatização, da aplicação e da imposição do direito. Os ‘poderes’ do Estado, da legislação, da justiça e da administração distinguem-se de acordo com essas funções.” [Ibidem, p. 242.]

Alguns pré-conceitos parecem que de tão repetidos se tornaram verdades incontestáveis. Uma dessas verdades seria a de que o dogma maior do positivismo normativista de Kelsen seria a completude do sistema jurídico, completude que levaria à não contradição interna. O principal pré-conceito muitas e muitas vezes levantado em relação a Kelsen (e ao mesmo tempo a outros positivistas²⁷¹) se perfaz na teoria de que o positivismo não aceita o ativismo judicial e o decisionismo²⁷².

É verdade que os princípios não tinham no positivismo a força normativa e o alcance que possuem em tempos de neoconstitucionalismo²⁷³ em terras brasileiras²⁷⁴, esta é uma inegável vitória dos tempos atuais no Brasil e do esforço da doutrina. Todavia, é justamente porque os princípios passaram ao centro do sistema como “mandamentos de otimização”²⁷⁵ (como chama Alexy) que a discricionariedade foi repassada para a análise da aplicação de um princípio ou de vários princípios em colisão.²⁷⁶

A herança do positivismo ao estilo de Kelsen e Hart não é uma herança maldita como se apregoa, mas sim a herança das estruturas mínimas para a estabilização das relações sociais e do próprio Estado.²⁷⁷

Mesmo fora da teia do positivismo o Estado não diminuiu em sua atuação de determinação do Direito, ao contrário, só foi reforçado por uma Constituição

²⁷¹ ATRIA, Fernando. *La Ironía del Positivismo Jurídico*. in Doxa. Madrid: Biblioteca Virtual Miguel d' Cervantes, 2004. n.º 27. p. 128-129.

²⁷² “ No início deste século [século XX], John Chipman Gray e, mais tarde, Oliver Wendell Holmes publicaram apresentações céticas do processo judicial, desmascarando a doutrina ortodoxa segundo a qual competia aos juízes apenas aplicar as regras existentes. Essa abordagem cética foi ampliada nos anos 20 e 30, transformando-se no poderoso movimento intelectual denominado ‘realismo legal’. Seus líderes (Jerome Frank, Karl Llewelyn, Wesley Sturges e Morris e Felix Cohen, entre outros) argumentavam que a teoria ortodoxa fracassara pelo fato de ter adotado uma abordagem doutrinária da teoria do direito, tentando descrever o que os juízes fazem concentrando-se apenas nas regras que eles mencionam nas suas decisões. Trata-se de um erro, argumentavam os realistas, pois na verdade os juízes tomam as suas decisões de acordo com as suas próprias preferências políticas ou morais e então escolhem uma regra jurídica apropriada como uma racionalização. Os realistas exigiam uma abordagem ‘científica’ que se fixasse naquilo que os juízes fazem e não naquilo que eles dizem, bem como no impacto real que suas decisões têm sobre a comunidade mais ampla.” [DWORKIN, Ronald. *Levando...*, p. 7.]

²⁷³ ATRIA, Fernando. *La Ironía...*, p. 83.

²⁷⁴ Refere-se que aqui ao chamado neoconstitucionalismo brasileiro, representado, por exemplo, por Luís Roberto Barroso, tendo o neoconstitucionalismo no Brasil atribuído maior liberdade de decisão ao juiz por meio de princípios superatatórios das regras (para os neoconstitucionalistas princípios são valores e regras sozinhas não tem valor), como uma de suas características básicas.

²⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de...*, p. 86.

²⁷⁶ FIGUEROA, Alfonso García. Op. cit. p. 158-159.

²⁷⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 39.

elástica²⁷⁸, por uma Constituição que tudo alcança (graças aos intérpretes, diga-se de passagem, que buscam incansavelmente um juiz *Hércules* dentro do sistema²⁷⁹, mas que por vezes não o encontram²⁸⁰).

A Constituição Federal como foi escrita, do positivismo do final da década de 1980, é a mesma Constituição Federal como é interpretada, do neoconstitucionalismo²⁸¹ (embora já se vivencie tempos de conflitos entre valores internacionais e valores constitucionais nacionais²⁸²), do início da década de 2010. A completude maior, então, não está nas teorias positivistas clássicas, mas no próprio neoconstitucionalismo brasileiro inspirado em modelos como os de Dworkin e de Alexy, e nos modelos que se aproveitam justamente do peso da fluidez do sistema normativo para fechar o sistema em si mesmo²⁸³. Simplesmente dizer que o sistema é retroalimentado por valores fontes (sendo que tais valores são representados por normas) como fazem Alexy e Dworkin, cada um a seu modo, é deslocar o problema, é criar a discricionariedade dos valores (Alexy) ou a discricionariedade da história (Dworkin).²⁸⁴

²⁷⁸ “ Através dos princípios – compreendidos evidentemente a partir da superação dos *discursos fundacionais* acerca da interpretação jurídica e da superação da distinção lógico-estrutural – é que se torna possível sustentar a existência de respostas adequadas (corretas para cada caso concreto.” [STRECK, Lenio Luiz. *Verdade...*, p. 171.]

²⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, p. 201-202.

²⁸⁰ “Un juez ideal, al que Dworkin llama ‘Hércules’, equipado con ‘superman skill, learning, patient and acumen’, es decir, con habilidad, sabiduría, paciencia e agudeza sobrehumanas, estaría en situación de encontrar la única respuesta correcta. Al juez real le corresponde la tarea de aproximarse a este ideal lo más posible.” [ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*. in Doxa. Madrid: Biblioteca Virtual Miguel d’ Cervantes, 1988. n.º 5. p. 140.]

²⁸¹ O neoconstitucionalismo marcado por uma identidade nacional tem um encontro marcado na história com o internacionalismo e com o transconstitucionalismo, ante a crise-falência dos Estados nacionais. O papel do Estado constitucional neste cenário não será aqui tratado por motivos de fechamento de temática teórica, porém a crise do neoconstitucionalismo está instalada, ante a fragilização política das constituições. É verdade que o Brasil está em outra fase histórica e econômica em relação à Europa, mas a presença chocante dos fatores sociais se aproxima. Todavia, sabe-se que o neoconstitucionalismo brasileiro tem matizes diversos do neoconstitucionalismo europeu ou norte-americano, o que pode garantir vitalidade à Constituição Federal de 1988, mesmo ante o ataque de plano de validade feito pela jurisdição supranacional e pelo *establishment* internacional.

²⁸² NEVES, Marcelo de Almeida Pinto. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 235-240.

²⁸³ “ Não se deve confundir a questão da imprecisão com a questão da discricionariedade em sentido estrito. A imprecisão semântica, nas formas de ambiguidade (conotativa) e vagueza (denotativa), implica, a partir primariamente do significado do texto e do seu âmbito de referência, a incerteza cognitiva em relação à norma a aplicar. Essa questão está estreitamente vinculada à complexidade e contingência, à diversidade de expectativas interpretativas em relação aos textos normativos e às respectivas normas.” [NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra...*, p. 24-25.]

²⁸⁴ “ Veja-se que, se no positivismo os ‘casos difíceis’ – e essa problemática será analisada em capítulo específico – eram ‘deixados’ a cargo do juiz resolver, discricionariamente (com as

Dworkin (que não admitia a existência de discricionariedade judicial²⁸⁵) atingiu melhor resposta ao admitir que a completude é alcançada pela história inserida da matriz interpretativa da aplicação de cada princípio ou de cada política, isso trouxe a possibilidade de segurança jurídica interpretativa, assim a menor fluidez da história alimenta a maior fluidez dos princípios e políticas a fim de se trazer limites à moral convenientemente tópica do intérprete.²⁸⁶

Veja-se que o positivismo clássico proclama completude, mas reconhece lacunas insuperáveis previamente. Já o pós-positivismo moderno proclama fluidez normativa (princípios e políticas), sendo que tal fluidez (que demanda fechamento na interpretação somente) leva à completude. A herança genética do neoconstitucionalismo brasileiro²⁸⁷ parece advinda do próprio positivismo, um positivismo ideológico ou ético.²⁸⁸ Assim, perceba-se que para a doutrina positivista

conseqüências históricas de que já falei anteriormente), na era assim denominada de pós-positivismo e naquilo que se denominou da teoria(s) da argumentação jurídica, os *hard cases* passaram a ser resolvidos a partir de ponderações de princípios (quando os princípios entram [*sic* - em] conflito, devem ser ponderados, diz, por todos, Alexy). Segundo a teoria da argumentação jurídica, os princípios devem ser hierarquizados axiologicamente. *O problema é saber como é feita essa 'escolha'*.

Penso, aqui, que o calcanhar de Aquiles da ponderação – e, portanto, das diversas teorias argumentativas (e suas derivações) – reside no deslocamento da hierarquização ‘ponderativa’ em favor da ‘subjetividade’ (assujeitadora) do intérprete, com o que a teoria da argumentação (para falar apenas desta), como sempre denunciou Arthur Kauffman, não escapa do paradigma da filosofia da consciência. Ou seja, independentemente das colorações assumidas pelas posturas que, de um modo ou de outro, deriva(ra)m da teoria da argumentação de Robert Alexy, o cerne da problemática está na continuidade da ‘delegação’ em favor do sujeito da relação sujeito-objeto. Isso é assim porque a ponderação implica essa ‘escolha’ subjetiva. Daí a incompatibilidade com a circularidade hermenêutica, uma vez que o círculo atravessa o esquema sujeito-objeto (é através dele que se dá a antecipação do sentido, impedindo qualquer interpretação em etapas).

No fundo, volta-se, com a ponderação, ao problema tão criticado de discricionariedade, que, para o positivismo (por todos, Kelsen e Hart) é resolvido por delegação ao juiz. Assim, também nos casos difíceis dos quais falam as teorias argumentativas, a escolha aplicável ‘represtina’ a antiga ‘delegação positivista’ (na zona de penumbra, em Hart, ou no perímetro da moldura, em Kelsen). Isto é, cabe ao intérprete dizer qual o princípio aplicável, ou seja, tal como no positivismo, é tarefa (prerrogativa?) do juiz decidir nas ‘zonas de incerteza’ e em face das ‘insuficiência ônticas’ (para usar aqui uma expressão que faz parte do repertório que identifica a ‘dobra da linguagem’ que sustenta a ausência de cisão entre *hard* e *easy cases*.) [STRECK, Lenio Luiz. *Verdade...*, p. 178-179.]

²⁸⁵ “E Dworkin é peremptório: “Ele [o positivista] conclui que ainda são padrões extrajurídicos cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício do seu poder discricionário – *que é falso*.” Então, no sentido diametralmente oposto à tese da discricionariedade, Dworkin introduz sobretudo o conceito de princípios como normas ou padrões pertencentes ao sistema jurídico. Os princípios vinculariam os juízes naquele espaço em que as regras não fossem suficientes para a solução do caso.” [NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra...*, p. 61.]

²⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império...*, p. 224.

²⁸⁷ Existem muitos “neoconstitucionalismos”, o que se intitula de “neo” depende de contextos regionais, culturais e históricos. O novo (“neo”) constitucionalismo representa mudanças de paradigma, contudo tais mudanças não são uniformes no que se refere ao Brasil, aos demais países da América Latina e à Europa.

²⁸⁸ SANCHÍS, Luis Pietro. Op. cit. p. 25-28.

(que tem em Kelsen, em sua primeira fase teórica, o expoente máximo, munido de sua teoria normativista de fase europeia) os dogmas da completude e da não contradição eram os resultados de um estado de normatividade onipresente, pois mesmo em soluções como interpretação extensiva e analogia, por exemplo, haveria o manejo do ordenamento jurídico.

É verdade que Kelsen admitia a discricionariedade como um mal a se tolerado, em sua primeira fase teórica. Contudo o autor austríaco se sentiu maravilhado ao entrar em contato mais profundo com o Direito da tradição da *Common Law*, sendo que sua estadia nos Estados Unidos da América lhe rendeu um novo tipo de pensamento e uma mudança de rumos (ou apenas uma complementação, para alguns) na Teoria Pura do Direito e na Norma Fundamental. Kelsen em sua fase norte-americana já não fazia sua Teoria Pura nos moldes de seus estudos anteriores, sendo que a Teoria Pura do Direito já não era mais tão “pura” assim, graças à função dos precedentes na teoria kelseniana.²⁸⁹ Mais um passo é dado para se possibilitar a convergência entre positivismo e pós-positivismo.

O que se percebe é que Kelsen, após a compreensão do fenômeno jurídico da *Common Law* se aproximou conceitualmente das concepções de outros autores positivistas (de Hart, principalmente). Assim, de um normativismo da moldura de Kelsen passa-se à regra de reconhecimento²⁹⁰ do *soft positivism* de Herbert Hart, sistema de explicação do Direito onde o julgador atua como ente regulamentar, de forma complementar à legislação, de forma a criar novos extratos normativos a serem seguidos.²⁹¹

Nesse sentido, a explicação da *Common Law* e dos precedentes pelos autores positivistas clássicos (Hart e Kelsen) atribui poder ao intérprete/julgador e mostra a força dos precedentes pelo alcance do poder e pela legitimidade do poder, este é o traço característico entre os positivistas.

Já Dworkin parte da ideia de Direito como integridade, sendo que a integridade é condensada na história da formação do direito, história esta que vincula o aplicador da norma. Neste sentido, não basta uma regra de competência para surgir uma interpretação jurídica que leve a um precedente a ser seguido daí

²⁸⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral...*, p. 216.

²⁹⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. Op. cit. p. 97-102.

²⁹¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. Op. cit. p. 171.

em diante, mas é necessária, além da legitimidade formal do intérprete, a legitimidade histórica da interpretação por meio da figura do romance em cadeia que caracteriza a integridade do Direito.²⁹²

Neste ponto chega-se às seguintes convergências, eis que para o positivismo as lacunas são falsas porque o intérprete legitimado pelo poder instituído fecha as lacunas pela aplicação integrativa do ordenamento jurídico de acordo com a sua prudência na busca de uma resposta à questão em jogo. Já para a integridade do pós-positivismo de Dworkin as lacunas são falsas porque o intérprete legitimado pelo poder instituído fecha as lacunas pela leitura integrativa da história da aplicação do ordenamento, sendo que de acordo com a sua prudência busca respostas que já estão no ordenamento, pois o ordenamento não é composto apenas pelas normas, mas também pelos próprios contextos históricos que envolvem a formação do Direito.

Portanto, as lacunas ou estão dentro do próprio ordenamento (positivismo de Kelsen e Hart) ou estão dentro de normas de textura aberta (princípios e políticas) que possuem lacunas internas (não é toa que tais normas são classificadas como “fluidas”), sendo que a discricionariedade do pós-positivismo está fragmentada em cada princípio e política reconhecível no ordenamento (microdiscricionariedade) e na própria técnica da proporcionalidade (macrodiscricionariedade).

Ante o que até aqui foi demonstrado é possível de verificar a existência de aproximações de visões diversas (discricionariedade das lacunas da linguagem e completude da linguagem elástica) que fomentam o protagonismo judicial que este estudo busca delimitar. Assim, neste ponto, frisam-se os pontos de convergência entre as doutrinas citadas.

Ante tudo o que já fora exposto, o que fica cada vez mais claro é que a rusga²⁹³ fundamental entre o positivismo (estática normativa não adaptativa e

²⁹² DWORKIN, Ronald. *O Império...*, p. 275-276.

²⁹³ “Das teorias do discurso à fenomenologia hermenêutica, passando pelas teorias realistas (que deslocaram o pólo da tensão interpretativa na direção do intérprete), os últimos cinquenta anos viram florescer teses que tinham um objetivo comum no campo jurídico: superar o modelo de regras, resolver o problema da incompletude das regras, refundar a relação “direito-moral”, solucionar os casos difíceis (não “abarcados” pelas regras) e a (in)efetividade dos textos constitucionais (compromissórios e dirigentes).

Diante dessa verdadeira revolução copernicana que atravessou o direito a partir do segundo pós-guerra, as diversas teorias jusfilosóficas tinham (e ainda têm) como objetivo primordial buscar respostas para a seguinte pergunta: como construir um discurso capaz de dar conta de tais perplexidades, sem cair em decisionismos e discricionariedades do intérprete (especialmente dos

regulamentação judicial) e o pós-positivismo (dinâmica normativa adaptativa negatória da regulamentação judicial) vai ficando desconstituída.

A verdade é que a dinâmica normativa adaptativa é uma consequência da fluidez conceitual dos princípios²⁹⁴, pois parte-se da ideia que tais normas alcançam todos os meandros de aplicabilidade no sistema à realidade normativa.

A questão fundamental é se tal potencial superlativo advém dos princípios ou do intérprete dos princípios? Ao que vai ficando claro até aqui é que a discricionariedade em ambas as proposições existe, sendo que o que deve ser feito é o esclarecimento das proposições como forma de existir meios de controle (mediante uma prestação de contas²⁹⁵) da utilização da discricionariedade por meio da adequada exposição de motivos das decisões, uma vez que é muito comum ao juiz simplesmente afirmar que se está a aplicar “o princípio da proporcionalidade” em dado julgamento, contudo não diz como aplica e não fundamenta em que termos entende que houve o conflito de princípios alegado. Assim, a teoria da argumentação ainda apresenta solução para o controle da discricionariedade, sendo a correta fundamentação uma prestação de contas do intérprete para com a busca de correção do resultado.²⁹⁶

O sopro inicial da formação do direito por meio da ponderação (como uma forma de equidade) busca mecanismos de estabilização social, tais mecanismos podem ser as normas, os costumes e os precedentes.²⁹⁷ A verdade é que a estabilização social da ponderação acaba em determinado momento histórico

juízes)? A nova relação “direito-moral” e aquilo que tem sido nominado de “autonomia do direito” deslocou o problema da (legitimidade) para outro ponto: as condições interpretativas.” [STRECK, Lenio Luiz. *Verdade...*, p. 3-4.]

²⁹⁴ “A tese segundo a qual os princípios servem para cobrir o espaço da discricionariedade, que, no modelo “positivista” de regras, o juiz disporia para decidir, constitui uma ilusão principiológica. Essa tese, que está intimamente associada àquela de uma única decisão correta ou do melhor julgamento, fundamenta-se no argumento de que, ao admitir-se a discricionariedade, impõe-se reconhecer a inexistência de direitos e obrigações antes da decisão judicial. Mas me parece que a questão, vista nos termos do modelo de Dworkin, encobre o problema da complexidade e da contingência. Não se trata aqui, com [sic] já adiantei acima, de afirmar que os princípios necessariamente implicam um maior grau de discricionariedade em comparação com as regras. O problema não reside na discricionariedade, mas sim na forma seletiva de estruturação da complexidade.” [NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra...*, p. 65-66.]

²⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes...*, p. 18.

²⁹⁶ “Por função prática ou técnica da argumentação jurídica, entendo basicamente que esta deve ser capaz de oferecer uma orientação útil nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o Direito.” [ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 333.]

²⁹⁷ “Uma teoria da argumentação jurídica que não considere o papel dos precedentes omitiria seus aspectos essenciais.” [ALEXY, Robert. *Teoria da...*, p. 264.]

evolutivo se demonstrando contrária a nova estratificação da moral, o que leva a uma ruptura psíquica e moral que leva a uma nova força de repulsão entre a moral estratificada e o novo padrão moral, tal novo padrão moral pode por fim ao antigo (o que leva à corrupção do sistema antigo para sua substituição pelo novo) ou pode gerar uma interação positiva entre o novo e o antigo (o que traz uma a necessidade de uma nova ponderação). Seja qual for a força de transcendência do novo padrão moral, está tenderá ao resfriamento de seus objetivos e a estratificação de seus ideais, o que levará a nova ponderação ao refreamento de seu alcance pelo poder gravitacional de seus ideais, momento em que a ponderação vira norma, vira padrão obrigatório e geral. Tal modelo pode ser apreendido de uma vinculação mais forte aos argumentos corretos²⁹⁸ utilizados nos precedentes (*a ratio decidendi*), contudo possuindo-se a noção de que a vinculação é uma base frágil baseada numa vinculação histórica (integridade).²⁹⁹

De certa forma os precedentes assim devem se manifestar num sistema que pretenda a segurança de uma estabilidade jurídica mínima e a adaptabilidade às situações, inteira ou parcialmente, novas.³⁰⁰ Assim, a discricionariedade se apresenta como o respeito a um mínimo de conteúdo previamente estabelecido para a força de efetivação³⁰¹ e ou de garantia de padrões normativos, e ao mesmo tempo é o toque da mutabilidade do tempo, da cultura e da história.

Portanto, discricionariedade não é sinônimo de incerteza cogente, mas sim de possibilidade, de adaptabilidade, de esperança de que o sistema não venha a ruir, pois a vida do homem, e do direito, não é baseada apenas da dureza de algo certo e imutável, de uma verdade cristalizada, mas sim numa mudança e na evolução com o aprendizado, características naturais ao ser humano e aos seus inventos (assim como o é o próprio Direito). Dessa forma, a discricionariedade (nos termos aqui

²⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da...*, p. 263.

²⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império...*, p. 274.

³⁰⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. *Op. cit.* p. 170.

³⁰¹ “ A questão da justificação tem ramificações importantes, pois afeta não somente a extensão da autoridade judicial, mas remete também à extensão da obrigação moral e política do indivíduo de obedecer à lei criada pelo juiz. Afeta igualmente os fundamentos com base nos quais se pode contestar uma decisão controversa. Se faz sentido afirmar que um juiz deve seguir os padrões existentes nos casos difíceis, então faz sentido para um objetor de consciência argumentar que o juiz comete um erro jurídico ao considerar constitucional o serviço militar obrigatório. Mas se os juízes somente podem criar novas leis nos casos difíceis, essa alegação é destituída de sentido. Portanto, embora a questão de se os juízes seguem regras possa parecer linguística, na verdade ela revela preocupações que em última instância são práticas.” [DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3.ª ed. p. 9.]

aceitos) é força e adaptação³⁰² da própria possibilidade de perpetuação da existência do sistema jurídico como uma realidade, e não como peça de ficção.

Logo, a discricionariedade judicial atende ao chamado “princípio”³⁰³ ou regra ou método da proibição de retrocesso na interpretação constitucional, onde a interpretação evolutiva se adaptou a realidade do tempo e do espaço presentes, não mais sendo aplicável segundo modelos do passado, o que somente se dá pela nova caracterização de conceitos e estruturas normativas do passado num tempo presente. Assim, a proibição de retrocesso tão presente nos autores nacionais parte de uma leitura de Alexy e, claramente, de Ronald Dworkin. Assim se o Direito é também a história que a norma (e o povo) carrega ínsita em seus conceitos, o que representa um fator relevante para se falar numa proibição de retrocesso na interpretação, tal importante marco é devido por um lado a Dworkin³⁰⁴ e aos estudiosos do que se denomina na *Common Law* como a “Constituição invisível” (*invisible constitution*)³⁰⁵, e por outro lado a interpretação dos princípios segundo valores (que somente estão vinculados a um espaço e um tempo presentes escritos pelo passado) representados por princípios ao estilo de Alexy. Portanto, ao se falar de proibição de retrocesso, de “Constituição invisível” e de história que vincula o Direito como integridade, estar-se-á a se referir a fenômenos que representam o acordo político-social de que não se pode dar passos para o passado a fim de retirar garantias constitucionais do presente. Exemplo disso é a evolução da proteção racial (no Brasil e nos Estados Unidos) e da proteção aos direitos civis dos homossexuais,

³⁰² “ Mas esta ênfase nos fatos e na estratégia terminou por distorcer os problemas da teoria do direito de uma maneira muito parecida com o que havia ocorrido com a abordagem doutrinária inglesa, isto é, exatamente através da eliminação daquelas questões relacionadas com princípios morais que formam o seu núcleo. Esse fracasso torna-se evidente quando examinamos detalhadamente o problema central que os sociólogos e os instrumentalistas discutiram: os juízes sempre seguem regras, mesmo em casos difíceis e controversos, ou algumas vezes eles criam novas regras e as aplicam retroativamente?” [DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3.ª ed. p. 8.]

³⁰³ Terminologicamente não é um princípio nos termos expostos neste trabalho.

³⁰⁴ “A tese segundo a qual os princípios servem para cobrir o espaço da discricionariedade, que, no modelo “positivista” de regras, o juiz disporia para decidir, constitui uma ilusão principiológica. Essa tese, que está intimamente associada àquela de uma única decisão correta ou do melhor julgamento, fundamenta-se no argumento de que, ao admitir-se a discricionariedade, impõe-se reconhecer a inexistência de direitos e obrigações antes da decisão judicial. Mas me parece que a questão, vista nos termos do modelo de Dworkin, encobre o problema da complexidade e da contingência. Não se trata aqui, com [sic] já adiantei acima, de afirmar que os princípios necessariamente implicam um maior grau de discricionariedade em comparação com as regras. O problema não reside na discricionariedade, mas sim na forma seletiva de estruturação da complexidade.” [NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra...*, p. 65-66.]

³⁰⁵ QUEIROZ BARBOZA, Estefânia. Op. cit. p. 144.

que, ambos os casos, passaram do não reconhecimento inconsciente, para um não reconhecimento consciente, que por sua vez passou a um reconhecimento consciente na atualidade.³⁰⁶ Evolução social que leva a novos marcos históricos e que por sua vez traz nova substância.

Onde a história busca vincular, ainda há espaço para a discricionariedade dentro da história, nesse ponto a convergência teórica demonstrada apresenta pertinência. O que não é dito é que mesmo a história tem limites³⁰⁷, pois, a uma, há pontos específicos que a história não alcança, pois se referem a aspectos técnicos não culturais ou sociais; a duas, a própria história e suas correlações demandam interpretação que pode trazer conflito de versões e valorações sobre fatos ou períodos históricos. A interpretação histórica do direito (Direito como Integridade) desloca a interpretação do conceito normativo para o conceito normativo no contexto histórico, porém mesmo a história demanda interpretação. Ora, o que são a Bíblia, a Torá e o Alcorão para, respectivamente, cristãos, judeus e muçumanos, senão sistemas carregados de historicidade de onde são apreendidas normas de conduta social. As escrituras sagradas religiosas têm a característica fundamental da integridade histórica, assim como o modelo de Dworkin, mas nem por isso existe um senso comum extremamente fechado do que é pecado entre xiitas e sunitas no que se refere ao Alcorão, ou entre católicos romanos e católicos ortodoxos, ou entre protestantes da linha de Calvino e protestantes da linha de Lutero com relação à Bíblia, por exemplo. Assim como a religião, o Direito histórico é aquilo que quem o vê pensa que ele é (sendo a partir daí que as influências culturais do Direito se apresentam como evidências, afinal cultura e história estão umbilicalmente ligadas desde que o homem começou a pensar porque está no mundo e que é no mundo³⁰⁸).

³⁰⁶ TRIBE, Laurence; DORF, Michael. Op. cit. p. 133.

³⁰⁷ “ Reconhecer a manipulabilidade das tradições históricas, é reconhecer que toda a história não passa de um conciso. Ao focar em um evento específico, as lentes de uma câmera que observa a história, necessariamente alteram outros eventos.” [TRIBE, Laurence; DORF, Michael. Op. cit. p. 132.]

³⁰⁸ “ De acordo com o que foi dito, o ser-no-mundo não é uma ‘propriedade’ que a presença às vezes apresenta e outras não, como se pudesse *ser* igualmente com ela ou *sem* ela. O homem não ‘é’ no sentido de ser e, além disso, ter uma relação com o mundo, o qual por vezes lhe viesse a ser acrescentado. A presença nunca é ‘numa primeira aproximação’ um ente, por assim dizer, livre de ser-em que, algumas vezes, tem gana de assumir uma ‘relação’ com o mundo. Esse assumir relações com o mundo só é possível *porque* a presença, sendo-no-mundo, é como é. Tal constituição de ser não surge porque, além dos entes dotados do caráter da presença, ainda se dão outros entes, os

No fundo, a melhor saída para o problema é reconhecer que o estado-juiz possui tal poder regulatório (Hart)³⁰⁹, mas que tal poder é vinculado aos princípios (Dworkin)³¹⁰, isso apresenta maior boa-fé do intérprete. Antes que totalmente contraditórias as leituras de Hart e Dworkin apresentam pontos de interseção que servem de retrointerferência complementar entre ambas as perspectivas. A verdade é que ambos podem coexistir (talvez não em harmonia absoluta), mas num plano político-jurídico de estabilização dos julgamentos.

Dessa forma, frente ao até aqui exposto, são observáveis graus de discricionariedade e limites estabelecidos pelos tipos de norma, características estas que serão melhor demarcadas neste momento.

Ante as flutuações teóricas apresentadas, o que se percebe é que a discricionariedade ainda possui espaços para sua atuação, embora tais espaços sejam reduzidos pelos princípios³¹¹, pelas políticas³¹² e pela historicidade³¹³.

Assim, a discricionariedade não existe num modelo binário discricionário e não-discricionário (ou vinculado), pois [1] nos princípios a discricionariedade é controlada [a] pelos limites fluidos do conceito de princípio; [b] pelos limites originais do valor individual a que é por ele representado; e [c] pelos limites históricos (historicidade) a ele impregnados; [2] nas políticas a discricionariedade é controlada [a] pelos limites fluidos do conceito da política; [b] pelos limites originais do valor social a que é por ela representada; e [c] pelos limites históricos (historicidade) a ele impregnados; e [3] nas regras a discricionariedade é fechada [a] pelos limites concretos (porém imperfeitos) do conceito da regra; e [b] pelos limites históricos (historicidade) a ele impregnados.

A discricionariedade é limitada pelas próprias estruturas normativas, pois, como referido no capítulo 2, as espécies de normas apresentam determinadas formas de vinculação a determinados marcos pré-estabelecidos, não havendo a possibilidade de superação de tais limites intrínsecos para a atribuição de discricionariedade judicial.

simplesmente dados, que com ela se deparam. Esses outros entes só podem deparar-se 'com' a presença quando conseguem mostrar-se, por si mesmos, dentro de um *mundo*." [HEIDEGGER, Martin. Op. cit. p. 103-104.]

³⁰⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. Op. cit. p. 171.

³¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, p. 93-108.

³¹¹ ALEXI, Robert. *Sistema...*, p. 142.

³¹² DWORKIN, Ronald. *Levando...*, p. 129.

³¹³ DWORKIN, Ronald. *O Império...*, p. 274.

Assim, qualquer tentativa de desconstituição da natureza das normas para a atribuição de conceitos e de efeitos diversos dos que são naturais às suas estruturas normativas passa a ser ato de justificação de burla dos limites e das possibilidades da estruturas normativas, sendo, em verdade, ato de arbitrariedade do ente que deixa de ser intérprete para fazer as escolhas políticas puras fora do sistema normativo e fora das possibilidades de retroalimentação axiológica estabelecida dentro do próprio sistema, buscando-se valores e estabelecendo hierarquias normativas psicológicas que não existem no âmbito axio-normativo original.

Todavia, verdade deve ser dita de que é justamente a interação positiva entre os níveis vinculatórios e os espaços discricionários legítimos que traz a possibilidade de manutenção do sistema jurídico aplicado pelo Supremo Tribunal Federal como algo que corresponda à realidade presente, contudo o presente ainda assim tem vínculos com o passado das escolhas constitucionais que não pode ser esquecido, para isso os limites conceituais das normas são o reflexo do outro lado espelho ao serem comparados com os graus de discricionariedade a que está submetido o intérprete.

Os graus de discricionariedade são o espaço legítimo que em que a vinculação por precedentes³¹⁴ podem atuar, uma vez que tal vinculação assim se perfaz no limite máximo de alcance axio-normativo das espécies normativas comentadas no capítulo 2 (princípios, políticas e regras).

³¹⁴ “ Um fundamento ou motivo, embora não necessário, pode ser suficiente para se alcançar a decisão. O motivo suficiente, porém, torna-se determinante apenas quando, individualizado na fundamentação, mostra-se como premissa sem a qual não se chegaria à específica decisão. Motivo determinante, assim, é o motivo que, considerado na fundamentação, mostra-se imprescindível à decisão que foi tomada. Este motivo, por imprescindível, é essencial, ou melhor, é determinante da decisão. Constitui a *ratio decidendi*.” [MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 293.]

3.2 RESERVA DE NÃO PONDERAÇÃO

Existem espaços no âmbito normativo que estão alheios ao sistema de ponderação pela proporcionalidade³¹⁵, eis que a estrutura normativa não admite a ponderação.

A diferenciação clara entre princípios, políticas e regras, bem como a diferenciação entre texto e norma, traz um primeiro esclarecimento de tais perspectivas, como já trabalhado em capítulos anteriores.

Contudo, algumas espécies de construções normativas embora tenham em certa medida determinadas características de espécies normativas aqui comentadas no capítulo 2, não podem ser submetidas ao método da ponderação pela proporcionalidade devido aos limites de suas estruturas linguísticas e axiológicas naturais, havendo, portanto, uma reserva de não ponderação no que toca a tais normas dependendo de como são construídas.³¹⁶

Dessa forma, a ponderação pela proporcionalidade deve obedecer ao nível de estratificação social a que estão lançados os valores ínsitos nas normas, pois não se podem ponderar normas via proporcionalidade solucionadora de conflito de tais normas se não há um choque em mesmo grau de importância para o sistema jurídico de tais normas devido aos seus diversos raios de ação³¹⁷, uma vez que isso se resolve por meio de dimensão de peso³¹⁸ previamente estabelecida na Constituição Federal de 1988. Afastar a liberdade, a isonomia e a regra de presunção de inocência por meio de uma moralidade administrativa (art. 37, *caput*,

³¹⁵ “ A crítica de Atienza e Manero, segundo a qual só constituem mandamentos de otimização os “princípios” referentes a “*policies* ou normas programáticas”, mas não os “princípios em sentido estrito”, referentes especialmente aos direitos declarados constitucionalmente, que teriam o caráter de regra, é rejeitada peremptoriamente por Alexy. De certa maneira, essa crítica já estaria respondida na formulação inicial da teoria dos princípios de Alexy, conforme já foi acima adiantado: caso se introduza uma cláusula geral de reserva (“e se não for prescrito algo diverso em virtude de um princípio contrário de maior peso”), os princípios também seriam normas estruturadas à maneira do tudo-ou-nada. O que Atienza e Manero fazem, ao conferirem o caráter estrutural de regra (no sentido de Alexy) à norma que eles atribuem ao dispositivo da igualdade contido no art. 14 da Constituição espanhola, é exatamente introduzir uma cláusula geral de reserva nos termos formulados por Alexy.” [NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra...*, 2010, p. 81.]

³¹⁶ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Sobre Principios y Reglas*. in Doxa. Madrid: Biblioteca Virtual Miguel d' Cervantes, 1991. n.º 10. p. 103-104.

³¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6.ª ed. rev., atuali. e amp. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 374-376.

³¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, p. 42.

da Constituição Federal) multiuso no *self-service* jurisdicional, por exemplo, é fazer política inconstitucional, é tomar decisões pelo e contra o constituinte, isso não é Direito, não é interpretação, é o fundo do poço do ativismo judicial ruim.

Assim, o que não pode existir é a ponderação utilizada com fins políticos destrutivos da Constituição em sua inteireza. O Supremo Tribunal Federal tem falhado neste ponto (como demonstrado no Capítulo 1), o que demonstra que não tem havido racionalidade na aplicação direito.

Desta forma, percebe-se que a interpretação construtiva de novos paradigmas jurídicos tem suas possibilidades abertas para a manutenção e para a garantia dos direitos fundamentais (regras, princípios e políticas), mas jamais se pode utilizar do argumento de que “o direito é fluido” ou é “ponderável” via proporcionalidade para derrubar o núcleo das garantias fundamentais.³¹⁹ Toda a desorganização teórica na interpretação do direito no Supremo Tribunal Federal serve para o destroçamento de direitos fundamentais nos momentos em que isso interessa politicamente aos grupos de pressão e às pessoas que os marcos constitucionais incomodam. Buscar uma “proporcionalidade” desproporcional que tudo alcança com princípios insuperáveis e uma aplicação das teorias de ponderação de normas estrangeiras sem o devido temperamento à realidade brasileira têm sido equívocos banais na prática constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Nesta busca de uma realidade natural ao direito constitucional brasileiro, o que se observa é a que existem “princípios” e “regras” imponderáveis por excelência, havendo aí a primeira reserva de não ponderação a ser feita (reserva das normas imponderáveis).

Vale mais uma vez lembrar que nem tudo o que a Constituição chama de “princípio” é um princípio na formulação adotada neste estudo, o que leva ao

³¹⁹ FIGUEROA, Alfonso García. Op. cit. p. 149.

aclaramento das possibilidades³²⁰ de tais normas dentro de suas características estruturais naturais.³²¹

A primeira reserva de não ponderação deve ser feita com relação ao chamado “princípio da reserva legal”, presente no art. 5.º, inciso II, da Constituição Federal³²², segundo o qual “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, pois, embora chamado como “princípio” na doutrina e na jurisprudência nacionais, possui estrutura normativa binária de aplicação, sendo que ou a reserva legal é respeitada ou é desrespeitada³²³, uma vez que tentar aplicar a proporcionalidade à norma da reserva legal nada mais é do que tentar fazer concessões ao ilícito. Ademais, a reserva legal é garantia fundamental, sendo garantia de aplicação concreta no modelo tudo-ou-nada. Assim a reserva legal garante que normas infraconstitucionais provenientes de leis (Lei Ordinária, Lei Complementar, Lei Delegada e Medida Provisória, bem como as exceções à reserva legal previstas na Constituição originária de 1988 como possibilidade de regulamento autônomo – casos de admissibilidade de modificação de situações jurídicas por meio Decreto do Poder Executivo ou de Decreto Legislativo) somente sejam afastadas por meio de declaração de inconstitucionalidade, não havendo que se falar em mitigação da reserva legal por meio de um conflito com outro princípio constitucional, ante o fato de que a reserva legal não possui graus de indefinibilidade, porém apenas uma definição binária.

Outra reserva de não ponderação que deve ser claramente marcada é a isonomia (art. 3.º, inciso IV, e art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal³²⁴), pois a

³²⁰ “ A mi juicio, este argumento parte de una premisa que debemos aceptar: cuanto más específicos sean los términos utilizados en la Constitución, en mayor grado se reducirá la indeterminación interpretativa y, por tanto, el margen de discreción judicial.” [COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 92.]

³²¹ “ Ao discutir-se a distinção entre princípios e regras, tanto no plano da teoria geral do direito quanto da dogmática constitucional, o debate dirige-se à caracterização de tipos normativos, inclusive para averiguar se ambas as categorias estão abrangidas pelo conceito de norma. Portanto, o primeiro passo é afastar a confusão entre texto normativo e norma.” [NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra ...*, p. 13.]

³²² “Art. 5º [...]:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

³²³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit. p. 95.

³²⁴ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

isonomia não é norma em sentido adotado neste estudo, mas é método constituição de ponderação de situações fáticas.³²⁵ Assim, a isonomia possui a fluidez linguística que poderia lhe atribuir o título de princípio. Contudo, nos limites deste estudo (ante a amplitude do tema que a isonomia apresenta) a isonomia não pode ser ponderada com os princípios constitucionais, uma vez que a isonomia é condição de existência da própria Constituição³²⁶, sendo a ponderação pré-constitucional que se lançou ao nível constitucional para manter a igualdade entre os cidadãos. Explica-se, pois a isonomia, embora seja a representação de um valor (o que poderia levar à conceituação de princípio, como definido por Alexy), não pode ser afastada por outro princípio, pois a partir do momento em que isonomia ingressa no jogo linguístico da proporcionalidade ela deixa de ter sua substância a passa a ser a não-isonomia, passa a ser a desigualdade, a heteronomia rechaçada pela Constituição.

Portanto, assim como a reserva legal, a isonomia é método que condiciona a interpretação e a aplicação do sistema normativo (a mais fundamental das limitações³²⁷), sendo a isonomia um acordo pré-argumentativo à interpretação dos princípios, das políticas e das regras.

Por sua vez, a moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da Constituição Federal) também ingressa no rol dos princípios constitucionais, assim nominada no texto da Constituição Federal de 1988, contudo dada a divisão entre texto e norma³²⁸, do texto brota uma norma que é de aplicação binária moral ou imoral, sendo que não existe algo meio moral ou quase imoral.³²⁹ Esta dificuldade de aplicação do princípio da moralidade é qualificada não apenas³³⁰ pelos usuais problemas linguísticos da amplitude de alcance dos princípios e das políticas, mas

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:"

³²⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit. p. 137-138.

³²⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. in MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ª ed. rev. e atual. Saraiva: 2009, p. 179.

³²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3.ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 9.

³²⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit. p. 30.

³²⁹ Ibidem, p. 94-95.

³³⁰ "Alguém me diz: 'Mostre um jogo às crianças!' Ensino-as a jogar dados a dinheiro, e o outro me diz: 'Não tive em mente (*gemeint*) um jogo como esse'. Deveria ele ter tido uma vaga idéia da exclusão do jogo de dados, no momento em que me dera a ordem?" [WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 54.]

também pela dificuldade de atribuição do que é moral e do que é imortal no espaço e no tempo.³³¹ A inserção de pontos de reentrada de padrões éticos ao sistema normativo é amplamente aceita num patamar neoconstitucionalista atual³³², contudo o “princípio” da moralidade administrativa tem sido deixado de lado, ou muitas vezes tem sido vítima de busca de encaixe em teorias não pensadas para a realidade da Constituição brasileira. A moralidade administrativa é aplicada, portanto, no modelo tudo-ou-nada³³³ devido à sua possibilidade linguística e de existência racional, embora seja o mais vago de todos os “princípios” constitucionais. Qualquer norma que seja a extrema janela do sistema normativo para uma fonte moral pura³³⁴, sem limitações linguísticas pelas estruturas de princípios, políticas e regras é uma norma moral que precisa ser limitada, a fim de que a reentrada absolutizadora de padrões morais no sistema normativo, ao invés de adaptá-los às realidades reinantes, não acabe subvertendo o sistema normativo num não mundo não-norma, num mundo em que reina o caos.

Tal mundo caótico foi reafirmado no julgamento do Recurso Extraordinário 630.147 ao serem contrapostos a reserva legal (imponderável), de um lado, e a moralidade administrativa, de outro, o Min. Lewandowski, em seu voto, acabou por utilizar a proporcionalidade no modelo de Alexy para dizer que a moralidade administrativa deveria suplantar a reserva legal. Ora, ao ocorrer isso nada sobrou da reserva legal, e o núcleo vital do “princípio”, como ficou? O que se percebe é que a teoria da proporcionalidade foi utilizada indiscriminadamente sobre normas que não tinham as características básicas para fazerem parte do procedimento da proporcionalidade. Este desacobertamento dos fatores normativos, portanto, é meio

³³¹ “A compreensão de ser vaga e mediana pode também estar impregnada de teorias tradicionais e opiniões sobre o ser, de modo que tais teorias constituam, secretamente, fontes de compreensão dominante. O que se busca no questionar de ser não é algo inteiramente desconhecido, embora seja numa primeira aproximação, algo completamente inapreensível.” [HEIDEGGER, Martin. Op. cit., p. 41.]

³³² BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos...*, p. 29.

³³³ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, p. 39.

³³⁴ “Neste particular, a questão que se põe em relação à teoria de Dworkin refere-se à possibilidade de tratar-se de mais um modelo jusnaturalista: os princípios jurídicos seriam deduzidos de mandamentos morais universais. Parece-me que esse argumento não procede. Os princípios jurídicos assentam-se na ‘moralidade comunitária’, entendida como ‘a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem’, e a origem deles, embora não resida na ‘decisão particular de um poder legislativo ou tribunal’ nem em uma regra de reconhecimento, encontra-se ‘na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo’. Ou seja, em Dworkin, os princípios jurídicos apoiam-se na moralidade de uma *determinada comunidade política* e surgem e transformam-se no *processo histórico*.” [NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra...*, p. 63-64.]

capaz de dar maior efetividade à proporcionalidade sem se deixar cair nas armadilhas pseudoargumentativas por traz das palavras mágicas “princípio” e “proporcionalidade”.³³⁵

A normatividade positiva da moralidade administrativa somente é atingida e demonstrada por meio do resultado final da ponderação por proporcionalidade. Assim, antes da aplicação do método da proporcionalidade pelo intérprete não há como medir a normatividade positiva da moralidade administrativa, pois somente há normatividade negativa escondida sob o manto linguístico das demais normas. Desse modo, a moralidade administrativa existe vinculada às demais normas de uma forma subsidiária até o exato momento da aplicação. Portanto, a moralidade administrativa é construída durante o processo interpretativo.

Tal ressalva deve ser feita, a fim de que a moralidade administrativa não seja medida pelos padrões éticos do intérprete, mas seja construída por meio da recomposição dos conflitos dos padrões éticos reentrados no sistema normativo pelos princípios e pelas políticas durante o método da proporcionalidade, ou mesmo por qualquer tipo de norma quando de sua aplicação não conflitante. Em suma, antes de realizado o ato interpretativo é impossível se saber se há ou não há moralidade/imoralidade administrativa, embora se possa falar num sentimento de imoralidade numa expectativa psicológica pré-interpretativa, não se pode dizer se há imoralidade normativa, pois o sentimento é individual do intérprete enquanto a moralidade administrativa é medida somente de um ponto de vista dos acordos coletivos estratificados no sistema normativo como um todo.³³⁶ Portanto, fica assim delimitada a possibilidade de atuação da moralidade administrativa no ordenamento jurídico.

Logo, normas de âmbito de validade ou invalidade dualista (legal/ilegal, moral/imoral, etc.) não se submetem à ponderação pela proporcionalidade, uma vez

³³⁵ “O problema aparece no momento em que há uma banalização dos princípios e o uso do conceito passa a sofrer uma indicação aleatória, como foi retratado anteriormente – daí a necessidade de uma crítica do conceito para que saibamos nos movimentar corretamente no uso de conceito de princípio ou no mínimo para dizer o ‘que não é um princípio.’” [STRECK, Lenio Luiz. *Verdade...*, p. 502.]

³³⁶ “Nessa perspectiva, embora os princípios jurídicos se refiram a um determinado círculo de destinatários da respectiva ordem jurídica, essa limitação fática do âmbito de validade não deve enfraquecer o seu caráter deontológico enquanto determinam o que é devido para todos os seus destinatários, inclusive porque os conteúdos teleológicos que entram no direito, especialmente as orientações axiológicas do legislador, são “domesticados” mediante a “*primazia* estrita conferida a pontos de vista normativos” pelo sistema de direitos.” [NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra...*, p. 82.]

que não são alcançadas pela função relativizadora do método de ponderação via fracionamento de seu alcance, representando assim reservas de não ponderação.

A segunda reserva de não ponderação se refere à vinculação aos limites argumentativos dos precedentes judiciais (por meio da influência do *stare decisis*), havendo assim a reserva de não ponderação da *ratio decidendi* dos precedentes, como se explica na sequência.

Os precedentes são uma realidade, sendo que a ponderação não pode desconsiderá-los. Desde a teoria positivista de Hart, por exemplo, existe uma preocupação com a legislação diária por meio dos precedentes judiciais, ante a mutabilidade dos conceitos postos no texto, havendo, portanto, uma verdadeira jurisdição regulamentar³³⁷ exercida pelo Judiciário. Dessa forma, Hart assimila o Judiciário em sua teoria para explicar o fenômeno da vinculação pelos precedentes, como o ente institucional responsável por uma “orientação adicional” (nos moldes de um poder regulamentar da lei) de controle social, vez que é este o fundamento do direito baseado numa intervenção limitada na sociedade, balizada pela norma de textura aberta, para “explicar” o sentido da norma para cada caso.³³⁸ Observa-se que mesmo Kelsen, em sua fase norte-americana, aceita os precedentes como instrumentos de criação do direito num nível político e argumentativo.³³⁹

A utilização da vinculação da interpretação constitucional por meio de precedentes judiciais tem sido de intensos debates nos meios jurídicos brasileiros, seja por seus efeitos processuais, seja por seus fundamentos constitucionais. Assim,

³³⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. Op. cit., 171.

³³⁸ “Em qualquer grupo numeroso, as normas gerais, os padrões de conduta e os princípios – orientações específicas transmitidas separadamente a cada indivíduo – constituem necessariamente o principal instrumento de controle social. Se não fosse possível transmitir, sem nenhuma orientação adicional, padrões que exigem deles certos comportamentos em determinadas circunstâncias – não existiria nada do que hoje entendemos por direito.” [Ibidem, p. 161.]

³³⁹ “A decisão judicial também pode criar uma norma geral. A decisão pode ter força de obrigatoriedade não apenas para o caso em questão, mas também para outros casos similares que os tribunais tenham eventualmente de decidir. Uma decisão judicial pode ter o caráter de um precedente, *i. e.*, de uma decisão obrigatória para a decisão futura de todos os casos similares. Ela pode, contudo, ter o caráter de precedente apenas se não for a aplicação de uma norma geral preexistente de Direito substantivo, se o tribunal atuou como legislador. A decisão de um tribunal num caso concreto assume o caráter de precedente obrigatório para as decisões futuras de todos os casos similares por meio de uma generalização da norma individual criada pela primeira decisão. É a força de obrigatoriedade da norma geral assim obtida que é a essência de um chamado precedente. Apenas com base nessa norma geral é possível estabelecer que outros casos são ‘similares’ ao primeiro, cuja decisão é considerada o ‘precedente’ e que, conseqüentemente, esses outros casos devem ser decididos da mesma maneira. A norma geral pode ser reformulada pelo próprio tribunal que criou o precedente. Ou pode ser deixada para outro tribunal, obrigado pelo precedente a derivar dele a norma geral, sempre que surja um caso pertinente.” [KELSEN, Hans. *Teoria do...*, p. 216.]

a utilização de precedentes judiciais tem duas classes de defensores bem distintas. A primeira delas é da vinculação forte aos precedentes judiciais, sendo tal aporte teórico advindo das influências da *Common Law* em terras brasileiras.³⁴⁰ Assim, os precedentes passariam a fazer parte da própria Constituição, havendo uma Constituição invisível (porém perceptível³⁴¹) a ser respeitada, isso numa leitura do Direito como integridade influenciada por Ronald Dworkin com seu aporte da impregnação do Direito pela história³⁴² na integridade do romance em cadeia, sendo que normas, valores e história atuam numa simbiose de um ciclo quase-ecológico de realimentação argumentativa.

A segunda grande linha doutrinária, vinculada à teoria da argumentação, advinda principalmente de Robert Alexy³⁴³, em que há uma vinculação frágil aos precedentes³⁴⁴, devido principalmente à fluidez dos conceitos jurídicos e aos

³⁴⁰ “Na medida em que os precedentes podem ser entendidos como decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões subsequentes, é possível afirmar que aplicar lições do passado para solucionar problemas atuais e futuros faz parte da razão humana prática.” [QUEIROZ BARBOZA, Estefânia. Op. cit. p. 167.]

³⁴¹ “Os verdadeiros fundamentos do direito não estariam todos expressos em palavras publicadas, mas deixados implicitamente nos casos já decididos. Desse modo, em novos casos, haverá respostas jurídicas esperando para serem desenhadas a partir dos casos antigos.” [Ibidem, p. 35.]

³⁴² DWORKIN, Ronald. *O Império...*, 278.

³⁴³ “O fundamento de uso dos precedentes é constituído pelo princípio da universalidade, a exigência que é própria a toda concepção da justiça, enquanto concepção formal, de tratar de igual maneira ao igual. Com isso se evidencia imediatamente uma das dificuldades decisivas do uso dos precedentes: nunca há dois casos completamente iguais. Sempre se encontra uma diferença. O verdadeiro problema se transfere, por isso, à determinação da relevância das diferenças. Porém, antes de entrar nele, é importante outra questão. É possível que um caso seja igual a outro caso anteriormente decidido em todas as circunstâncias relevantes, mas que, porém, se queira decidir de outra maneira porque a valoração destas circunstâncias mudou. Se se quiser seguir apenas o princípio da universalidade seria impossível essa decisão diferente. Mas a exclusão de qualquer mudança seria então incompatível com o fato de que toda fórmula tem uma pretensão de correção. Por outro lado, o cumprimento da pretensão de correção faz parte precisamente do cumprimento do princípio da universalidade, ainda que seja somente uma condição. Condição geral é que a argumentação seja justificável. Nesta situação surge como questão de princípio a exigência do respeito aos precedentes, admitindo afastar-se deles, mas cabendo em tal caso a *carga da argumentação* a quem queira se afastar. Rege, pois, o princípio de inércia perelmaniano que exige que uma decisão só pode ser mudada se se podem apresentar razões suficientes para isso. A satisfação da carga da prova somente pode ser constatada pelos participantes, reais ou imaginários, do discurso.” [ALEXY, Robert. *Teoria da...*, p. 265.]

³⁴⁴ “A segurança jurídica e a proteção da confiança não são certamente os únicos fins. Se fossem, não seria admissível afastar-se dos limites do princípio de inércia. Do ponto de vista da teoria do discurso, a razão mais importante em prol da racionalidade do precedente que responda ao princípio da universalidade e de inércia deriva dos limites da argumentação prática geral. Como se mencionou anteriormente, as regras do discurso não permitem encontrar sempre precisamente um resultado correto. Com frequência resta uma considerável margem do discursivamente possível.” [Ibidem, p. 266.]

aspectos políticos e culturais inerentes à reentrada de valores morais por meio das janelas normativas dos princípios.³⁴⁵

O que se percebe é que a vinculação fraca aos precedentes proposta por Alexy acaba por buscar uma noção fraca da própria força de legitimação e de estabilização do sistema jurídico como um ente de segurança jurídica e de isonomia nas relações sociais.³⁴⁶

Não há isonomia na aplicação indiscriminadamente seletiva do direito³⁴⁷, com uma matriz argumentativa diferente para casos com graus de semelhança, e isso, como demonstrado no capítulo 1, é muito comum nos casos de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (e em outros casos, em outras linhas históricas de julgados, em outros Tribunais).

Assim, o *distinguishing*³⁴⁸ é o método adotado para se buscar uma superação da vinculação estabelecida pelos precedentes (*overruling*³⁴⁹), sendo que tal

³⁴⁵ “O uso dos precedentes se mostra assim como procedimento de argumentação exigido por razões prático-gerais (princípio da universalidade/regra da carga de argumentação), sendo, nessa medida, racional. Seu uso pressupõe argumentos adicionais, especialmente, argumentos práticos do tipo geral.” [Ibidem, p. 268.]

³⁴⁶ “O que caracteriza as decisões judiciais que criam precedentes, ao contrário, é não serem os enunciados das decisões judiciais usados apenas para a comunicação de propostas, mas também para a execução de atos.” [Ibidem, p. 266.]

³⁴⁷ “ A igualdade perante a lei, a certeza e segurança jurídicas ou mesmo a previsibilidade das decisões judiciais podem ser vistas como questões moralmente aceitas e exigidas numa sociedade, assim como podem ser consideradas direitos fundamentais, como acontece no Brasil. Não obstante, é importante ressaltar que esses valores ou direitos têm também um aspecto instrumental, e a prática de respeito aos precedentes também se justifica do ponto de vista utilitarista garantindo os seguintes resultados: i) eficiência da justiça no sentido de economia do trabalho dos juízes; ii) eficiência no interesse das partes, no sentido de confiabilidade no que já foi decidido; iii) evitar (avoidance) litígios desnecessários especialmente quando já existirem decisões a respeito por Cortes superiores.” [QUEIROZ BARBOZA, Estefânia. Op. cit. p. 180.]

³⁴⁸ “ A atividade de distinção (*distinguishing*) permite uma explicação mais imparcial e simples no sentido de que a decisão anterior não foi respeitada porque seus fatos são distintos, materialmente diferentes, daqueles do caso que está para ser decidido.

Distinguishing é o que os juízes fazem quando no processo de decisão eles distinguem entre um caso e outro.

A distinção de um caso é fundamentalmente um problema de diferenciar a *ratio decidendi* da *obiter dicta* – separando-se os fatos que são materialmente relevantes daqueles que são irrelevantes para a decisão. A distinção entre um caso e outro é primeira e primordialmente uma questão de se mostrar diferenças fácticas entre o caso antecedente e o caso atual, demonstrando-se que a *ratio* do precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso em questão.” [Ibidem, p. 194.]

³⁴⁹ “ Pretende-se, assim, estudar, no presente capítulo, a doutrina dos precedentes vinculantes, assim como de que modo a *ratio decidendi* é identificada para que haja vinculação aos precedentes nos casos futuros. Também serão examinadas as hipóteses de revogação (*overruling*) e distinção (*distinguishing*) dos precedentes como componentes da própria doutrina.” [Ibidem, p. 164.]

superação deve ser igualmente fundamentada, pois os fundamentos principais³⁵⁰ são a base para a formação de um novo precedente.

Dessa forma, o uso do precedente significa a aplicação de uma norma que deu origem ao precedente³⁵¹, uma vez que a técnica dos precedentes dá valor à acumulação de conhecimento do passado³⁵² (historicidade), devendo a decisão precedente ser respeitada por ter sido construída segundo os postulados do sistema³⁵³. Nesse caminhar, a observância correta dos precedentes representa um marco de racionalidade³⁵⁴ e uma representação de boa-fé por parte do intérprete³⁵⁵ para com as partes e para com a sociedade.

Logo, os precedentes, devido à sua força argumentativa, têm o potencial de levar à universalidade³⁵⁶ e, por sua vinculação política, à racionalidade do Poder

³⁵⁰ “ O ponto mais importante é que, por um lado, muitos enunciados dogmáticos estão inoncorporados também em precedentes e, por outro, as decisões judiciais são aceitas pela dogmática que pretende precisamente ser dogmática do direito vigente.” [ALEXY, Robert. *Teoria da...*, p. 266.]

³⁵¹ “ O uso de um precedente significa a aplicação da norma que subjaz a decisão precedente. ‘O Direito do precedente é também um Direito de normas’. A questão é o que se deve considerar como norma, do ponto de vista do precedente. Com este propósito, construíram-se numerosas teorias para distinguir entre *ratio decidendi* e *obter dictum*. A formulação limitada que aqui se permite, em lugar de entrar na discussão destas teorias, apontar [sic] unicamente dois fatores: a possibilidade do *distinguishing* e do *overruling*. A técnica do *distinguishing* serve para interpretar de forma estrita a norma que se deve considerar sob a perspectiva do precedente, por exemplo, mediante a introdução de uma característica do fato hipotético que não existe no caso a ser decidido, de maneira que não seja aplicável a este caso. Com isso, o precedente continua sendo respeitado. A técnica do *overruling*, ao contrário, consiste na rejeição do precedente. No entanto, para esta análise, só interessa o seguinte: tanto o *distinguishing* quanto o *overruling* devem ser fundamentados.” [Ibidem, p. 268.]

³⁵² “ O corpo de precedentes disponíveis para serem considerados em qualquer sistema jurídico representa, assim, uma acumulação de conhecimento do passado. Não é sempre, e não tem que ser sempre, que existe uma perfeita equivalência entre um novo caso e algum precedente. É mais provável que, para cada caso novo, um conjunto de decisões prévias garanta alguns modelos similares que possam ser adotados ou adaptados para solucionar o problema que se enfrenta atualmente.” [QUEIROZ BARBOZA, Estefânia. Op. cit. p. 167.]

³⁵³ “ A ideia que decorre da doutrina do *stare decisis* é a de respeito às decisões judiciais precedentes, ou respeito aos precedentes, decisões que já foram tomadas anteriormente por outros tribunais e que resolveram problema semelhante (*treat like cases alike*). Diversamente do que ocorre nos sistemas de *civil law*, o *stare decisis* significa que mesmo uma única decisão tomada individualmente pelos tribunais deve ser respeitada, é o que GOODHART chama de ‘doutrina do precedente individual obrigatório’, ou seja, um só precedente é o bastante para constituir direito e gerar obrigação.” [Ibidem, p. 167.]

³⁵⁴ “ Entende-se a importância de se seguir os precedentes sob pena de se ter decisões inconsistentes e instáveis, o que levaria a um sistema judicial caótico. Além disso, o respeito aos precedentes pelos tribunais garante a fé pública no Judiciário, como fonte de julgamentos impessoais e fundamentados.” [Ibidem, p. 173-174.]

³⁵⁵ “ Um precedente é, destarte, uma decisão judicial que contém em si mesma um princípio. O princípio subjacente que forma a parte impositiva da decisão é chamado *ratio decidendi*. Veja-se que a decisão concreta é vinculante para as partes, mas é a *ratio decidendi* abstratamente considerada que adquire força de lei para todos.” [Ibidem, p. 185.]

³⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da...*, p. 265.

Judiciário³⁵⁷ como intérprete último da Constituição. Destarte, os precedentes devem fazer parte do processo de interpretação.³⁵⁸ Assim, os precedentes (com a história falível a eles aderidos pelo romance em cadeia de Dworkin³⁵⁹) são a vinculação última aos limites da ponderação, logo se apresenta mais uma reserva de não ponderação, eis que a eventual aplicação do método da proporcionalidade não pode desconsiderar os precedentes da Corte.

Nesse caminhar é interessante realizar a comparação entre o *Caso Joaquim Roriz* e o *Caso Jader Barbalho*, eis que o Supremo Tribunal Federal deu exemplo de como se muda o posicionamento central de uma interpretação e não se justifica, não houve *distinguishing*, sendo que no Recurso Extraordinário 630.147 (Caso Joaquim Roriz) a Corte entendeu (a partir da interpretação do art. 13, inciso IX, alínea “b”, do Regimento Interno do Tribunal) que não cabia voto de qualidade ao Presidente do Supremo Tribunal Federal para o desempate de resultado de julgamento em Recurso Extraordinário³⁶⁰, sendo que em cerca de pouco mais de um ano depois o mesmo Supremo Tribunal Federal decidiu absolutamente o contrário sem qualquer justificativa de fundo (Caso Jader Barbalho), sendo que o Ministro Presidente da Corte desempatou julgamento no Recurso Extraordinário 631.102.³⁶¹

Isso demonstra que os precedentes podem ser modificados, que tais modificações podem existir num ponto de vista válido dentro do Direito, mas que deve haver a seleção do ponto de distinção entre os casos do passado e do presente pelos argumentos que os tornem diversos na essência da *ratio decidendi*. Somente assim se pode falar na possibilidade de *overruling* mediante o respeito mínimo à linha histórica dos precedentes (horizontalidade do *stare decisis*), mudanças estas que só podem existir para uma adaptabilidade de sua validade e de sua racionalidade (aí existe o próprio respeito à *ratio decidendi* vinculada ao consenso, imperfeito, do romance em cadeia) no decorrer do avanço da relação espaço-tempo.

A terceira reserva de não ponderação se refere aos limites do conceito vinculado ao texto, pois os conceitos determinados (ou de indeterminação interna

³⁵⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. Op. cit. p. 172.

³⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 261.

³⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império...*, p. 276.

³⁶⁰ Empate devido à ausência (aposentadoria) do ex-Ministro Eros Grau.

³⁶¹ Empate causado pela ausência (aposentadoria) da ex-Ministra Ellen Gracie.

apenas – como aqui será explicado) não podem ser violados e reinventados sob a pecha de que se está a buscar uma aplicação “proporcional” do Direito. Dessa forma, se apresenta a reservação de não ponderação baseada na existencialidade do conceito.

O conceito é figura tratada pela hermenêutica filosófica³⁶² e pela hermenêutica jurídica³⁶³ como a essência não metódica³⁶⁴ de alcance do ser. O ser é o *ser-aí* (*Dasein*)³⁶⁵, é o ser num mundo que jamais poderá ser diferente do que ele é, devido às características únicas que comandam sua existência na temporalidade³⁶⁶, por isso a busca pela verdade na hermenêutica filosófica, nomeadamente em Heidegger e Gadamer, é uma negação do método processualístico de interpretação. Assim, a verdade³⁶⁷ não é senão um sopro de recorte temporal no espaço-tempo

³⁶² “ Já a noção de “ser-no-mundo” é visualizada em três aspectos: o “em-um-mundo”, o “ente” e o “ser-em”, este não comportando a concepção de que é uma coisa (corpo humano) dentro de um ente simplesmente dado (mundo), mas sim um existencial por determinar ontologicamente a presença, de tal modo que sua relação com o mundo se dê por imersão e não por mera justaposição.

Imerso em determinado contexto histórico cultural [sic] que lhe impõe uma totalidade de significados previamente dada e insuperável, o *Dasein* revela toda sua limitação, finitude e temporalidade como uma condição que impõe sentido aos entes ao mesmo tempo em que é por eles determinado.

Pode-se afirmar que esta é uma das principais características existencialistas da filosofia heideggeriana, pois essa determinação recíproca se dá num processo em que, de um lado o mundo já está dado antes do *Dasein* ser nele jogado e de outro, esse mundo dado apenas adquire sentido existencial porque o *Dasein* lhe fornece. Assim, “a realidade não é um mundo exterior, mas se encontrar [sic] no interior do mundo”.

Deste modo, a significação somente acontece dentro do universo linguístico-existencial já adquirido e disponibilizado pelo *Dasein*, ou seja, ela é determinada pela estrutura pré-compreensiva do ser humano que existe e está-aí.

Isto significa que a compreensão humana e sua consciência de mundo dependem de um conjunto de valores e conhecimentos dados *a priori* (pré-compreensão), frutos da própria condição de “estar-no-mundo” do *Dasein* que é causa do sentido existencial.” [MARRAFON, Marco Aurélio. Op. cit. p. 45-46.]

³⁶³ “ Penso que, a partir da hermenêutica filosófica – que tenho trabalhado como uma *Crítica Hermenêutica do Direito* –, é possível alcançar aquilo que pode ser denominado de ‘a resposta hermeneuticamente adequada à Constituição’, que, se assim se quiser, também pode ser chamada de ‘resposta correta’. Como procuro demonstrar, a interpretação do direito no Estado Democrático de Direito é incompatível com esquemas interpretativo-procedimentais que conduzam a múltiplas respostas, cuja consequência (ou origem) são discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos.” [STRECK, Lenio Luiz. Op. cit. p. 277.]

³⁶⁴ “o círculo hermenêutico é uma metáfora que indica o momento metódico que se realiza através dos giros entre o ser-interpretante e o objeto interpretado, numa dada tradição, onde a compreensão surge como um acontecimento que eclode “entre” esses giros a partir da historicidade em que está inscrita.” [MARRAFON, Marco Aurélio. Op. cit. p. 53-54.]

³⁶⁵ Ibidem, p. 46.

³⁶⁶ “Por isso, deve-se conceber e esclarecer, de modo genuíno, o tempo como horizonte de toda a compreensão e interpretação de ser. Para que isso se evidencie, torna-se necessária uma *explicação originária do tempo enquanto horizonte da compreensão de ser a partir da temporalidade, como ser da presença, que se faz no movimento de compreensão de ser.*” [HEIDEGGER, Martin. Op. cit. p. 55.]

³⁶⁷ “ Assim, as verdades da hermenêutica filosófica produzidas pela *práxis* hermenêutica não são metafísicas nem comprováveis empiricamente, não possuem o caráter de exatidão, universalidade e

pronto para ser descoberto naquele efêmero e transitório estado, o *ser-aí* (*Dasein*). Para os estritos limites desta pesquisa esta conceituação da hermenêutica filosófica se faz necessária. A hermenêutica jurídica, bebendo da fonte da hermenêutica filosófica, busca dar uma sincronia entre a hermenêutica e as figuras do Estado de Direito Constitucional para a procura de respostas possíveis, respostas estas que têm a pretensão de correção sem a necessidade de um procedimento de interpretação fechado sobre si mesmo.

Contudo, ao se realizar o assujeitamento da interpretação jurídica a métodos que constituem em procedimento argumentativo não se está aqui a realizar hermenêutica filosófica ou jurídica no sentido fiel da palavra que designa a escola filosófica.³⁶⁸ Uma vez que a hermenêutica é avessa ao método.³⁶⁹ Todavia, o enfoque deste trabalho é mais singelo, sobretudo em relação às possibilidades da hermenêutica no campo jurídico e aos limites deste estudo. Assim, aqui se emprestará figuras da hermenêutica filosófica para a definição dos limites dos conceitos, e sua abertura interpretativa, para buscar explicar um dos limites da ponderação. Portanto, ainda assim se está a tratar de argumentação jurídica e de busca de respostas corretas por meio da vinculação por precedentes e pela proporcionalidade.

Destarte, desde já fica esclarecido que não está a fazer uso da hermenêutica filosófica em sua conceituação técnica pura, uma vez que a hermenêutica é avessa a qualquer método (segundo os seus defensores), embora se possa falar num processo de desconstrução total³⁷⁰ e reconstrução do conceito a partir de uma série de dados interpretados em busca do *ser-aí*. Em suma, a análise conceitual da

necessidade dos saberes eminentemente teóricos, mas antes se constituem existenciais que acontecem a partir de pré-juízos determinantes da doação de sentido do ser aos entes numa dada totalidade no momento da compreensão, cuja atividade se realiza de modo não científico e sim prudencial, sendo, portanto, dotada de uma racionalidade prática, no sentido aristotélico.” [MARRAFON, Marco Aurélio. Op. cit. p. 54.]

³⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre, 1999, p. 187.

³⁶⁹ “Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à causalidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e conseqüentemente possível a opinião do texto – até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão.” [GADAMER, Hans-Georg. *Verdade...*, p. 405.]

³⁷⁰ “ Caso a questão do ser deva adquirir transparência de sua própria história, é necessário, então, que se abale a rigidez e o enrijecimento de uma tradição petrificada e se removam os entulhos acumulados. Entendemos essa tarefa como *destruição* do acervo da antiga ontologia, legado pela tradição. Deve-se efetuar essa destruição seguindo-se o *fio condutor da questão do ser* até chegar às experiências originárias em que forma obtidas as primeiras determinações de ser que, desde então, tornaram-se decisivas.” [HEIDEGGER, Martin. Op. cit. p. 60-61.]

hermenêutica ao ser colocada sob o jugo de um sistema processual de interpretação do Direito deixa de ser hermenêutica e passa a fazer parte de um processo de interpretação pré-concebido. De um modo geral tal inserção de um modelo de conceito com linhas hermenêuticas já existe no Direito, mas é mascarado sob outros nomes como interpretação teleológica, interpretação gramatical e interpretação histórica nos manuais de interpretação constitucional, isso se deve à interação teórica positiva entre as teorias e suas influências em terras brasileiras. Assim, aqui se apreende institutos da hermenêutica para servir ao método processual de interpretação do Direito, o que acaba por se caracterizar, ao final, como método de interpretação não hermenêutico, frise-se.

Dessa forma, o conceito se apresenta em duas vertentes, os que possuem a característica de fechamento linguístico nos limites de sua essência³⁷¹ (e os que a hermenêutica dá conta – chamados aqui de *conceitos indeterminados internos*) e os indeterminados (construídos pela argumentação processualizada, como já trabalhado em tópicos anteriores – chamados neste estudo de *conceitos indeterminados externos*). Neste tópico trata-se dos primeiros, os conceitos “fechados”, havendo um incursão pela historicidade do conceito a fim de ser buscada a essência da temporalidade do que ele significa, eis que mesmo a vinculação histórica ao conceito apresenta limites.³⁷²

Um exemplo de respeito aos limites conceituais acontece com o conceito de livro, para fins de interpretação da imunidade tributária do art. 150, inciso VI, alínea “d”, da Constituição Federal³⁷³, eis que na década de 1980, na época da Assembleia

³⁷¹ “Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.” [GADAMER, Hans-Georg. *Verdade...*, p. 402.]

³⁷² “Historicidade indica a constituição de ser do ‘acontecer’, próprio da presença como tal. É com base na historicidade que a ‘história universal’, e tudo que pertence historicamente à história do mundo, torna-se possível. Em seu ser fático, a presença é sempre como e ‘o que’ ela já foi. Explicitamente ou não, a presença é sempre o seu passado e não apenas no sentido de passado que sempre arrasta ‘atrás’ de si e, desse modo, possui, como propriedades simplesmente dadas, as experiências passadas que, às vezes, agem e influem sobre a presença. Não. A presença ‘é’ o seu passado no modo de *seu* ser, o que significa, a grosso modo, que ela sempre ‘acontece’ a partir de seu futuro.” [HEIDEGGER, Martin. Op. cit., p. 58-59.]

³⁷³ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
[...]

Constituinte, o conceito de “livro”, “jornal” e “periódico” que se tinha na humanidade era formado por papel (tendo a celulose como seu insumo)³⁷⁴, sendo que hoje a informação é veiculada por meios digitais (principalmente pela Internet e por meio de livros digitais e leitores de livros digitais). Logo, a imunidade tributária neste exemplo deve ser adaptada para a essência do conceito de livro de acordo com a temporalidade, pois o papel não faz parte do conceito de livro (*destruição* da hermenêutica filosófica – desconstruir o construído para ir até a essência do conceito mesmo que se rompa com a historicidade)³⁷⁵, mas sim é a própria essência da liberdade de informação prevista da Constituição que é protegida, não importando se o livro é impresso ou veiculado por meio digital, havendo de existir o alcance do conceito da norma até a sua realização no mundo físico.

Assim, se pode falar que os conceitos jurídicos indeterminados (conceitos jurídicos indeterminados externos) têm seu conteúdo construído pelo intérprete (neste é que há a possibilidade de ponderação), já, ao contrário, nos conceitos determinados (onde a hermenêutica atua com naturalidade – conceitos jurídicos indeterminados internos) não se admite uma construção totalmente argumentativa de sua essência, pois são pré-concebidos (preconceitos e historicidade) ao momento da interpretação.

Portanto, os preconceitos, tradicionais ou psicológicos, são o que impede a existência de “grau zero” na escala de significância dos conceitos.³⁷⁶ Assim, a existência do vácuo de significante (nos conceitos indeterminados externos) é a falta de preconceitos para o preenchimento *a priori* do conceito (preenchimento que só ocorre nos conceitos indeterminados internos). Sem preconceitos o conceito fica sem *a priori* intersubjetivo, sem substância definida ou definível. Na essência um texto desprovido de preconceito pelo intérprete é um mero conjunto de signos que

VI - instituir impostos sobre:

[...]

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.”

³⁷⁴ Época em que o jornal *Folha de São Paulo* chegou a ter tiragem de mais de um milhão de exemplares, sendo que hoje em dia imprime pouco mais de cem mil exemplares aos domingos (dia de maior vendagem).

³⁷⁵ “sempre que se vai explicar o que são os objetos simples, se revela uma subordinação do sentido fenomenológico ao fisicalista através da tendência de transferência ilícita para o domínio do primeiro de alguns conceitos próprios do segundo.” [MARRAFON, Marco Aurélio. Op. cit. p. 31.]

³⁷⁶ “é privilegiada a elevação da historicidade à condição de princípio hermenêutico, agora desdobrável quatro elementos: o círculo hermenêutico; os preconceitos como condição da compreensão, a distância temporal e a história efetual.” [Ibidem, p. 53.]

pouco representa (o que torna impossível se extrair uma norma do texto sem que haja um exercício hiper-integrativo de índole argumentativa).

Dessa forma, os conceitos hermenêuticos possuem sentido essencial independentemente de qualquer ação intelecto-integrativa do homem, uma vez que tais sentidos devem ser descobertos dentro de seus limites linguísticos. Os limites dos conceitos nunca podem ser sobrepujados, pois, do contrário não se estaria a interpretar, mas verdadeiramente a legislar, a romper com o mínimo essencial do conceito e criar novo. Isso não é interpretação, embora por vezes o Supremo Tribunal Federal ainda sustente que a criação de modelos normativos diversos dos que constam na Constituição Federal é uma possibilidade de interpretação do Direito (como na interpretação que levou à atribuição de efeitos para a decisão da ADPF 130, por exemplo).

Logo, só há possibilidade de rompimento do conceito por meio de evolução social (temporalidade), desde que tal rompimento não traga ônus jurídicos para outras partes juridicamente interessadas. O maior rompimento de conceito experimentado pelo direito nos últimos tempos foi a admissibilidade da união estável homoafetiva³⁷⁷ e do casamento homoafetivo³⁷⁸. Tais interpretações se basearam no princípio da isonomia para reconhecer a igualdade de direitos entre casais heterossexuais e casais homossexuais, rompendo com a historicidade dos conceitos de casamento e de união estável entre um homem e uma mulher. Ora, do rompimento do conceito não surgiram efeitos jurídicos na forma de ônus para as garantias fundamentais e para os demais direitos subjetivos de quem quer que seja, o que demonstra a possibilidade de rompimento do conceito num estado de necessidade democrático quando se apresenta a inércia do legislativo ou do executivo.

Os exemplos de rompimento da historicidade dos conceitos, em busca de sua essência perdida no tempo, em busca do *ser-aí* (ente no presente com a sua história) e não do *ser* que já foi e não é mais, podem ser demonstrados por meio

³⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. União Homoafetiva. ADPF 132, Relator: Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05 de maio de 2011. Disponível em www.stf.jus.br; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. União Homoafetiva. ADI 4277, Relator: Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05 de maio de 2011. Disponível em www.stf.jus.br.

³⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito de Família. Recurso Especial. Casamento Homoafetivo. RESP 1.183.378, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25 de outubro de 2011. Disponível em www.stj.jus.br.

rompimento do conceito de “servidor público” para se reconhecer direitos constitucionais aos “empregados públicos”; pelo rompimento do conceito de “família”, a fim de se buscar a família como núcleo protetivo do ser humano (heterossexual, homossexual, etc.) acima dos sentimentos sociais baseados em pré-conceitos morais; o rompimento do conceito de território físico de aplicação do direito para a transcendência de um “território” virtual das relações sociais (Internet, redes sociais, jogos eletrônicos, etc.) a ser regulado pelo sistema jurídico ainda pensado para o mundo físico; o rompimento do conceito de livro de papel e impresso à tinta para a reconstrução do conceito de livro vinculado ao seu poder informativo e “impresso” em *bytes* e *pixels*.

Assim, tais conceitos indeterminados internos (ou, como mais conhecidos, conceitos “determinados”) se diferenciam de conceitos indeterminados externos, por exemplo, de “interesse público” para o Direito Administrativo ou de “preceito fundamental” para saber se é cabível o ajuizamento de uma Arguição de Descumprimento Fundamental para defender determinado direito.

Portanto, o rompimento do conceito passa a ser a desconstrução dos elementos secundários do conceito (ele impregnados pela historicidade do ser) para uma reconstrução a partir de sua essência com o uso dos elementos históricos para a sua formação em torno de seu núcleo original de existência.³⁷⁹ Logo, a essência do conceito agrega suas características principais, enquanto os aspectos mutáveis no conceito se perfazem em características secundárias.

Por fim, fica demonstrada a diferença fundamental entre os conceitos “determinados” (ou indeterminados internos) e os conceitos indeterminados (ou indeterminados externos), sendo que os primeiros representam reservas de não ponderação (sendo protegidos da elasticidade da ponderação e protetores da identidade do sistema jurídico) e os segundo são construídos pela ponderação (por ausência de *a priori* intersubjetivo, por falta de elementos pré-interpretativos conceituais sólidos num só ato do pensar).

³⁷⁹ [...] “de acordo com um modo de ser que lhe é constitutivo, a presença tem a tendência de compreender seu próprio ser a partir *daquele* ente com quem ela se relaciona e se comporta de modo essencial, primeira e constantemente, a saber, a partir do ‘mundo’. Na própria presença e, assim, em sua compreensão de ser, reside o que ainda demonstraremos como reflexo ontológico da compreensão de mundo sobre a interpretação da presença.” [HEIDEGGER, Martin. Op. cit. p. 53.]

A quarta reserva de não ponderação é baseada nos limites racionais e lógicos do sistema constitucional, assim trata-se da reserva de não ponderação da unidade da Constituição, conforme se demonstra neste ponto.

A proporcionalidade não pode romper com a sistemática constitucional sob o argumento de otimizar princípios, pois o sistema é feito das interações negativas de conceitos constitucionais não ponderáveis (demonstrados acima) com as interações positivas de conceitos constitucionais ponderáveis (princípios e políticas) para a construção proporcional de uma ordem alcançável de conceitos constitucionais construídos pela ponderação (conceitos indeterminados).

Assim, o sistema constitucional é manifestado como espírito do corpo de conceitos constitucionais, sendo que a ponderação não pode romper com a racionalidade sistêmica estruturante dos conceitos coletivamente considerados.³⁸⁰

Portanto, se os conceitos “determinados” são reservas de não-ponderação internas como demonstrado, o sistema constitucional se apresenta como a reserva de não ponderação com presença insuperável pela ponderação mediante a proporcionalidade. Assim, o sistema constitucional não pode ser rompido em sua racionalidade sistêmica³⁸¹ em nome da efetivação dos valores que realizam a retroalimentação dos princípios e das políticas.

Dessa forma, se num conflito de princípios, por exemplo, entre a inventada moralidade eleitoral³⁸² (tal princípio não existe na Constituição Federal) e a

³⁸⁰ “ No centro do sistema, irradiando-se por todo o ordenamento, encontra-se a Constituição, principal elemento de sua unidade, porque a ela se reconduzem todas as normas no âmbito do Estado. A Constituição, em si, em sua dimensão interna, constitui um sistema. Essa idéia de unidade interna da Lei Fundamental cunha um princípio específico, derivada da interpretação sistemática, que é o *princípio da unidade da Constituição*, para o qual se abre um capítulo específico mais adiante. A Constituição interpreta-se como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente. Mesmo as regras que regem situações específicas, particulares, devem ser interpretadas de forma que não se choquem com o plano geral da Carta. Além dessa unidade interna, a Constituição é responsável pela unidade externa do sistema.” [BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação...*, p. 136-137.]

³⁸¹ “Esse princípio ordena interpretar normas constitucionais de modo a evitar contradições com outras normas constitucionais e especialmente com decisões sobre princípios do direito constitucional. A ‘unidade da constituição’ enquanto visão orientadora da metódica do direito constitucional deve antepor aos olhos do intérprete, enquanto ponde partida, bem como, sobre tudo, enquanto representação do objetivo, a totalidade da constituição como um arcabouço de normas.” [MÜLLER, Friedrich. Op. cit. p. 84.]

³⁸² A aplicação do princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da Constituição Federal) é controversa fora das relações de Direito Administrativo, pois houve a tentativa de aplicação da moralidade administrativa em relação jurídica de Direito Eleitoral com a ADPF 144 no Supremo Tribunal Federal e com a edição Lei Complementar n.º 135/2010 (Lei “Ficha Limpa”) pelo Poder Legislativo. Nesse sentido, este autor entende que a moralidade administrativa é “princípio” setorial

presunção de inocência (Recurso Extraordinário 630.147 – já citado), devem ser consideradas outras variantes normativas, pois o conflito que envolve a presença da presunção de inocência traz consigo a racionalidade do método isonomia (vez que se não a atribuição antecipada de efeitos da condenação para outros crimes assim como se determina para crimes contra a administração pública). Portanto, se o método da isonomia, no exemplo, resta ferido, não há que se falar em possibilidade de ponderação pela proporcionalidade.

Portanto, a unidade da Constituição é feita de limites prévios a serem respeitados, para que somente num segundo momento possa ser fechada argumentativamente pelas possibilidades dos princípios e das políticas ponderados.

3.3. OS EFEITOS NA DECISÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: O RESULTADO DA INTERPRETAÇÃO

Após a passagem dialógica pela adequada classificação das normas e pelo processo de interpretação que inclui a vinculação argumentativa aos fundamentos do julgamento em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o que se percebe é que o julgamento deve se pautar por uma vinculação com um método que possua maior possibilidade democrática³⁸³ de respeito ao sistema normativo e à racionalidade escolhida pelo constituinte originário.

Assim, a interpretação deve ser pensada num intuito de boa-fé, com a total exposição dos motivos do processo interpretativo, a fim de que haja

da setorial administração pública, não alcançando tal princípio outras relações jurídicas, como às relativas aos direito políticos (relação própria do Direito Eleitoral e dos direitos de nacionalidade e cidadania).

³⁸³ “Los principios morales en cuestión pueden ser de índole procedimental, o sea legitimar al gobierno, no por su obra, por el contenido de las normas jurídicas que dicta, sino por su origen o por la forma en que dicta las normas jurídicas. Por supuesto que si la democracia es moralmente valiosa un gobierno democrático goza de este tipo de legitimidad, y hay una razón para obedecer sus normas que se apoya, no es contenido de éstas sino en el procedimiento de su sanción y en el origen del gobierno que las dicta.” [NINO, Carlos Santiago. *El Constructivismo Etico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 116.]

controlabilidade³⁸⁴ dos argumentos utilizados e da possibilidade, ou não, de verificação de uma mudança (*overruling*) na linha de precedentes adotada nos casos de atribuição de efeitos à declaração de constitucionalidade/inconstitucionalidade no procedimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Todavia, apenas a exposição dos motivos do julgamento não basta, pois é necessária uma vinculação horizontal aos precedentes pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, levando-se em conta as proposições do Capítulo 1, percebe que os precedentes de racionalidade dominante (*stare decisis*) na Corte apontam no seguinte sentido de que [1] existe efetivamente um controle de constitucionalidade/inconstitucionalidade superveniente³⁸⁵ de normas anteriores à Constituição de 1988 (embora, por vezes o Supremo se refira a tal fenômeno como “não recepção”), como nos julgamentos das ADPF's 46, 47, 53 e 187, mediante o afastamento determinado de cada dispositivo normativo que se teve por contrário à Constituição Federal (mediante declaração de inconstitucionalidade, inclusive com interpretação conforme a Constituição nas ADPF's 46 e 187); [2] a teoria da não recepção foi utilizada sem o devido *distinguishing* como argumento para afastar diplomas normativos integralmente na ADPF 33 (primeiro caso julgado) e na ADPF 130 (mediante declaração de “não recepção” no julgamento), sendo que tal método foi rechaçado nas ADPF 46, 47, 53 (após a ADPF 33 e a anteriormente à ADPF 130) e 187 (após a ADPF 130); e [3] há a possibilidade de se declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de práticas judiciais ou administrativas contrárias à Constituição Federal e que causem insegurança jurídica (ADPF 144)³⁸⁶.

Portanto, o que se observa é que as ADPF's 46, 47, 53 não seguirão a racionalidade do precedente da ADPF 33, sendo superado o método de afastamento integral do diploma normativo por possuir apenas parte dele em desconformidade

³⁸⁴ “Os juízes exercitam poder. Onde há poder deve haver responsabilidade: em uma sociedade organizada racionalmente, haverá uma relação diretamente proporcional entre poder e responsabilidade. De conseqüência, o problema da racionalidade judicial torna-se mais ou menos importante, conforme o maior ou o menor poder dos juízes em questão’. Essa afirmação de John H. Merryman, confirmada entre outros pelo relator francês do Congresso de Caracas, o magistrado Roger Fabre, indica de modo incisivo a *conexão* entre as duas acepções de responsabilidade judiciária: a responsabilidade como poder-função e a responsabilidade como dever de prestar contas (e eventuais sanções).” [CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 18.]

³⁸⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 221.

³⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 303-304.

com a Constituição, o que já representaria uma ausência de justificativa (*distinguishing*) que impossibilitaria o *overruling* em relação ao precedente.

Não obstante, depois de formada a linha de precedentes de que se declara a inconstitucionalidade apenas de dispositivo normativo (*ratio decidendi*), e não da norma geral, a ADPF 130 desafiou com facilidade os precedentes, mais uma vez sem a devida fundamentação (*distinguishing*), e declarou a não recepção da Lei 5.250/1967 por inteiro. Depois disso, a ADPF 187 retornou brandamente à linha de julgados das ADPF's 46, 47 e 53.

Ora, o que se observa é que na prática do Supremo Tribunal Federal na atribuição de efeitos à decisão em sede de Arguição de Descumprimento Fundamental não está instalada uma observação à racionalidade dos precedentes.

Isso já não é nenhuma novidade, o que causa a necessidade da maior discussão da vinculação horizontal aos precedentes por parte do Supremo Tribunal Federal.

Assim, ao ser utilizada a linha de precedentes sobre os efeitos da decisão na Arguição de Descumprimento Fundamental percebe-se que os precedentes que mais atendem à possibilidade de *stare decisis* no Supremo Tribunal Federal são os precedentes das ADPF's 46, 47, 53 e 187, sendo que o precedente da ADPF 33 remonta ao início incerto da aplicação do procedimento da ADPF da Corte e a ADPF 130 nada mais é do que o exemplo perfeito do desrespeito aos precedentes. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal deve respeitar a *ratio decidendi* dos precedentes das ADPF's 46, 47, 53 e 187, ignorando os demais casos apresentados ante a ausência de demonstração, na ADPF 130, de distinção nos motivos determinantes (*distinguishing*) dos julgamentos das demais ADPF's citadas que possibilitasse a existência de superação (*overruling*) dos precedentes.

Dessa forma, [1] há à possibilidade de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (ADPF's 46 e 187); [2] eis que a declaração de inconstitucionalidade seletiva por dispositivo legal (ADPF's 46, 47, 53 e 187), com a devida argumentação (a fim de se evitar a técnica utilizada na ADPF 130), é possível; [3] ante a possibilidade de existência de inconstitucionalidade superveniente frente à análise da Constituição de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o transcorrer deste estudo foi possível observar que o direito não pode mais ser analisado num esquema fracionário, numa vertente separada entre a teoria da norma e a teoria interpretativa, sendo que tal teoria interpretativa necessita da inclusão dos precedentes judiciais em sua mecânica, a fim de ser buscada uma coerência possível para o ordenamento.

Desse modo, buscou-se representar o problema por meio das inconsistências apresentadas na grande variabilidade de atribuição de efeitos às decisões no procedimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o que ficou ainda mais escancarado com a solução dada para a ADPF 130 (que afastou integralmente a Lei 5.250/1967) pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, a vinculação simbiótica entre a teoria da norma (mediante a adequada classificação das normas em regras, princípios e políticas) e a teoria da interpretação (com as possibilidades de ponderação e as reservas de não ponderação apresentadas) se demonstrou como possível à maior controlabilidade da discricionariedade judicial apresentada.

Neste ponto, a discricionariedade judicial se apresenta como existente no ordenamento jurídico, devendo ser reconhecida e delimitada, a fim de que, sem as devidas delimitações, não se transmute em arbitrariedade moralista do intérprete/julgador. Assim, concluiu-se que as lacunas do positivismo (Kelsen e Hart) não são totalmente preenchidas pela pretensão de completude dos modelos pós-positivistas baseados na argumentação jurídica (Alexy) ou na integridade (Dworkin), eis que a discricionariedade judicial é apenas deslocada para a colmatação dos espaços fluidos das normas (princípios e políticas) e para colmatação cognitiva da história na temporalidade (Direito como integridade).

Dessa forma, a convergência otimizante das teorias não as exclui, mas serve para o aprimoramento de uma possibilidade metodológica de um procedimento de interpretação do direito. Nesse paradigma, as janelas de reentrada da moral no direito são viáveis por meio das normas fluidas (princípios e políticas), porém devem ser enquadradas num método interpretativo e numa realidade normativa de identidade constitucional.

Dessa feita, a limitação aos excessos morais na interpretação do sistema jurídico é possível mediante a sintonia entre a teoria da norma e a teoria da interpretação utilizadas.

Nessa linha, os precedentes judiciais devem ser postos como reservas de não ponderação, reservas contra-argumentativas à efetivação das normas fluidas (princípios e políticas) e ao próprio alcance do método da proporcionalidade. Logo, dentro do método interpretativo do direito constitucional brasileiro é possível se falar numa vinculação aos precedentes judiciais (*stare decisis*), ante o respeito à *ratio decidendi* (motivos determinantes) das decisões, sendo esta uma vinculação horizontal do Supremo Tribunal Federal aos seus próprios precedentes, ante a necessidade de coerência na atuação da Corte. Dessa forma, tal coerência é buscada mediante o consenso, imperfeito, da integridade do Direito como um fruto da história. Portanto, a discricionariedade é fato antes de ser uma teoria, pois a discricionariedade dos conceitos abertos das normas (conceitos indeterminados externos) não acaba com os precedentes, mas apenas é deslocada para a interpretação da abertura de conceitos e de fatos históricos.

Portanto, ficou demonstrado (pelo menos no que se refere à linha de julgados sobre a atribuição de efeitos à decisão em sede de Arguição Descumprimento de Preceito Fundamental) que o Supremo Tribunal Federal varia sua interpretação sem realizar qualquer justificativa (*distinguishing*) superatória (*overruling*) da racionalidade (*ratio decidendi*) de seus próprios precedentes, o que se caracteriza como uma incoerência que fere a segurança jurídica e a isonomia do Direito como um todo.

Existe quem defenda, bebendo na fonte de Ferdinand Lassale, que os fatores reais de poder devem ser a fonte de alimentação da retórica do Supremo Tribunal Federal, sendo da Corte a única verdade sobre os conceitos constitucionais. Esta posição é aqui rechaçada. Uma democracia é incompatível com a “Supremocracia” (para citar a já referida expressão de Oscar Vilhena) no *establishment* dos dias atuais. Foi Aristóteles que, dentre vários modelos, fez a distinção entre tirania, democracia e demagogia, assim percebe-se que o Supremo Tribunal Federal hora pende à demagogia (a tirania da democracia) – como no caso da ADPF 130 – hora à democracia. Por isso, cada vez mais é necessário se estabelecer limites para a

atuação criativa da Corte, uma vez que o poderio desta já está bem assentado na atualidade.

Sendo assim, estas são as possibilidades de uma interpretação jurídica que seja aberta às influências positivas dos variados ramos da teoria do Direito, bem como que entenda as necessidades de um sistema constitucional como o brasileiro, a fim de que teorias interpretativas e explicativas do Direito não se sobreponham à realidade inafastável da Constituição Federal de 1988, por não perceber a natureza das disposições constitucional brasileiras. Assim, a Constituição brasileira necessita de uma teoria de interpretação dela própria, a fim de que o Poder Judiciário (e os outros intérpretes do Direito) a compreendam e a respeitem, o que fomentará, além da referida coerência, o reconhecimento da identidade do Supremo Tribunal Federal como uma Corte com método e valores fonte de seu pensamento, o que levará à correção interpretativa do Direito Constitucional pátrio.

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O Proporcional e o Razoável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. n.º 798.
- _____. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Cidade do México: Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais, 2003. n.º 1.
- ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*. in Doxa. Madrid: Biblioteca Virtual Miguel d' Cervantes, 1988. n.º 5.
- _____. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. 1.ª ed. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- _____. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 2.ª ed. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.
- _____. *The Argument From Injustice: a reply to legal positivism*. Traduzido por Stanley L. Paulson e Bonnie Litschewski Paulson. Nova York: Oxford University Press, 2002.
- ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.
- ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Sobre Principios y Reglas*. in Doxa. Madrid: Biblioteca Virtual Miguel d' Cervantes, 1991. n.º 10.
- ATRIA, Fernando. *La Ironía del Positivismo Jurídico*. in Doxa. Madrid: Biblioteca Virtual Miguel d' Cervantes, 2004. n.º 27.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5.ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 20.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- _____. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3.ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. Curitiba, 2010. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR).

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6.^a ed. rev., atuali. e amp. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. in BARROSO, Luís Roberto (org.) et al. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2.^a rev.e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito de Família. Recurso Especial. Casamento Homoafetivo. RESP 1.183.378, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25 de outubro de 2011. Disponível em www.stj.jus.br.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tributário. Agravo Regimental em Embargos de Divergência em Recurso Especial. Imposto de Renda. AgReg nos ERESP 279.889, Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Seção, julgado em 07 de abril de 2003. Disponível em www.stj.jus.br.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Comercialização de gás liquefeito de petróleo. ADI 855, Relator: Ministro Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, julgado em 06 de março de 2008. Disponível em www.stf.jus.br.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. União Homoafetiva. ADI 4277, Relator: Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05 de maio de 2011. Disponível em www.stf.jus.br.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Agravo Regimental em Petição. Improbidade Administrativa. Pet 3053 AgR, Relatora: Ministra Cármen

Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 13 de março de 2008. Disponível em www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Improbidade Administrativa. RE 579799 AgR, Relator: Ministro Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 02 de dezembro de 2008. Disponível em www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Controle de constitucionalidade sobre veto do Poder Executivo a Projeto de Lei aprovado. ADPF 1, Relator: Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 03 de novembro de 2000. Disponível em www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Exercício dos direitos políticos, presunção de inocência e registro de candidatura. ADPF 144, Relator: Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 06 de agosto de 2008. Disponível em www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Liberdade de Imprensa. ADPF 130, Relator: Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 06 de novembro de 2009. Disponível em www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de reunião e a “marcha da maconha”. ADPF 187, Relator: Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 15 de junho de 2011. Disponível em www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Monopólio de serviços postais. ADPF 46, Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 05 de agosto de 2009. Disponível em www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. União Homoafetiva. ADPF 132, Relator: Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05 de maio de 2011. Disponível em www.stf.jus.br.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Vinculação dos vencimentos de servidores públicos ao salário mínimo. ADPF 33, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 07 de dezembro de 2005. Disponível em www.stf.jus.br.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Vinculação de vencimentos de servidores públicos ao salário mínimo. ADPF 47, Relator: Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 12 de dezembro de 2007. Disponível em www.stf.jus.br.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Vinculação de vencimentos de servidores públicos ao salário mínimo. ADPF 53, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 22 de abril de 2008. Disponível em www.stf.jus.br.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Questão de Ordem em Petição. Improbidade Administrativa. Pet 3923 QO, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 25 de setembro de 2008. Disponível em www.stf.jus.br.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989.
- CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. *Como Levar o Supremo Tribunal Federal a Sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91*. in *Revista Direito GV*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2009. n.º 9.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2.^a ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *A “Notwithstanding Clause” e a Constituição do Canadá*. in *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011.
- DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. *Uma Teoria do Discurso Constitucional*. 1.^a ed. São Paulo: Landy, 2002.

- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 1.^a ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Levando os Direitos a Sério*. 3.^a ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009.
- FLORES, Joaquín Herrera. *La Reinención de los Derechos Humanos*. Sevilla: Atrapasueños, 2008.
- FORST, Rainer. *Contextos da Justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. Tradução: Denilson Luíz Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Tradução: Marco Antonio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009.
- _____. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4.^a ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GARGARELLA, Roberto. *De La Alquimia Interpretativa Al Maltrato Constitucional. La Interpretación Del Derecho en Manos de La Corte Suprema Argentina*. in GARGARELLA, Roberto (Coordenador) et al. *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.
- GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GREENE, Brian. *O Universo elegante: supercordas, dimensões ocultas e a busca da teoria definitiva*. Tradução: José Viegas Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.
- HÄBERLE, Peter. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Brasília: Tempo Brasileiro, 1997.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 4.^a ed. Tradução revisada e apresentação de Marcia Sá Cavalcante Shuback. Petrópolis: Vozes, 2009.
- HOGG, Peter; THORNTON, Allison. *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*. in *Options Politiques*. Montreal: IRPP, Abril, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3.^a ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *Teoria do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 3.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *Teoria Pura do Direito: versão condensada pelo próprio autor*. 2.^a ed. rev. Tradução de José Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARRAFON, Marco Aurélio. *O Caráter Complexo da Decisão em Matéria Constitucional: Discursos sobre a Verdade, Racionalização Hermenêutica e Fundação Ética na Práxis Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.^a ed. rev. e atual. Saraiva: 2009.
- MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4.^a ed. rev. e atual. e ampl. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. Tese defendida no concurso para professor titular do Departamento de Direito da Universidade de Brasília (UnB), 2010.
- _____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- _____. *Tranconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NINO, Carlos Santiago. *El Constructivismo Etico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

- REALE, Miguel. *Cinco Temas do Culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Filosofia do Direito*. 19.^a ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Lições Preliminares de Direito*. 25.^a ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y Positivismo*. México: Distribuciones Fontamara, 1999.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *A Arte de Ter Razão*. 2.^a ed. rev. Tradução: Alexandre Krug (alemão) e Eduardo Brandão (italiano). São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre, 1999.
- _____. *Verdade e Consenso*. 3.^a ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TRIBE, Laurence; e DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução de Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte, 2007.
- VILHENA VIEIRA, Oscar. *Supremocracia*. in *Revista Direito GV*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008. n.º 8.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.