

**CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E
DEMOCRACIA**

STANLEI ERNESTO PRAUSE FONTANA

**A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO DIREITO-GARANTIA
FUNDAMENTAL E AS SUAS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE**

CURITIBA

2022

STANLEI ERNESTO PRAUSE FONTANA

**A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO DIREITO-GARANTIA
FUNDAMENTAL E AS SUAS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE**

Projeto de dissertação apresentado como requisito parcial à obtenção de título de mestre, no Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia - Mestrado e Doutorado, Centro Universitário Autônomo do Brasil.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Meneses Lorenzetto

CURITIBA

2022

Fontana, Stanley Ernesto Prause

A fundamentação das decisões judiciais como direito-garantia fundamental e suas condições de possibilidade. / Stanley Ernesto Prause Fontana. -- Curitiba, 2022.

179 f.

Orientador: Bruno Meneses Lorenzetto

Dissertação (Mestrado) – UniBrasil, 2022.

1. Teoria do Direito. 2. Direito Constitucional. 3. Processo Civil. I. Lorenzetto, Bruno Menezes, orient. II. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

STANLEI ERNESTO PRAUSE FONTANA

A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO DIREITO-GARANTIA FUNDAMENTAL E AS SUAS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Bruno Meneses Lorenzetto

Componentes: Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska

Prof. Dr. William Soares Pugliese

Profa. Dra. Helóisa Fernandes Câmara

Curitiba, 31 de março de 2022.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	15
RESUMO	17
ABSTRACT	18
INTRODUÇÃO	10
1. DIREITO COMO INTEGRIDADE	14
1. 1 Críticas de Ronald Dworkin ao Juspositivismo e a Virtude da Integridade: A justificação do direito	14
1. 2 A Integridade no Direito	38
1. 3 Direitos Como Trunfos	59
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: ASPECTOS LIGADOS À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	74
2. 1 Fundamentos, Conceito e Funções dos Direitos Fundamentais e Suas Relações com a Fundamentação das Decisões Judiciais	74
2. 2 Eficácia e Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais: A autoaplicabilidade da fundamentação das decisões judiciais	88
2. 3 Abertura Material do Catálogo e Critérios de Identificação de Direitos Fundamentais	101
3. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	114
3. 1 A Fundamentação das Decisões Judiciais na Constituição Federal: Direito fundamental?	114
3. 2 Quais as Condições de Possibilidade Para a Fundamentação Adequada? Os arts. 489, § 1º, e 926, do Código de Processo Civil	129
3. 3 Quais os Instrumentos Para se Exigir Fundamentação?	144
CONSIDERAÇÕES FINAIS	154
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	166

AGRADECIMENTOS

A Deus.

À minha esposa, Cássia Camila Cirino dos Santos Fontana, por ter compreendido as exigências do Programa de Mestrado, prestado apoio e contribuído com sugestões valiosas para a realização deste trabalho. Por ter sido carinhosa, amável e solícita nesse período tão desafiador de nossas vidas, registro a minha enorme gratidão.

Ao meu filho, Mateus Ernesto Cirino dos Santos Prause Fontana, que me alegra com o seu modo de viver e que dá sentido à minha vida, a qual é mais feliz do que nunca com a sua presença encantadora.

Aos meus pais, Giovani Ernesto Fontana e Luana Estela Prause, por terem me auxiliado emocional e materialmente a concluir os estudos e me tornar mestre em Direito. Espero ter honrado os ensinamentos importantes que me foram dados desde cedo com este trabalho, que incorpora, de alguma forma, tudo o que aprendi com as instruções que me deram.

Ao meu irmão, Pietro Davi Prause Perin, que sempre foi tão generoso, íntegro, empático e independente. Agradeço por ensinar tanto com a sua forma simples, autêntica e alegre de ser. Vencedor da Feira de Ciências de Chapadão do Sul/MS, tem brilhante futuro pela frente.

À minha avó, Ivanir Sangaletti, por sempre ter acreditado em mim e me defendido em qualquer circunstância. Ao meu avô, Valdir Prause, por ter me ensinado o inestimável valor do diálogo.

Ao meu estimado orientador, Prof. Dr. Bruno Meneses Lorenzetto, com quem tanto aprendi durante o programa de mestrado. Sem as preciosas lições e conselhos que recebi não teria conseguido prosseguir com a pesquisa. Consigno a minha admiração pela seriedade, excelência, conhecimento e comprometimento que pautam a sua prática docente.

A todos os professores do Programa de Mestrado, especialmente à Prof. Dra. Allana Campos Marques Schrappe, à Prof. Dra. Bárbara Dayana Brasil, ao Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska, ao Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier e ao Prof. Dr. William Soares Pugliese pelo aprendizado.

Aos colegas do Programa de Mestrado do UniBrasil, com os quais tive o privilégio de conviver.

“O médico disse-lhe que este e aquele sintoma indicavam que isto ou aquilo iam mal com o paciente por dentro, mas se esse diagnóstico não fosse confirmado pelos exames clínicos disto ou daquilo, então chagaremos a esta ou aquela conclusão. Se chegarmos a esta ou aquela conclusão, então... e assim por diante. Para Ivan Ilitch só importava saber uma coisa: o seu caso era sério ou não era? Mas o médico ignorou esta pergunta tão fora de propósito. Do ponto de vista do médico tratava-se de um detalhe que não merecia ser levado em consideração: o problema realmente era avaliar todas as probabilidades e decidir entre um rim flutuante ou apendicite. Não era uma questão de vida Ivan Ilitch viver ou morrer, mas decidir se era rim ou apêndice. E nesse caso o médico se inclinava mais em favor do apêndice, com a ressalva de que a análise da urina poderia indicar uma pista totalmente nova e então toda a questão teria de ser reavaliada. Tudo isso era, em menor proporção, exatamente o que Ivan Ilitch fizera de modo tão brilhante mil vezes ao lidar com as pessoas no Tribunal” (Leon Tolstói, em “A Morte de Ivan Ilitch”).

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de investigar se a fundamentação das decisões judiciais pode ou não ser considerada um direito fundamental e de descobrir quais são as suas condições de possibilidade. Diante disso, o trabalho examina a tese do Direito como Integridade, desenvolvida por Ronald Dworkin, com o propósito de apontar elementos de limitação do poder estatal e de justificação dos provimentos jurisdicionais baseados em princípios. Reflete a respeito da integridade no Direito e da busca por respostas corretas ou adequadas, que precisam ser construídas com coerência de princípio, tarefa que ressalta a importância da interpretação construtiva das práticas sociais, entre elas, o Direito. Debate a função contramajoritária das cortes, que ressalta a importância da fundamentação por analisar medidas majoritárias, com as considerações sobre a tensão entre Direito e Democracia. Discorre sobre as funções de limitação e de justificação do poder exercidas pelos direitos fundamentais, presentes na fundamentação das decisões, que se traduzem em parâmetros de legitimidade da coação pública organizada. Apontam-se os déficits de fundamentação presentes em algumas práticas, como o voluntarismo e o autoritarismo, bem como sobre as funções que a fundamentação exerce na produção de justificativas. Apreciam-se os arts. 926 e 489, § 1º, do Código de Processo Civil, densificações infraconstitucionais do aludido direito que mitigam a discricionariedade dos magistrados. Indicam-se os instrumentos pelos quais se pode compelir o Estado a fundamentar suas decisões. Adota o método hipotético-dedutivo para se analisar a fundamentalidade da fundamentação das decisões judiciais à luz do Direito como Integridade e da Teoria dos Direitos Fundamentais.

Palavras-chave: direitos fundamentais – fundamentação das decisões judiciais – integridade no Direito.

ABSTRACT

The work aims to investigate whether the present grounding of deadline conditions can be considered and cannot be considered to discover as their conditions of possibility. The work of Law, the work of Law, developed as Integrity, developed as the examination of integrity, with the power to define the elements of state provision and the determination of justice on purpose in the face of the principles proposed in principles. It reflects on the importance in Law and the correct or constructive answers, which seek to be learned with the importance of the importance, that they are, the Law of practices, among them. Debates the countermajoritarian function of the courts, which emphasizes the importance of reasoning by studying majority measures, with considerations on the tension between Law and Democracy. It discusses the functions of limitation and justification, present in the function of translation by fundamental rights, which are organized in decision parameters. I present the deficits in the foundations of some practices, such as voluntarism and authoritarianism, as well as the roles they play in the production of justifications. Arts are appreciated. 926 and 489, § 1, of the Civil Procedure Code, infraconstitutional densifications of the right that mitigate the judges' discretion. Indicate the instruments that may compel the State to base its decisions. Adopt the hypothetical-deductive method to analyze the reasoning of decisions of the fundamental method in the light of Law as Integrity and Theory of Fundamental Rights.

Key-words: fundamental rights – reasoning of court decisions – integrity in the law.

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário tem recepcionado discussões políticas, éticas, morais e jurídicas do Brasil. Nos últimos anos, os juízes têm decidido questões complexas - verdadeiros casos difíceis - com implicações diretas e sensíveis na vida dos brasileiros. Em tempos de crise de legitimidade, posições extremadas dividem a população e reforçam a lógica binária entre “nós” e “eles”, que tem sido explorada em muitos âmbitos. Vários temas acabam por ingressar nos tribunais e suscitam desacordos intensos no povo, que manifesta apoio, indignação e até mesmo repulsa com o conteúdo das decisões que são prolatadas. A forma como as questões chegam até as cortes aumenta as divergências, já que nem sempre há debates com a efetiva participação da sociedade.

Se, antes, o Supremo Tribunal Federal era “desconhecido”, hoje as suas decisões reúnem críticos e apoiadores nos círculos dos juristas e fora deles. Em parte, o fenômeno deve-se à expressividade que os direitos humanos e fundamentais ganharam com a Constituição Federal de 1988, que ampliou a proteção do indivíduo e o papel dos magistrados que, desde a década de 1970, com a ascensão do neoliberalismo e o enfraquecimento dos sindicatos e dos partidos políticos, têm recebido grande número de reivindicações ¹. Ainda, as frequentes judicializações decorrem das deficiências estruturais da comunidade nacional que, por vezes, excluem reivindicações de minorias ou de indivíduos destituídos em situação de vulnerabilidade. Basta recordar que muitos direitos fundamentais somente são satisfeitos com intervenções do Poder Judiciário, dadas as insuficiências do Estado em atendê-los.

Outro aspecto desse estado de coisas é o déficit de fundamentação que muitas decisões apresentam. No dia a dia das discussões forenses, é comum que as justificações oferecidas fiquem aquém do necessário ou que ignorem os elementos que validam o exercício da coação pública organizada. A par disso, posturas voluntaristas e autoritárias ganham espaço com posicionamentos idiossincráticos, que

¹ Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles observam que a judicialização da política relaciona-se com a abertura da linguagem legislativa, adotada pelo *Welfare State*, e com a proposta neoliberal de desregulamentar a economia como estratégia de enfrentamento da crise desse modelo de Estado (VIANNA, Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete Anos de Judicialização da Política**. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, 2007, p. 39-95).

expressam mais a visão de mundo dos julgadores do que propriamente o Direito construído democraticamente, a exemplo da decisão do Tribunal Superior do Trabalho, de relatoria do Ministro Ives Gandra Martins Filho, que negou o benefício de auxílio-creche para homens (Recurso de Revista nº 5200-40.2003.5.22.0003) baseado na diferença entre as funções primárias e secundárias dos papéis dos homens e das mulheres segundo o pensamento de Edith Stein, filósofa canonizada pela Igreja Católica ².

Daí que se verifica o problema de legitimidade anunciado: como aceitar que pessoas percam seus bens ou as suas liberdades sem razões pertinentes, que deveriam ser construídas no horizonte da Constituição? Como aceitar que juízes, não eleitos pelo povo, invalidem medidas aprovadas em procedimentos majoritários? Essas inquietações relacionam-se com o problema que o trabalho pretende investigar, a saber: há o direito fundamental à fundamentação das decisões? Quais são as condições de possibilidade da fundamentação adequada? Problema complexo, passível de ser analisado de diversas perspectivas teóricas, encontra nesta investigação respaldo no pensamento de Ronald Dworkin.

Por isso, no primeiro capítulo, exploram-se as dimensões crítica e propositiva da obra dworkiniana para se identificar as exigências da fundamentação. Inicia-se a reflexão com as críticas que Dworkin endereçou ao positivismo jurídico quando o caracterizou a partir da tese das fontes sociais ou tese do *pedigree*, tese da convencionalidade e a tese do caráter descritivo da Teoria do Direito. Prossegue-se com a análise das teorias puramente descritivas do Direito, a tese da separação entre Direito e Moral e da separação entre argumentos práticos teóricos para descrever o fenômeno jurídico, trecho no qual se enfatiza o caráter interpretativo e argumentativo do Direito e apontam-se as considerações de Dworkin sobre a interpretação construtiva. Explica-se por quais razões o convencionalismo e o pragmatismo são inadequados para as práticas correntes e enfatiza-se o papel que a virtude política da integridade exerce na justificação das práticas jurídicas. Em seguida, trata-se da integridade no direito e das metáforas do romance em cadeia e do juiz Hércules, desenvolvidas por Dworkin para demonstrar a forma como as decisões judiciais deveriam ser tomadas. Também são reunidas as críticas de Dworkin a outras correntes de interpretação, como o historicismo, a autocontenção e o ativismo judicial,

² Exemplo extraído da obra de por José Rodrigo Rodrigues (RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). 1ª ed; Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013).

além de se apreciar a tese da resposta correta, tema que exige incursões sobre as relações entre a Moral e o Direito. Discorre-se, adiante, a respeito da ideia de que os direitos são trunfos contra majorias, do modelo de democracia constitucional e da legitimidade dos juízes para o controle de constitucionalidade.

Tais elementos teóricos têm a finalidade de fundamentar o debate sobre os problemas da discricionariedade judicial e a proposta normativa de Ronald Dworkin, que se caracteriza por buscar respostas corretas. A proposta dworkiniana parece ser importante para que as decisões judiciais tenham coerência de princípio e legitimem o exercício da violência do Estado, que não pode depender de critérios meramente pessoais. Diga-se de passagem, os limites ao poder estatal são uma das características do constitucionalismo, consubstanciados nos direitos e garantias fundamentais.

No segundo capítulo expõem-se os fundamentos, o conceito e as funções dos direitos fundamentais e suas relações com a fundamentação das decisões, elementos que se interpenetram e convergem no sentido de limitarem o poder do Estado e protegerem a dignidade da pessoa humana, que é tratada como fim e não meio de alcance de objetivos, além de justificarem o devido processo legal, garantia que tem o escopo de limitar a potestade estatal e de conferir racionalidade aos julgamentos. Discorre-se sobre a relação da força normativa da Constituição, do sentimento e do patriotismo constitucionais com a eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais, bem como se disserta acerca do alcance do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, o qual prevê a autoaplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais. Analisa-se a cláusula de abertura material dos direitos e garantias fundamentais e fixam-se os critérios de identificação de direitos fundamentais ao longo da Constituição de 1988 e em outros instrumentos normativos, como tratados e convenções de direitos humanos.

No terceiro capítulo, investiga-se se o dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto no inc. IX do art. 93 da Constituição Federal, pode ou não ser considerado direito fundamental a partir dos critérios estabelecidos na seção imediatamente anterior e reflete-se sobre os problemas de justificação dos provimentos do Poder Judiciário. Lançam-se comentários sobre o art. 489 e o art. 926, do Código de Processo Civil, tomados como densificações do dever de fundamentação das decisões e condições de possibilidade das fundamentações adequadas, com base no pensamento dworkiniano. Por fim, apresentam-se os

instrumentos pelos quais se pode obrigar que o Estado fundamente as decisões jurisdicionais prolatadas: se, por um lado, a fundamentação é direito fundamental, por outro o Estado está obrigado a observar seu conteúdo, principalmente nas decisões jurisdicionais.

O trabalho tem o propósito de contribuir para a construção do direito fundamental fora do catálogo específico da Lei Maior e de provocar reflexões sobre as condições de possibilidade das justificações dos provimentos judiciais a partir da Teoria do Direito.

1. DIREITO COMO INTEGRIDADE

1. 1 Críticas de Ronald Dworkin ao Juspositivismo e a Virtude da Integridade: A justificação do direito

O Poder Judiciário tem enfrentado questões complexas e sensíveis que eram tradicionalmente reservadas ao domínio político. A expansão das funções judicantes acaba por motivar debates intensos acerca das razões que podem ou não justificar o exercício da jurisdição e da coação pública. Afinal, agentes não eleitos pelo povo decidem casos que repercutem diretamente na vida dos brasileiros. O que faz uma decisão ser ou não adequada? A complexa tarefa de decidir exige que quem decide reflita com atenção a respeito do direito-garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF), pois a partir dele é que é possível controlar, criticar e compreender os provimentos jurisdicionais.

Uma das preocupações da Teoria do Direito passou a ser legitimidade das decisões judiciais. Por isso, pretende-se analisar a fundamentação das decisões judiciais a partir do pensamento de Ronald Dworkin, teórico que teve grande importância no pensamento jurídico contemporâneo por ter dado atenção à forma como os juízes decidem. Liberal igualitário de posicionamentos progressistas e defensor dos direitos humanos, destacou-se como democrata engajado. Faleceu em Londres, Inglaterra, vitimado pela leucemia, em 2013 ³.

A obra dworkiniana tem dimensões críticas e propositivas: ao mesmo tempo em que se coloca contra as correntes de pensamento da época, em especial o convencionalismo e o pragmatismo, elabora o que chamou de “Direito como Integridade” ⁴. Para se compreender o que Dworkin teorizou no decorrer de sua produção acadêmica, inicia-se com as objeções lançadas contra o positivismo jurídico no contexto do debate com o filósofo Herbert Lionel Adolphus Hart, as quais foram superadas mais tarde.

O positivismo jurídico, de acordo com a descrição dworkiniana, apresenta três proposições centrais e organizadoras: (a) o Direito é composto por regras utilizadas

³ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Ronald Dworkin - Teórico do Direito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do-direito>, acesso em 1º.7.2021, às 21h28min.

⁴ MACEDO JR, Ronaldo Porto. **A Integridade no Direito e os Protocolos de Hércules**: Comentário à integridade no direito. Revista de Direito Mackenzie. v. 10, n. 2, p. 72.

para separar quais comportamentos devem ou não ser coibidos pelo poder público. As regras são identificadas com o auxílio de critérios específicos que não se relacionam com os seus conteúdos, mas com o *pedigree* ou com a maneira que foram elaboradas. O teste de *pedigree* permite que se diferenciem as regras válidas daquelas regras jurídicas espúrias ou de regras sociais morais que são observadas pela sociedade, embora o cumprimento forçado não possa ser requerido dos órgãos públicos; (b) o conjunto de regras corresponde ao Direito, razão pela qual os casos que suscitam debates sobre a existência ou o conteúdo delas não são decididos conforme o Direito. Os juízes, nessas hipóteses, utilizam visões particulares para criar regras ou complementar as normas identificadas nas práticas, o que equivale a ir além do Direito vigente; e (c) o papel da Teoria do Direito resume-se a descrever o Direito sem considerações valorativas ou morais ⁵.

Dworkin inicia as críticas ao positivismo jurídico com a afirmação de que os juristas, nos casos difíceis, recorrem aos princípios, políticas ou outros tipos de padrões para sustentar os seus argumentos. O modelo de regras, na primeira versão das oposições escritas, não contempla esse importante aspecto das discussões forenses. A versão do positivismo de Hart insiste em que a linguagem do Direito é aberta e que os magistrados têm discricionariedade para atuar como legisladores nesses casos ⁶.

Políticas e princípios têm estruturas diferentes das regras porque não se aplicam na lógica do tudo ou nada: as primeiras visam a promover melhorias políticas, sociais ou econômicas que aumentem o bem-estar geral de determinada sociedade; já os segundos são padrões que decorrem da justiça, da equidade ou de outra exigência da moralidade ⁷. A ausência dos princípios no positivismo jurídico revelaria suas falhas por três relevantes razões: (a) as postulações de Hart são incompatíveis com o efetivo funcionamento das cortes, as quais recorrem aos princípios com frequência; (b) a utilização dos princípios é prova do caráter argumentativo e interpretativo do Direito; e (c) os princípios mostram a natureza moral da argumentação jurídica, pois o sistema de regras desconsidera o balanceamento justificado que esses padrões demandam ⁸.

⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 1ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28.

⁶ *Ibidem*, p. 35-36.

⁷ *Idem*.

⁸ MACEDO JR, Ronaldo Porto Macedo. **Do Xadrez à Cortesia**. 1ª ed; São Paulo: Saraiva, 2013, p. 162.

Com efeito, as cortes citam princípios para fundamentar as decisões em casos que apreciam diariamente ⁹. Em alguns deles, com graus de complexidade superiores, esses padrões são relacionados com exigências mais profundas de justiça e de equidade. No caso *Riggs v. Palmer*, julgado pelo Tribunal de Nova Iorque em 1889, decidiu-se que o herdeiro nomeado em testamento e responsável pela morte do avô não tinha direito ao legado. Mesmo sem lei que proibisse a transmissão dos bens em casos assim, o princípio de que ninguém deve se beneficiar do próprio crime afastou o direito à herança. Considerou-se, na oportunidade, que “todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro” ¹⁰. Outro caso emblemático e ilustrativo do modo de funcionamento dos princípios é *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, apreciado pela Corte de Nova Jérsei, no ano de 1969, em que se reconheceu a obrigação de o fabricante de automóveis indenizar os consumidores pelas despesas médicas e de outra natureza sofridas pelos consumidores, apesar das cláusulas de limitação da responsabilidade previstas no contrato. Na ocasião, asseverou-se que vigora princípio no direito anglo-americano que impede a conversão dos tribunais em instrumentos de injustiça ¹¹.

Os princípios indicam referências a valores como seu foco intencional determinante. A intencionalidade ou *point* dos princípios é valorativa e requer atitudes interpretativas, algo distinto das regras que, embora demandem interpretação, se limitam à gramática do tudo ou nada. Denota-se da prática jurídica que os juízes se valem dos princípios não porque estes possuem autoridade, mas em virtude da razoabilidade e da justiça que apresentam. As razões substantivas advindas desses padrões clamam que as decisões sejam justas, o que leva os profissionais jurídicos a produzirem argumentos corretos segundo o Direito ¹². Note-se que as alegações dos fóruns, embora tenham dimensões estratégicas orientadas para a produção de resultados, preocupam-se com a correção dos seus conteúdos à luz do conjunto do Direito considerado válido.

As decisões judiciais, portanto, não têm o escopo de dizer o que o Direito deveria ser em termos ideais; antes, demonstram o que o Direito, corretamente interpretado, prevê sobre as pretensões das partes. A compreensão do que os

⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos...**, *Op. cit.*, p. 36.

¹⁰ *Ibidem*, p. 37.

¹¹ *Ibidem*, p. 38-39.

¹² MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à...**, *Op. cit.*, p. 164-165.

princípios representam na prática indica que eles não são meros guias do exercício da atividade discricionária e que não são vinculantes por força de sua origem ou *pedigree*. O positivismo jurídico falharia por desconsiderar o papel relevante que os princípios exercem ¹³.

Dworkin distingue os sentidos limitado, fraco e forte do poder discricionário, a fim de provar que os tribunais não dispõem de liberdade para seguir ou não os princípios, que são verdadeiras normas vinculantes. De acordo com o primeiro sentido, a autoridade tem poder de escolha entre duas ou mais opções previamente estabelecidas. A partir disso, o autor diferencia os segundos sentidos listados, cuja diferença se constata com a incontrolabilidade das decisões provocada pelo poder discricionário forte. A crítica feita por Dworkin a Hart diz respeito ao terceiro sentido da discricionariedade, a discricionariedade forte ¹⁴.

Na visão de Hart, a discricionariedade em sentido forte liberta o juiz da obrigação de decidir consoante o Direito porque, em sua opinião, não há Direito em casos difíceis ¹⁵. As zonas de penumbra do ordenamento e a textura aberta das regras fazem com que elementos extrajurídicos sejam empregados na resolução dos casos difíceis, pois o sistema positivo tem limitações insuperáveis que colocam o magistrado, em casos pontuais, na posição de legislador intersticial ¹⁶. Quando o poder discricionário tem aplicabilidade, não se deve argumentar que os juízes têm padrões a seguir, mas reconhecer os padrões que eles tipicamente empregam. Ou seja, nos casos em que “os juízes possuem poder discricionário, os princípios que eles citam devem ser tratados de acordo com a nossa segunda alternativa, como aquilo que os tribunais ‘têm por princípio’ fazer” ¹⁷.

Nesse contexto, o positivismo jurídico sustenta o sentido forte do poder discricionário para os casos complexos, com base na crença de que, na falta de regras, os juízes ficariam liberados de seguir padrões legais ou estabelecidos por outras autoridades ¹⁸. Nas palavras de Dworkin: “os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes” ¹⁹. Na descrição

¹³ MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à...**, *Op. cit.*, p. 165.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 1ª ed; Belo Horizonte: Letramento, 2017. Versão Kindle.

¹⁵ HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. 3ª ed; Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 140.

¹⁶ Ibidem, p. 141.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a...**, *Op. cit.*, p. 55.

¹⁸ HART, H. L. A. **O Conceito de Direito...**, *Op. cit.*, p. 142.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos...**, *Op. cit.*, p. 55.

que Dworkin faz do positivismo jurídico, somente as regras gerariam obrigações e quando esgotadas dariam lugar à discricionariedade, uma vez que não haveria outro elemento capaz vincular as decisões.

Scott Shapiro explica que o principal motivo das divergências sobre a discricionariedade judicial deriva dos aspectos mais abrangentes das teorias que os dois autores desenvolveram. Para Shapiro, Hart acredita que os juízes devem exercer poder discricionário em sentido forte porque o Direito consiste em padrões socialmente definidos como prescritivos. Já Dworkin, segundo Shapiro, pensa que não é a ordenação social que estipula o conteúdo das normas jurídicas válidas, mas os princípios de moralidade política vigentes. A ordem moral impede que o Direito se esgote quando as ordenações sociais são insuficientes ²⁰.

Finalmente, Dworkin replica a tese de que os princípios não podem ter validade de lei porque possuem autoridade e conteúdo indeterminados, com o argumento de que não seria possível demonstrar a validade deles com referências a atos do Poder Legislativo ou de outras autoridades públicas. Nem mesmo a regra de reconhecimento de Hart, que tem caráter empírico e estabelece parâmetros para a análise de validade das demais normas ²¹, poderia auxiliar na identificação dos princípios, pois “argumentamos em favor de princípios e seu peso apelando para uma amálgama de práticas e outros princípios” ²², a partir das “implicações na história legislativa e judiciária aparecem juntamente com apelos às práticas e formas de compreensão partilhadas pela comunidade” ²³.

Princípios são desenvolvidos por profissionais e pelo público durante longo tempo ²⁴. Não é possível os encontrar em decisões de autoridades públicas ou em antecedentes legislativos. A amálgama de práticas que sustentam os princípios é demasiadamente complexa porque se relaciona com responsabilidades institucionais, interpretação das leis, precedentes, práticas morais contemporâneas e outros padrões

²⁰ SHAPIRO, Scott. **El Debate “Hart-Dworkin”**: Una breve guía para perplejos. In: DE LA TORRE, Mariano C. Melero (ed.). *Dworkin y Sus Críticos: El debate sobre el imperio de la ley*. 1ª ed; Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. Versão Kindle.

²¹ KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. **O Conceito de Direito em Hart**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1ª ed; São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>, acesso em 3.3.2022, às 20h46min.

²² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos...**, *Op. cit.*, p. 57.

²³ *Idem*.

²⁴ *Ibidem*, p. 64.

análogos ²⁵. Ainda que se tentasse identificar os princípios com a regra de reconhecimento não se alcançaria êxito, visto que seria impossível os reunir em único documento ou fixar, de antemão, qual peso ou importância que possuem nos futuros casos concretos ²⁶.

Assim, conclui Dworkin que se os princípios forem adotados como parte do Direito não há alternativa senão rejeitar a regra de reconhecimento hartiana e a noção de que somente as regras são capazes de criar obrigações aos juízes. Consequentemente, na falta de regras não há mais espaços de discricionariedade para que as cortes criem padrões para o futuro e façam aplicações retroativas, pois o Direito sempre tem existência prévia. O autor destaca que se os juízes têm poder discricionário em sentido forte já não existiriam direitos legais ou obrigações jurídicas que eles devam reconhecer. Abandonada, porém, essa doutrina, os princípios impõem obrigações e afastam a ideia de que os tribunais agem como legisladores pontuais em casos omissos ou difíceis ²⁷.

Katya Kozicki e Fernanda Karam de Chueiri Sanches apontam que o principal motivo de divergência entre as correntes consiste no uso da discricionariedade para suprir os casos difíceis. Hart admite que a discricionariedade pode preencher os espaços de penumbra ou as zonas cinzentas, hipótese em que o Poder Judiciário efetivamente elabora novos direitos e responsabilidades. Em contrapartida, Dworkin sustenta que não existem lacunas porque o Direito sempre tem existência prévia fundamentada nos princípios e aos magistrados cabe somente os interpretar para encontrar as respostas corretas ²⁸.

Pela publicação póstuma do pós-escrito de *O Conceito de Direito*, Hart refutou as considerações de Dworkin. Hart disse que a regra de reconhecimento pode incorporar princípios morais ou valores substantivos, pelo que seu positivismo seria moderado e não meramente factual. Além disso, afirmou que a regra de reconhecimento não é formada somente por questões de *pedigree*, pois pode preconizar constrangimentos sobre questões de fundo da legislação ²⁹.

²⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos...**, *Op. cit.*, p. 65.

²⁶ *Ibidem*, p. 70.

²⁷ *Ibidem*, p. 71.

²⁸ KOZICKI, Katya; SANCHES, Fernanda Karam de Chueiri. **O Sentido da Discricionariedade Judicial Visto a Partir de Hart e o Necessário Diálogo Com Dworkin**. Revista da AJURIS – v. 39 – n. 126 – junho 2012, p. 107-108.

²⁹ HART, H. L. A. **O Conceito de Direito...**, *Op. cit.*, p. 312.

No que toca às controvérsias sobre os padrões de conduta, Hart respondeu que Dworkin exagerou nas possíveis consequências que princípios morais poderiam motivar se fossem incorporados pela regra de reconhecimento. A exclusão de qualquer discordância nunca foi a finalidade de sua obra, tendo em vista que associou as zonas de penumbras ou de incertezas do Direito tanto às regras concretas quanto à regra de reconhecimento ³⁰.

Quanto à tese do fato social, Hart replicou que a regra de reconhecimento se limita às regras convencionais, sem oferecer explicações a respeito da moral individual ou da moral social. As próprias regras convencionais, no entanto, podem abranger costumes sociais comuns dotados ou não de eficácia jurídica e que a regra de reconhecimento, de natureza costumeira, alberga certas regras que dependem da aceitação e execução dos tribunais ³¹. Ainda, muitas regras poderiam ser aceitas independentemente de justificativas morais, como a deferência para com a tradição ou a vontade de se identificar com outras pessoas. A moral, portanto, não seria a única resposta para a aceitação das regras ³².

Isso significa que Hart adere à teoria separatista entre o Direito e a Moral, porquanto o estudo, a compreensão e o reconhecimento da validade das normas são independentes de critérios de justiça ou de correção, mesmo que o sistema jurídico venha a os incorporar com frequência ³³. Para o positivismo jurídico, importam a validade e a forma e não o valor e a substância que as normas expressam ou que deveriam expressar ³⁴.

Na primeira fase do debate, a fundamentação das decisões judiciais teria exigências muito mais profundas para Dworkin. O reconhecimento de que os princípios possuem caráter normativo e a negação da discricionariedade em sentido forte obrigam o juiz a encontrar a resposta no Direito preexistente, sem espaços para atividades legislativas pontuais por parte do Poder Judiciário em casos omissos ou em zonas de penumbra, conforme sustentava Hart.

³⁰ HART, H. L. A. **O Conceito de Direito...** *Op. cit.*, p. 313-314.

³¹ *Ibidem*, p. 318.

³² *Ibidem*, p. 319.

³³ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: Significado e correntes. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes>, acesso em 3.3.2022, às 21h11min.

³⁴ *Idem*.

As críticas de Dworkin ao positivismo jurídico de Hart fundamentam-se no desaparecimento da distinção entre as atividades legislativas e jurisdicionais nos casos difíceis, em que a discricionariedade em sentido forte é empregada para a criação de regras, situação em que acaba a distinção entre as funções legislativas e jurisdicionais ³⁵. A ausência de distinção entre juízes e legisladores nesses casos faria com que a discricionariedade provocasse confusões entre argumentos de política e argumentos de princípio ³⁶. Daí que as convicções pessoais dos julgadores e não as normas estabelecidas pelo ordenamento jurídico passariam a ser decisivas na resolução dos litígios ³⁷. Dworkin propõe a noção de “fórum de princípio” para sustentar a ideia de que a argumentação das autoridades deve se basear em princípios e não em políticas ³⁸.

Na segunda etapa do debate, esta é a que sobrevive, Dworkin ocupa-se com teorias puramente descritivas do Direito, a tese da separação entre Direito e Moral e da separação entre argumentos práticos teóricos para descrever o fenômeno jurídico. Para o autor, não há possibilidade de realizar exames simplesmente descritivos nesse campo ³⁹, porquanto as articulações da Teoria do Direito seriam engajadas e normativas. A teorização da controvérsia procura demonstrar o erro filosófico do fundamento do positivismo jurídico ⁴⁰.

A radicalidade da crítica de Dworkin desafiou o paradigma de John Austin vigente no mundo anglo-saxão nos séculos XIX e XX. Wayne Morrison explica que Austin é considerado o fundador da moderna filosofia jurídica inglesa e do positivismo jurídico, bem como da teoria do comando ou teoria imperativa do Direito ⁴¹. Austin teria racionalizado o positivismo jurídico e lhe dado a forma que permitiu a criação da Ciência do Direito ⁴², além de ter separado o estudo do Direito da tarefa de identificar o seu contexto e seus efeitos na realidade social ⁴³.

³⁵ LORENZETTO, Bruno Meneses. **O Percurso Entre Regras e Princípios**. In: FUX, Luiz. PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (org.). *Direito Constitucional Eleitoral*. 1ª ed; Belo Horizonte: Fórum, 2018, v. 1, p. 349.

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Idem*.

³⁹ MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à...** *Op. cit.*, p. 180.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: Dos gregos aos pós-modernismo. 1ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 258.

⁴² *Ibidem* p. 259.

⁴³ *Idem*.

No entanto, afirma Morrison, tal interpretação é simplificadora e ignora aspectos importantes de sua obra. Austin, por meio da filosofia jurídica analítica, definiu as questões teóricas que poderiam ser tratados no Direito e estabeleceu os limites das respectivas disciplinas ⁴⁴. Excluiu, com isso, as questões que demandam análise do conteúdo das decisões de jurisdições específicas, de história jurídica e intelectual e os juízos éticos sobre o conteúdo ou a eficácia de determinadas leis, temas seriam reservados à Ciência da Legislação ⁴⁵. A teoria jurídica seria reservada a análise conceitual de quatro áreas principais: (a) a análise do conceito do Direito em si; (b) as definições dos termos básicos; (c) as relações jurídicas decorrentes das interrelações entre os termos jurídicos básicos; e (d) a análise de outros conceitos não-jurídicos e as distinções dos conceitos jurídicos ⁴⁶.

Na linha do paradigma austriano, sustentava-se que a Ciência do Direito, objeto de estudo dos políticos e dos filósofos, tinha conteúdo prescritivo, ou seja, tinha o objetivo de ditar como o Direito deveria ser. Cabia aos juristas, por outro lado, o estudo da *Jurisprudence*, a fim de descrever, de maneira axiologicamente neutra, o fenômeno jurídico. Entre as duas disciplinas, enfatizavam os positivistas, não havia pontos de contato, de modo que os trabalhos legitimamente científicos dos estudiosos do Direito eram neutros ou avalorativos. Kelsen e Hart construíram seus aportes teóricos a partir desse paradigma, contra o qual se insurge Dworkin ao eliminar a divisão entre tais campos de conhecimento e propor a justificação do Direito por meio de sua interpretação contínua ⁴⁷.

Nesse sentido, a expressão “agulhão semântico” é utilizada por Dworkin para tratar das concepções semânticas que permitem identificar regras e fatos para o emprego correto dos conceitos. Sob essa perspectiva, o significado do conceito é definido conforme a sua extensão: procura-se delimitar quais elementos se inserem no campo semântico da palavra. A incapacidade das teorias do Direito que ignoram desacordos teóricos é associada ao “agulhão semântico”. Os positivistas exigem que exista consenso sobre os fundamentos do Direito – tal como um fato no mundo – e essa exigência ganha caráter semântico-criterial e fisicalista, segundo a qual

⁴⁴ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: Dos gregos ao..., *Op. cit.*, p. 259.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 263.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ CALSAMIGLIA, Albert. **El Concepto de Integridad em Dworkin**. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 12, 1992, p. 155-176.

“compartilhamos conceitos se também compartilhamos os critérios para a sua correta aplicação” ⁴⁸.

De acordo com a visão semântica, somente há discussões sensatas se todos aceitam e seguem os mesmos critérios para acreditar que determinados juízos são idôneos, embora não indiquem, com precisão, quais seriam tais critérios. Sem esses vetores comuns, acordos ou desacordos são impossíveis, já que tudo se resume a dar significados diferentes a palavras idênticas. Para aspectos empíricos – que versam sobre fatos históricos ou sociais – as teorias semânticas adequam-se bem. O problema, contudo, coloca-se quando entram em questão as divergências teóricas, pois as teorias semânticas negam que existam disputas teóricas ou apenas as reconhecem em zonas periféricas ou cinzentas de regras comuns ⁴⁹.

Pouco a visão semântica tem a dizer acerca das discussões de comunidades dotadas de práticas e tradições específicas ⁵⁰. As pessoas contendem a respeito dos institutos e cânones culturais presentes na civilização com muita frequência ⁵¹. Arrazoam consigo mesmo e com as outras sobre os significados que realmente podem ser dados ao mundo em que vivem. As diferenças não são apenas quanto à verificação de fatos relevantes mas também quanto aos significados possíveis. O Direito é *locus* especial de exemplos de teorias contrapostas sobre o que são as práticas jurídicas ⁵². Ronaldo Porto Macedo Júnior registra que as disputas jurídicas, na grande maioria das vezes, não expressam o cinismo sofístico, pois versam sobre critérios de verdade que servem como valor de verdade: “as disputas referem-se à existência de condições de verdade que podem ser satisfeitas, e as pressupõem, como sua própria condição de sentido” ⁵³. O que entra em jogo é o próprio significado de Direito e não apenas os instrumentais que os contendores preferem empregar para defender seus pontos de vista.

Hart, no pós-escrito de *O Conceito de Direito*, publicado depois de sua morte, replica que não ignora a variedade ou a controvérsia dos critérios de aplicação do Direito. Objeta, portanto, o argumento de que sua teoria seria puramente semântica, conforme a descreveu Dworkin. Na visão de Hart, distinguem-se conceitos de

⁴⁸ MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à...**, *Op. cit.*, p. 180.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 56.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 57.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Idem*.

⁵³ MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia...**, *Op. cit.*, p. 188.

concepções sobre o conceito de Direito ⁵⁴. A resposta dada por Hart enfatiza que existem divergências teóricas sobre *o que é o direito* e discordâncias práticas sobre *como aplicar o direito*, dualidade que Dworkin nega por acreditar que questões teóricas ou da filosofia do direito são inseparáveis das questões práticas ⁵⁵.

Extraí-se, neste ponto, que a fundamentação das decisões judiciais tem a finalidade de justificar o exercício do poder e de encontrar respostas para os desacordos teóricos, muito comuns nas discussões entre juristas. Cabe ao magistrado sustentar interpretação que demonstre que o sentido atribuído ao Direito é o mais adequado entre os possíveis.

A teoria da controvérsia motivou Dworkin a recorrer ao caso *Tennessee Valley Authority v. Hill* para demonstrar como ocorrem os desacordos teóricos no Direito. Isso porque a justificação moral para o emprego dos princípios, demonstrada por meio dos precedentes *Riggs v. Palmer* e *Henningsen v. Bloomfield Motors*, acabou repelida pelos positivistas, como Joseph Raz, com a alegação de que os princípios seriam normas costumeiras positivadas, apesar de não explicarem por qual razão os tribunais se vinculariam aos princípios nem porque os juízes deveriam afastar regras claras para os aplicar em alguns casos ⁵⁶. Ademais, na visão de Hart, seria possível o conhecimento sem a aceitação do Direito, o que viabilizaria conhecimento analítico-formal sem instaurar análises crítico-valorativas ⁵⁷.

No julgado de *Tennessee Valley Authority v. Hill*, a Suprema Corte impediu a construção de barragem no valor de cem milhões de dólares para proteger o peixe *snail darter*, ameaçado de extinção, mesmo que a espécie não ostentasse beleza ou interesse científico. A divergência entre os *justices* era teórica, já que os aspectos fáticos se resumiam a prosseguir com as obras e extinguir uma forma de vida, em razão dos vultosos gastos gerados pelo empreendimento, ou de impedir a obra e salvar o peixinho ameaçado de extinção que habitava o curso de água, a despeito do desperdício de recursos públicos que a medida provocaria. O juiz Powell sustentou que os tribunais não deveriam aplicar leis que conduzissem a resultados absurdos, tal como considerou a demolição da dispendiosa obra, e que era necessário ajustar a decisão ao senso comum e ao interesse público. Por outro lado, o juiz Burger

⁵⁴ HART, H. L. A. **O Conceito de Direito...**, *Op. cit.*, p. 307-309.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 113.

⁵⁶ MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à...**, *Op. cit.*, p. p. 188-193.

⁵⁷ LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**. 1ª ed; Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990, p. 161.

argumentou que a lei de proteção ambiental deveria ser aplicada para proteger a fauna local, ainda que provocasse enormes gastos ⁵⁸.

O caso é utilizado para ilustrar que as proposições jurídicas não partem de pontos neutros e sempre expressam fundamentos teóricos. Assim, Dworkin rejeita o positivismo porque ele busca pontos arquimedianos para fornecer visões pretensamente neutras e não avaliativas. Essa abordagem, considerada cética por Dworkin, conclui que nada pode comprovar a veracidade das proposições ⁵⁹.

Porém, o Direito é prática social argumentativa e as suas proposições adquirem sentido na prática. Assim, Macedo Júnior explica que a comparação do Direito com o Xadrez feita por autores como Ross, Kelsen, Weber e Hart tornou-se inadequada por dois motivos básicos: primeiro porque se rechaça a ideia de que o Direito é composto somente por regras; segundo porque, no jogo, muitas questões corriqueiras das práticas jurídicas não encontram correspondência. Ninguém reflete sobre a justeza dos movimentos das peças sobre o tabuleiro ou produz análises valorativas a seu respeito ⁶⁰.

Dada a inadequação do exemplo do Xadrez, Dworkin recorre ao paradigma da cortesia a fim de demonstrar como os praticantes desse costume tentam justificá-lo de diferentes maneiras ⁶¹. Dois aspectos ressaem naquilo que se pode chamar de interpretação construtiva aplicada a esse comportamento social: (a) a cortesia, além de existir, tem propósitos, reforça algum princípio ou serve a alguma finalidade; e (b) as exigências da cortesia ou os juízos que ela autoriza não são, necessariamente, o que sempre se imaginou que fossem, pois estão afetados à sua finalidade de tal forma que devem ser compreendidas, modificadas ou limitadas conforme essa finalidade identificada ⁶².

A cortesia e outros costumes sociais parecidos não são práticas imutáveis ou independentes das concepções da comunidade. As suas exigências são iluminadas pelos propósitos ou finalidades que variam no tempo, de acordo com as visões de mundo características de cada período da história. Apesar das substanciais transformações de costumes como esse, as interpretações surgidas direcionam-se às características imediatamente anteriores do processo hermenêutico. As opiniões

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 28.

⁵⁹ MACEDO JR, Ronaldo Porto **Do Xadrez à...**, *Op. cit.*, p. 197-198.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 197-199.

⁶¹ *Ibidem*, p. 203.

⁶² DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 57-58.

mudam sobre a finalidade da cortesia e inauguram linhas interpretativas que a reformulam de tal maneira que a transformam completamente com o passar do tempo, com novos significados ⁶³.

As discussões sobre o Direito também tocam os seus propósitos, princípios finalidades e exigências. Por isso, Dworkin enfatiza que as teorias semânticas são incapazes de fornecer critérios eficazes sobre o Direito. As divergências teóricas sugerem que os disputantes procuram “apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a jurisdição tal como o encontram e a melhor justificativa dessa prática” ⁶⁴.

Da incursão feita até este ponto, observa-se que as teorias semânticas são inadequadas para dar conta dos desacordos teóricos que surgem tanto no Direito quanto em outras áreas do conhecimento. Critérios linguísticos, apesar da relevância demonstrada para que haja entendimento mútuo, são débeis para lidar com as discussões mais profundas sobre os institutos presentes na vida cotidiana que dividem opiniões ⁶⁵.

Dworkin aponta exemplo elucidativo disso: os debates mais fortes sobre o imposto de renda ou sobre programas de ações afirmativas não tratam de critérios probatórios ou de métodos para se definir o significado das palavras dos textos e verificar o que é ou não justo. O que está em jogo são perspectivas diversas dos contendores, como a do libertário e do utilitarista, que refutam e sustentam a pertinência do tributo ⁶⁶.

Da mesma forma, os juízes sustentam posições políticas distintas e relevantes nas interpretações que fazem. Como seres-no-mundo não poderia ser diferente. Mas, ao contrário do que se possa imaginar, as tendências socioideológicas são positivas e contribuem com o desenvolvimento do direito. A tensão entre elas suscita atitudes interpretativas complexas que se refinam ao entrar em estado de antagonismo. Se, por um lado, consensos básicos são necessários para as práticas jurídicas, por outro a ausência de conflitos estagnaria o Direito, que se tornaria refém do tradicionalismo e de visões hegemônicas ⁶⁷.

⁶³ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 59.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 112.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 89.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 89-90.

⁶⁷ *Ibidem*, 111.

Nesse contexto, o Direito funciona como conceito interpretativo e contestado, de natureza política, pois as pessoas divergem a seu respeito com a convicção de que estão corretas e tentam construir argumentos que forneçam legitimidade ao exercício do poder. Visões diferentes chocam-se e provocam cisões capazes de modificar as possibilidades da coação pública organizada. Instauram-se, pelo Direito, discussões relevantes para a comunidade que o fazem ser fórum do princípio para o debate de temas político-morais ⁶⁸.

Daí por que a interpretação das práticas sociais se assemelha à interpretação artística: ambas se ocupam de criações das pessoas como entidades distintas delas, ao contrário do que acontece na interpretação conversacional e na interpretação científica, as quais focam na intenção do autor e na análise de dados, respectivamente. A interpretação das artes em geral dedica-se ao propósito e não às causas que impeliram o artista a criar algo. Portanto, não se procura reconstruir os estados mentais do autor para saber o que as suas criações querem dizer, pois o que está em jogo são os propósitos que o intérprete articula. Assim, a interpretação construtiva é intencional e consiste na atribuição de propósito às práticas ou objetos, “a fim de torná-los o melhor exemplo possível da forma ou gênero aos quais se imaginam que pertencem” ⁶⁹.

Cabe registrar, neste pormenor, que os esforços do intérprete voltados a transformar os exemplares de cada gênero os melhores possíveis têm limites. Dworkin adverte que a história ou a forma prática do material interpretado exerce força coativa sobre o intérprete, de modo que as interpretações se estabelecem entre propósito e objeto. Ou seja, não se pode fazer com que os conteúdos examinados sejam aquilo que gostaríamos que fossem. Elementos objetivos pedem ajustes das proposições daqueles que se debruçam sobre práticas sociais correntes ⁷⁰.

Assim, pode-se dizer que Dworkin entende que a fundamentação das decisões judiciais precisa justificar as práticas jurídicas de forma que as torne melhores do que são, sobretudo com interpretações que reforcem os princípios inerentes às práticas jurídicas. Ao mesmo tempo em que a procura pela intenção dos legisladores é incapaz de justificar o provimento estatal, tal como os originalistas que entendem que somente são aceitáveis as intenções históricas dos fundadores da

⁶⁸ MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à...**, *Op. cit.*, p. 213.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 63-64.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 64.

Constituição dos Estados Unidos da América ⁷¹, a interpretação deve ter limites para que não descambe em pura invenção, como se os seus elementos constitutivos não fossem importantes.

Dworkin não propõe instrumentos metodológicos que assegurem interpretações corretas. Na verdade, o que ele apresenta são etapas da interpretação que exigem competências distintas do intérprete, cujas complexidades aumentam a cada passo dado. Isso não significa que a descrição das formas como se dão as decisões judiciais deva ser abandonada. A própria teoria de Dworkin contém aspectos descritivos importantes, sobretudo sobre as práticas correntes que são explicadas e criticadas pelo autor. O debate sobre os contextos de descoberta e de justificação contribui para a compreensão deste ponto, que não se limita à dicotomia descrição e prescrição.

As etapas interpretativas, analiticamente descritas por Dworkin, demandam diferentes níveis de consenso. Em primeiro lugar, na fase pré-interpretativa, identificam-se regras e padrões que dão o conteúdo experimental da prática. Nos campos da literatura e do cinema, por exemplo, apontam-se os gêneros das obras e dos filmes apreciados. Já nessa fase há algum tipo de interpretação, mas é preciso forte consenso a respeito dela, a fim de que a interpretação tenha resultados satisfatórios. Na maior parte dos casos, as classificações são vistas como reflexas ou quase intuitivas nas práticas da argumentação ⁷². Em segundo lugar, a fase interpretativa pressupõe maior empenho para que se conquiste justificativa geral para os principais elementos da prática. Ressalte-se que a interpretação deve se ajustar à prática discutida, sem que represente nova prática. Em terceiro lugar, na etapa pós-interpretativa ou reformuladora, são feitos ajustes pelo intérprete para que a proposição se adeque ao que a prática demanda “para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa” ⁷³.

No ato de fundamentar, os juízes e os tribunais devem expor as três fases interpretativas descritas para demonstrar os padrões ou conteúdos da prática pertinentes ao caso concreto, a justificativa geral para os principais elementos da prática analisada e as reformulações para que a proposição se adeque melhor ao que a prática demanda. A exposição das etapas interpretativas na justificativa decisória

⁷¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 432.

⁷² *Ibidem*, p. 81-82.

⁷³ *Idem*.

permite que se conheça o raciocínio que relacionou os argumentos de cada uma das etapas realizadas. O paradigma subjacente à fundamentação também precisa ser enunciado na decisão, quer para o reafirmar, quer para o refutar quando mudanças forem necessárias.

De qualquer modo, a discussão instaurada por Dworkin sugere que o grande escopo do Direito, em sentido pré-interpretativo, é o de condicionar o poder aos direitos e responsabilidades individuais decorrentes de decisões políticas anteriores, as quais insistem que a força pública não deve ser empregada ou inibida somente pelas possíveis vantagens capazes de proporcionar à comunidade. As concepções do Direito aprimoram a interpretação inicial e consensual do conceito, a fim de responder três perguntas fundamentais: (a) justifica-se o nexo entre Direito e coerção ou faz sentido exigir que a força pública seja utilizada somente quando houver decisões políticas anteriores? (b) qual seria esse sentido? e (c) qual noção de coerência com os precedentes seria a mais adequada? ⁷⁴. Na fundamentação tais questões precisam ser enfrentadas, já que cabe ao juiz explicar qual a perspectiva teórica que embasa o provimento.

Dworkin indica três concepções de Direito que buscam respostas para essas perguntas: o convencionalismo, o pragmatismo e o Direito como Integridade. O convencionalismo preconiza que direitos e responsabilidades válidos são aqueles provenientes de leis ou decisões anteriores. O objetivo dessa corrente é garantir a segurança jurídica ou a autoridade, já que impede que os juízes apelem para as próprias convicções morais ou políticas para tratar do Direito, excetuados os casos difíceis. Não há esforços pós-interpretativos que determinem quem tem direito em casos difíceis. Outro aspecto importante do convencionalismo é o de que os membros da comunidade não se unem por princípios comuns. Na verdade, as regras são entendidas, de acordo com essa análise, como compromissos entre interesses antagônicos que esgotam as obrigações entre os cidadãos ⁷⁵.

O seguinte exemplo de desacordo teórico no contexto brasileiro demonstra a perspectiva convencionalista. Juristas divergem sobre a possibilidade de que pessoas do mesmo sexo firmem matrimônio por razões teóricas: alguns argumentam que o instituto pressupõe sexos diferentes; outros, por sua vez, replicam que o direito brasileiro assegura essa possibilidade aos homossexuais. Convencionalistas

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 116-118.

⁷⁵ SHAPIRO, Scott. **El Debate “Hart-Dworkin”**..., *Op. cit.*, livro eletrônico.

sustentam que as práticas pretéritas indicam que a instituição tem caráter heterossexual. Os que divergem acreditam que o fundamento do direito depende de correção moral para que se justifique com melhores razões ⁷⁶.

Segundo o convencionalismo, o direito depende de convenções sociais que estabelecem as competências institucionais para a elaboração de leis e os respectivos procedimentos. A discricionariedade judicial torna-se inevitável nessa corrente, porquanto se reconhece que as convenções são incapazes de abranger todos os problemas e os juízes podem procurar justificativas para além do direito, como critérios de justiça ou programas voltados ao interesse coletivo. Constatada a insuficiência das convenções, o juiz produz novo direito, “indagando qual lei estabeleceria a legislatura anterior em vigor; qual é a vontade popular ou o que seria melhor para os interesses da comunidade no futuro” ⁷⁷.

Andrei Marmor procura refutar o modelo de interpretação dworkiniano, com o argumento de que o Direito se resume às convenções e que não contempla padrões não institucionalizados. Para Marmor, o Direito apenas exigiria interpretação nos casos em que as regras deixassem dúvidas em determinadas circunstâncias. Nas demais situações, caberia seguir as regras e aplicá-las, sem colocar em curso interpretações ⁷⁸.

Em alguma medida, o convencionalismo assemelha-se ao Direito como Integridade sobre a importância dada às decisões políticas anteriores. No entanto, as semelhanças não vão longe: se, por um lado, a integridade procura coerência de princípio nos provimentos passados, por outro o convencionalismo propugna que, esgotadas as fontes sociais, os juízes podem estabelecer novos direitos sem investigar razões subjacentes nas decisões passadas. Insista-se que o propósito do convencionalismo é o de garantir o ideal das expectativas dos cidadãos, a fim de que não haja surpresas. Sob essa ótica, descobrir princípios nas decisões passadas e enxergá-los como fontes de obrigação poderiam ser atitudes comprometedoras da virtude da segurança jurídica ⁷⁹.

⁷⁶ MACEDO JR, Ronaldo Porto. **A Crítica de Dworkin ao Convencionalismo e Sua Relevância – Um esquema de crítica conceitual**. Rio de Janeiro: Direito, Estado e Sociedade, nº 47, jul/dez 2015, p. 128-155.

⁷⁷ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do Direito Contemporânea: Uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom**. 2ª ed; Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020. Versão Kindle.

⁷⁸ MARMOR, Andrei. **Interpretation And Legal Theory**. 2ª ed. Oxford: Hart, 2005, p. 95.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do...** *Op. cit.*, p. 163-164.

A despeito disso, a criação pontual de direitos pelos magistrados não é malvista pelo convencionalismo, já que nos casos complexos, em que as convenções se exaurem, não há mais Direito. Daí que entram as concepções do magistrado a respeito daquilo que seria o melhor para a comunidade, sem que as partes tenham como reivindicar decisões em determinado sentido. As motivações nesse campo são variadas: desde a coerência com os precedentes até cálculos utilitaristas sobre o que produzira avanços sociais, econômicos ou culturais nas sociedades em que as fontes normativas se acabaram ⁸⁰.

De acordo com o convencionalismo, a fundamentação das decisões precisa assegurar a estabilidade das expectativas da sociedade, objetivo que é assegurado com a identificação do Direito com a institucionalização. No entanto, a ausência de previsões legislativas sobre todos os aspectos da vida reclama a discricionariedade do magistrado, elemento que acaba por promover insegurança por não possuir referências normativas prévias, pelas quais as pessoas podem planejar os seus assuntos e prever os resultados dos julgamentos, que já não são passíveis de ser considerados corretos ou incorretos.

Já o pragmatismo nega que as decisões passadas tenham a capacidade de justificar direitos e responsabilidades atuais. Por esse motivo, Dworkin sustenta que o pragmatismo é concepção cética do Direito, uma vez que afirma não haver vantagens em exigir que as decisões judiciais sejam consistentes com outras decisões políticas do passado. Ao contrário, a corrente propugna que os juízes editem os melhores provimentos para a comunidade, sem levar em consideração aquilo estabelecido anteriormente ⁸¹. Há ceticismo na visão pragmática do Direito porque ela rejeita o pressuposto de que as decisões passadas oferecem, por si sós, justificativas para o uso da força coletiva organizada. A aposta pragmática para a violência estatal é a justiça, a eficiência ou outra virtude contemporânea, elementos que, segundo os pragmáticos, são melhores para que a comunidade seja mais próspera e não fique presa ao fetiche da coerência ⁸².

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América prolatou decisão pragmática em *George W. Bush v. Al Gore* ⁸³, com a advertência de que o caso não

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 159.

⁸¹ SHAPIRO, Scott. **El Debate “Hart-Dworkin”** ..., *Op. cit.*, livro eletrônico.

⁸² DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 185.

⁸³ Nas eleições presidenciais norte-americanas realizadas em 2000, a vitória seria definida a partir da votação do Estado da Flórida. O Estatuto Eleitoral daquele Estado da Federação determinava que

deveria ser observado como precedente para situações futuras. Ao suspender a recontagem dos votos determinada pelo Tribunal do Estado da Flórida, motivada pela pequena diferença entre os candidatos, a Suprema Corte, por maioria, entendeu que o procedimento violaria a igualdade de proteção das leis, o que resultou na vitória do candidato republicano Bush ⁸⁴.

Richard A. Posner considerou correta a decisão da Suprema Corte, com o argumento pragmático de que a recontagem dos votos poderia se estender o impasse para depois de janeiro de 2001, gerar crise institucional e até mesmo ameaçar a nomeação de Bush ao cargo de Presidente ⁸⁵. Como não havia dispositivo que claramente vedasse a recontagem de votos na Constituição norte-americana, os magistrados conservadores, que formaram a maioria para decidir, consideraram que se a decisão favorecesse Bush a Suprema Corte perderia prestígio com acusações de partidarismo ⁸⁶.

Ainda que não apareça o componente pragmático nos votos, a interpretação pouco convincente da cláusula da igualdade de proteção instituída pela Décima Quarta Emenda ⁸⁷. Posner observa que decisões pragmáticas se preocupam com as suas consequências e aceitam que os juízes, dentro dos limites da discricionariedade,

recontagem dos votos deveria ser realizada em casos de diferenças pequenas entre os candidatos, a menos que o perdedor não concordasse com a medida. Derrotado, Gore exigiu novo cômputo das cédulas, oportunidade em que a liderança de Bush diminuiu de 1.782 (mil setecentos e oitenta e dois) para 327 (trezentos e vinte e sete) votos, sem que as cédulas de cidadãos que viviam no exterior fossem computadas. Gore teve o pedido de recontagem de votos deferido em relação aos condados de Miami-Dade, Palm Beach, Broward e Volusia. No entanto, após recontados os votos em Volusia, o Secretário de Estado da Flórida, Katherine Harris, impediu que fosse efetivada a conferência das cédulas em outros condados, com a justificativa de que apenas seria possível se prorrogar o prazo da recontagem em circunstâncias excepcionais, como desastres naturais, as quais não estavam presentes. Gore propôs ação judicial para conseguir a prorrogação do prazo, mas teve a pretensão refutada pelo tribunal inferior, com o fundamento de que o Harris não havia abusado da discricionariedade ao interpretar o Estatuto no sentido de impedir a extensão da recontagem dos votos. Todavia, a Suprema Corte da Flórida reverteu a decisão e permitiu a reanálise das cédulas a partir da ideia da soberania popular. Harris, após a recontagem de Broward, proclamou Bush vencedor com 527 (quinhentos e vinte e sete votos). Gore ajuizou nova ação para questionar o fato de que o condado de Miami havia interrompido a contagem em andamento porque seria incapaz de a concluir no prazo estipulado. O magistrado de primeiro grau entendeu as autoridades responsáveis pela recontagem dos votos em Miami não teriam abusado do poder discricionário ao interromper o procedimento. Entrementes, houve recurso para a Suprema Corte dos Estados Unidos contra a decisão da Suprema Corte da Flórida que estendeu o prazo para a recontagem dos votos. A Suprema Corte, por maioria, decidiu que a recontagem negava a proteção igualitária das leis e institua diferenças arbitrárias na análise das cédulas dos eleitores, bem como que a legislação da Flórida proibia a recontagem porque o procedimento não poderia ser concluído até 12 de dezembro (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism And Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 322-328).

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 331.

⁸⁶ POSNER, Richard A. **Law. Pragmatism And Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 332.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 333.

votem segundo ideologias, experiências de vida ou temperamentos ⁸⁸. Para Posner, a discricionariedade e o pragmatismo foram importantes salvar a popularidade da Suprema Corte no caso *George W. Bush v. Al Gore* ⁸⁹.

Neil MacCormick também atribui importância particular às consequências dos provimentos jurisdicionais, com a ressalva de que as decisões não podem violar normas válidas e obrigatórias, isto é, devem fazer sentido em relação ao sistema jurídico e ao mundo ⁹⁰. MacCormick sugere que as decisões sejam tomadas de acordo com os efeitos que produzem. Ressalta, no entanto, que sua proposta não tem relação com o utilitarismo de Bentham, cujo critério determinante é o binômio prazer-dor ⁹¹. Para que as decisões façam sentido no mundo são necessários argumentos consequentialistas de caráter avaliatório, algo que não escapa do subjetivismo ⁹². Quando os raciocínios dedutivos não possam solucionar os casos, a coesão e a coerência são importantes, pois exigem que o ordenamento tenha unidade principiológica ⁹³.

Na versão de Posner, o pragmatismo nega que as pessoas tenham direitos somente porque existem legislações ou precedentes. Quando os juízes discutem a respeito de interpretações de provimentos agem *como se* as pessoas tivessem direitos, porquanto essa atitude, a longo prazo, serve melhor à comunidade. A razão é muito simples: a civilização requer que as pessoas se pautem pelas convenções criadas pelas autoridades públicas, cuja desobediência se subordina ao poder coercitivo estatal. Caso os juízes aplicassem somente as leis que aprovam, seja por qual motivo fosse, a comunidade seria muito pior ⁹⁴.

Para sustentar a *nobre mentira* de que as pessoas têm direitos, os pragmáticos estão livres para seguir qualquer método que crie melhorias para a sociedade. Características desejáveis como a riqueza, a felicidade ou o poder são finalidades válidas para inclinar as decisões judiciais em determinado sentido ou em outro. Assim, o pragmatismo não exclui concepções sobre a melhor comunidade, pois está aberto para qualquer consideração que concretize os fins eleitos, embora não

⁸⁸ POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism And...**, *Op. cit.*, p. 334.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 335.

⁹⁰ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. 1ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 131.

⁹¹ *Ibidem*, p. 133-134.

⁹² *Ibidem*, p. 134.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 187.

ignore as divergências que possam surgir sobre o que pode ser mais adequado à sociedade. No entanto, as pretensões tuteladas não são levadas a sério pelos magistrados: “aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes” ⁹⁵. Instrumentalizado o Direito em conformidade com as aspirações dos juízes e dos tribunais, as exigências da justiça e da moralidade tendem a ganhar tom meramente retórico.

Segundo o pragmatismo, o juiz está livre para seguir ou não o Direito anteriormente estabelecido. O mote da corrente pragmática é fazer com que a sociedade avance. A fundamentação das decisões desvincula-se das decisões passadas para colocar o juiz na função de agente de transformações pontuais ou até mesmo de reformas sociopolíticas profundas. A lei assume a condição de utensílio manipulável segundo as convicções do agente decisório, que estabelece comandos voltados a fazer a comunidade melhor, o que pode variar muito de acordo com as concepções do magistrado.

Em suma, o convencionalismo e o pragmatismo podem ser resumidos nos seguintes termos: o primeiro mira no passado e sustenta que os juízes não se consideram livres para modificar as práticas correntes, como as decisões judiciais anteriores. Em sociedades convencionalistas, os cidadãos têm a possibilidade de planejar os próprios assuntos de acordo com os provimentos políticos estabelecidos, pois os juízes têm deferência maior para com os assuntos enfrentados em outros momentos; o segundo, por sua vez, preconiza que os juízes têm liberdade para alterar as convenções vigentes toda vez em que mudanças promoverem maior eficiência ou justiça social. Quem desejasse organizar os próprios assuntos, ao contrário do que se passa com o convencionalismo, deveria tentar prever as decisões dos tribunais, já que a segurança jurídica é menos importante do que a substância decisória no último modelo descrito ⁹⁶.

Tanto o convencionalismo quanto o pragmatismo têm vantagens e desvantagens ⁹⁷. Porém a integridade é a virtude que se coloca como o modelo de

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 195.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 181.

⁹⁷ Pode-se dizer que em comunidades socioeconomicamente desenvolvidas, o convencionalismo ajusta-se melhor às práticas adotadas, pois procura preservar certo estado de coisas atraente aos cidadãos. Em contrapartida, em comunidades com problemas estruturais, o pragmatismo parece ser melhor porque pode instaurar mudanças sensíveis e necessárias que não seriam efetivadas com a

superação das correntes expostas. Uma sociedade democrática compartilha os ideais de equidade, justiça e devido processo legal ⁹⁸. Por equidade, entende-se que os procedimentos políticos – formas de escolha de dirigentes e de sensibilizar suas decisões ao eleitorado – devem distribuir os poderes políticos de maneira adequada e possibilitar que o cidadão tenha influência sobre as decisões governamentais. Por sua vez, a justiça clama que distribuição de recursos materiais e a proteção das liberdades públicas cheguem a resultados moralmente justificados. Ainda, o devido processo legal pressupõe procedimentos corretos para julgar cidadãos que violem as leis estabelecidas, os quais devem assegurar mecanismos probatórios e de revisão com grau satisfatório de exatidão, sem ignorar o tratamento sério e respeitoso que merece o acusado ⁹⁹. Cabe a recordação de que devido processo legal nos EUA tem caráter substancial e possui um sentido bastante expandido em comparação com a visão tradicional que era adotada no Brasil ¹⁰⁰.

Outra importante virtude exige que o governo tenha única voz e atue de modo coerente com os princípios para com todos os cidadãos, sem distinções arbitrárias e desmotivadas. Tal exigência vai além do dever imposto às autoridades de tratar os casos semelhantes da mesma maneira, pois se liga às exigências mais profundas da moralidade política ¹⁰¹. Essa virtude, chamada de integridade por Dworkin, faz com que o Estado e a comunidade sejam considerados agentes morais, além de instaurar a noção de que é necessário seguir “conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos” ¹⁰².

A integridade política, portanto, pressupõe personificação da comunidade por demandar que as pessoas se engajem nos princípios de equidade, justiça e devido processo legal. A comunidade ganha vida autônoma em relação aos seus cidadãos

manutenção das decisões políticas tradicionais. O pragmatismo, na verdade, é mais adaptável do que o convencionalismo, cujo *telos* consiste em garantir o cumprimento das expectativas das pessoas.

⁹⁸ CALSAMIGLIA, Albert. **El Concepto de...**, *Op. cit.*, p. 155-176.

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 201.

¹⁰⁰ “a Suprema Corte dos EUA evoluiu na sua compreensão do princípio do devido processo legal. Pode-se dizer que não o utiliza mais como um instrumento de manutenção do statu quo, como já o utilizou outrora. Concentra-se na solução de questões relacionadas com a igualdade substancial das pessoas – o que a Constituição estadunidense denomina de “igual proteção das leis” (equal protection of the laws). A questão das políticas de ação afirmativa, as questões relacionadas com a família e outras, estão na pauta de discussões da Suprema Corte” (RAMOS, João Gualberto Garcez. **Evolução Histórica do Princípio do Devido Processo Legal**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 46, 2007, p. 108).

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 201.

¹⁰² *Ibidem*, p. 201-202.

porque apresenta seus próprios princípios e atrai para si exigências que os demais seres reais que a compõem não possuem. Cabe a ressalva de que a personificação não se embasa em teorias metafísicas nem significa o retorno da mística na forma de ordenação da vida coletiva. O que Dworkin sustenta é que ela é o resultado das práticas de pensamento e de linguagem compartilhados em dado contexto, as quais efetivamente a constituem ¹⁰³. A responsabilidade intergeracional por atos condenáveis exemplifica a personificação atuante ¹⁰⁴.

A importância ética da integração, implicada na ideia de comunidade, não ameaça os princípios liberais. Não é necessário que o indivíduo se identifique completamente com a própria comunidade e que anule a si próprio, mas que reconheça que o êxito ou o fracasso da própria vida depende da vida comunitária nos aspectos políticos, tais como as legislações, as adjudicações, as imposições de leis e as demais funções executivas dos governos ¹⁰⁵. Na perspectiva liberal, a integração comunitária diz respeito aos temas do domínio política e não limita escolhas íntimas, como a preferência sexual das pessoas ¹⁰⁶. Como destaca Dworkin, “O cidadão integrado que dá valor à própria vida confia no êxito da comunidade ao tratar todos com igual consideração” ¹⁰⁷.

Dworkin afirma que a integridade pede que os princípios políticos utilizados para justificar a autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados para definir o significado das leis aprovadas. Em outras palavras, os princípios morais justificadores das substâncias das decisões devem ser reconhecidos pelo restante do Direito e os procedimentos do devido processo obedecidos, a fim de que se encontre o equilíbrio entre exatidão e eficiência. A diferença entre argumentos de política e de princípio é fundamental para que se obtenha a coerência de princípio propugnada pela

¹⁰³ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 203.

¹⁰⁴ Dworkin cita alguns exemplos para demonstrar a personificação atuante da comunidade. Alemães nascidos depois do governo nazista sentem-se obrigados a reparar ou ao menos mitigar os danos causados aos judeus. Norte-americanos brancos acreditam que possuem responsabilidades para com os negros que nunca foram escravizados. Igualmente, pode-se acrescentar que brasileiros têm preocupações com as populações tradicionais do País, mesmo que não tenham sido diretamente beneficiados pelo esbulho de terras ancestrais. Mas, se nem todos os alemães, americanos e brasileiros infligiram sofrimentos a esses povos ou tiveram benefícios com práticas condenáveis, por qual razão se engajam para que haja reparações? Pela simples – e complexa – razão de que pertencem aos povos alemão, norte-americano e brasileiro, pois acreditam que a comunidade tem o dever de dispensar tratamento adequado a todos, apesar das divergências sobre o alcance dessa responsabilidade. (DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 209-210).

¹⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: A teoria e a prática da igualdade**. 2ª ed; São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 322.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 323.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 324.

integridade, mormente nas decisões judiciais. Os primeiros voltam-se à proteção ou ao fomento de objetivos da comunidade, tais como a defesa nacional ou o desenvolvimento econômico. Os segundos demonstram que as decisões respeitam ou garantem direitos individuais ou de grupos, como o apoio às leis que proíbem a discriminação ¹⁰⁸.

Vera Karam de Chueiri lembra que a imperfeição da comunidade de princípios faz com que a virtude política da integridade se torne interessante na legislatura e na adjudicação. Apesar da idealidade do modelo comunitário, a proposta dworkiniana permite distinguir o exercício ilegítimo do exercício legítimo do poder, a partir dos princípios de moralidade política. Em síntese, a integridade pretende ter função “contemporizadora dos conflitos existentes na política cotidiana, possibilitando decisões que não onerem os cidadãos, ainda que se trate de disputa entre justiça e equidade” ¹⁰⁹. Todos merecem igual respeito e consideração e disputas políticas não podem ser pretextos para a discriminação de grupos ou pessoas vencidas em discussões públicas.

A fundamentação para Dworkin vai além da busca pela segurança jurídica, que evita a aplicação retroativa de inovações legislativas realizadas pelo Poder Judiciário, já que a coerência de princípio requerida pela integridade reforça a responsabilidade política dos magistrados, que devem envidar esforços para que a Constituição, as leis e os precedentes formem conjuntos moralmente coerentes. Atividades interpretativas sofisticadas são exigidas para que se demonstre o Direito em sua melhor luz, em consonância com os princípios que fundam e justificam os institutos. Tudo isso é aferido a partir das razões pelas quais as decisões são prolatadas, ou seja, a partir das fundamentações que sustentam as ordens emanadas do Poder Judiciário.

A exposição realizada até aqui revela que a fundamentação das decisões judiciais tem papel central na legitimidade da coação pública, que pressupõe interpretações voltadas a fazer com que as práticas jurídicas se sustentem a partir de princípios de moralidade política. Mesmo nos casos em que não há regras ou que as existentes apresentam vaguezas ou ambiguidades, cabe aos juízes encontrar respostas substantivas no Direito preexistente, sem que legislem ou que deflagrem

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos...**, *Op. cit.*, p. 129-130.

¹⁰⁹ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e Modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. 1ª ed; Curitiba: JM Editora, 1995, p. 128-129.

medidas pragmáticas, voltadas, exclusivamente, ao alcance de objetivos capazes de promover o bem-estar social.

Mas, como colocar em prática tão audacioso projeto? Os desdobramentos das dimensões legislativa e jurisdicional da integridade serão apreciados a seguir com a integridade no Direito.

1. 2 A Integridade no Direito

A integridade amplia a complexidade do ato de fundamentar e obriga os magistrados a serem mais críticos, cuidadosos e atentos aos princípios implicados nas práticas jurídicas. A integridade tem dimensões operantes nas searas legislativa e jurisdicional. No âmbito legislativo, a virtude requer a criação de leis moralmente coerentes. Mas, se as proposições jurídicas são adequadas quando exprimem a equidade e a justiça, em alguns casos é necessário realizar escolhas entre essas virtudes que entram em tensão: questões polêmicas levam ao problema frequente entre assegurar as vontades das maiorias, formadas por procedimentos majoritários válidos, ou de superá-las por violarem ou restringirem, em excesso, os direitos tutelados das minorias ¹¹⁰. Aqui a mencionada função contemporizadora da integridade é evidente por impedir que os cidadãos acabem onerados em demasia em disputas políticas.

Jeremy Waldron constata que Dworkin dedicou menos tempo ao ideal da integridade nas obras posteriores ao livro “O Império do Direito”, de 1986 ¹¹¹. A despeito disso, Waldron entende que a integridade, além de ser ideal comunitário, diz respeito à legitimidade da coerção pública e à condição para que as pessoas sejam compelidas a obedecer ¹¹². Também a integridade representa ideia ética e a base da prática que oferece não apenas formas de tratar uns aos outros, mas também os direitos legados pela sociedade ¹¹³.

Alguns temas não admitem decisões conciliatórias entre a justiça e a equidade que possam satisfazer interesses de grupos sociais e políticos antagônicos ao mesmo tempo. Esquemas conciliatórios criadores de decisões salomônicas ou análogas aos

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 215.

¹¹¹ WALDRON, Jeremy. **The Rise and Decline of Integrity**. NYU School of Law, Public Law Research Paper, n. 19-49, 2019, p. 1.

¹¹² *Ibidem*, p. 16.

¹¹³ *Idem*.

tabuleiros de Xadrez revelam-se inadequados para solucionar, por exemplo, os problemas do aborto ou da discriminação racial, justamente porque estes requerem medidas com coerência de princípio. Distinções arbitrárias em assuntos dessa natureza seriam condenáveis no Estado Democrático de Direito ¹¹⁴.

Gustavo Zagrebelsky explica que, com o pluralismo contemporâneo, as leis têm valores e interesses heterogêneos. Não são manifestações de sociedades políticas coerentes, mas instrumentos de competição e de enfrentamento entre os diversos grupos antagônicos das democracias. As leis, portanto, provocam instabilidades e são motivadas por relações de força, que, por vezes, assumem caráter pactual em coalizões políticas que produzem atos normativos contraditórios, obscuros e até mesmo caóticos. Também é digno de nota o fato de que nem todas as fontes normativas têm origem estatal. Há ordenamentos jurídicos territoriais ou setoriais que nem sempre se coadunam com as disposições produzidas pelos Poderes constituídos ¹¹⁵.

A dimensão legislativa da integridade suscita inquietações que merecem ser registradas. Andrei Marmor sustenta que a falta de coerência não gera, necessariamente, contradição ¹¹⁶. Não haveria razão de se recorrer à integridade ou à coerência para se rejeitarem as leis conciliatórias, já que apenas não há boas razões que as fundamentem ¹¹⁷. Marmor observa, também, que a integridade legislativa, por pressupor única visão teórica, violaria o pluralismo e o comprometimento do Estado com o pluralismo razoável, em virtude da fragmentação moral da sociedade ¹¹⁸. Ainda, Marmor diz que as causas do fracasso da integridade legislativa em democracias devem ser recomendadas e que as incoerências são inevitáveis se a comunidade pretende manter o pluralismo ¹¹⁹.

Waldron aponta algumas das dificuldades da integridade nas legislaturas. Waldron entende que, ao contrário do que prega Dworkin, a justiça e a equidade não seriam ideais independentes, nem que entrariam em conflito. Desacordos a respeito da justiça exigiram a observância da equidade, pois procedimentos seriam

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 216-222.

¹¹⁵ ZAGREBELSKI, Gustavo. **El Derecho Dúctil**: Leys, derechos, justicia. 10ª ed; Madrid: Trotta, 2011, p. 37-39.

¹¹⁶ MARMOR, Andrei. **Should We Value Legislative Integrity?** In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Org.). *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 126.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 127.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 130.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 130-133.

necessários para que houvesse deliberações entre os grupos divergentes, como nas decisões majoritárias ¹²⁰. Para Waldron ¹²¹, a relação entre justiça e equidade poderia ser entendida de acordo com as razões de segunda ordem propostas por Joseph Raz ¹²², porquanto os conflitos meritórios acerca da justiça – razões de primeira ordem – seriam solucionados por meio de procedimentos – razões de segunda ordem - para não se agir peremptoriamente ¹²³.

Waldron aplica as mesmas considerações sobre a justiça e a equidade à integridade: integridade e equidade seriam valores políticos que se aproximam da justiça por via oblíqua, já que contribuem para se enfrentar o fato de que muitas decisões passadas derivam de concepções de justiça diferentes e potencialmente conflituosas ¹²⁴.

Com efeito, a integridade legislativa é qualidade muito difícil de se concretizar no arranjo das instituições, mas que nem por esse motivo deve ser desprezada ou tratada como ilusória. Na verdade, as aporias do poder reafirmam e não refutam a proposta dworkiniana. Isso porque a integridade no âmbito legislativo somente impede leis conciliatórias quando há discussões de princípio, pelo que seriam inaceitáveis autorizações para que mulheres nascidas em dias pares abortassem e nascidas em dias ímpares não. Em outros temas, como zoneamentos urbanos ou regras de estacionamento no trânsito, as transações não revelam incongruências condenáveis moralmente. No fundo, a integridade deriva do ideal de comunidade de princípios, baseado nas obrigações associativas, e proíbe que alguns sejam excluídos, ainda que vencidos na arena política. Logo, não há como se dizer que a virtude em questão elimina o pluralismo ¹²⁵.

A rejeição das decisões conciliatórias faz com que a integridade seja o ideal político que explica o comportamento da justiça e da equidade, tal como o planeta Netuno, cuja existência, antes de ser comprovada, havia sido postulada pelos astrônomos. Nem sempre a justiça e a equidade são suficientes para resolver problemas ligados aos princípios políticos, sobretudo quando pensados a partir da

¹²⁰ WALDRON, Jeremy. **Derecho Y Desacuerdos**. Madrid: Marcial Pons: 2005, p. 222-223.

¹²¹ *Ibidem*, p. 233.

¹²² RAZ, Joseph. **Practical Reason And Norms**. 2ª ed; Princeton: Princeton University Press: 1990, p. 39.

¹²³ WALDRON, Jeremy. **Derecho Y Desacuerdos**..., *Op. cit.*, p. 233.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 235.

¹²⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; BRINA, Christina Vilaça. **Deve a Integridade Vincular o Poder Legislativo?** Uma análise das críticas de Andrei Marmor à integridade legislativa de Ronald Dworkin. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. V. 62, N. 1 (2017), p. 149-150.

Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, que assegura, de acordo com Dworkin, o direito à igual respeito e consideração ¹²⁶.

Já no âmbito jurisdicional, a proposta dworkiniana é a de que práticas jurídicas são narrativas politicamente interligadas pela integridade. As proposições jurídicas são verdadeiras se expressam ou descobrem os princípios de justiça substancial, justiça formal e de devido processo legal que forneçam “a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” ¹²⁷. De certa maneira, a interpretação contínua do material jurídico coloca-se entre o passado e o futuro: se, por um lado, as decisões pretéritas não têm o poder de justificar, isoladamente, o Direito, por outro os provimentos estatais devem conservar o esquema principiológico que une a comunidade em determinado período ¹²⁸.

Desse modo, o passado não é o fator que legitima os posicionamentos presentes, como sustentam os convencionalistas, que reproduzem as decisões políticas com o intuito de assegurar a estabilidade das expectativas geradas pelos atos governamentais. Tampouco a postura dos pragmáticos é a adequada em relação ao passado porque eles não se preocupam em manter os princípios que caracterizam as comunidades políticas, já que se concentram em medidas que produzem algum benefício a curto ou a longo prazo. Por essas razões, Dworkin utiliza a metáfora do romance em cadeia para explicar como se adapta a história ao presente e se mantém os princípios garantidores de futuro honroso ¹²⁹.

Juízes atuam como autores em romance em série porque dão continuidade aos trabalhos desenvolvidos por seus antecessores, o que requer alguns cuidados especiais e propósitos bem estabelecidos. Os capítulos escritos não são meramente acrescentados ao empreendimento coletivo de maneira absolutamente livre; antes, devem ser redigidos como se fossem obra de único autor e não de muitos escritores dispersos ¹³⁰. As decisões passadas e as presentes não formam corpos desconexos no tempo. Mais do que considerar as origens dos provimentos dos tribunais, cabe ao intérprete levar em consideração a vida e as transformações pelas quais os atos decisórios passam e devem passar.

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 222-224.

¹²⁷ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da Jurisprudência**. 1ª ed; Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 107.

¹²⁸ *Idem*.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 274.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 276-277.

Conforme observam Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto, a proposta do romance em cadeia não se afasta da confluência ou fusão de horizontes de Hans-Georg Gadamer, pela qual se explica como a tradição conecta o passado e o presente ¹³¹. O romance em cadeia, assinala Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, demonstra o aprendizado social subjacente ao Direito, prática social interpretativa e argumentativa que corrige a si própria ao longo da história institucional, cuja reconstrução é realizada de maneira reflexiva e animada por princípios de moralidade política que lhe dão sentido ¹³².

Aqui duas dimensões da obra ganham destaque: o ajuste, segundo o qual nenhuma interpretação que não seja adotada por outro autor pode ser empregada pelo romancista, o que não significa que a atividade interpretativa tenha que se adequar a cada detalhe do texto, e sim que tenha poder explanatório geral; e, a adequação, que exige que o participante do romance *seriatim* analise qual das interpretações levantadas faz com que a obra seja melhor como um todo. Como o crítico literário escolhe algum tipo de teoria da arte para dar sequência ao escrito, o juiz precisa escolher alguma hipótese política e de Teoria do Direito para que tenha sucesso em suas fundamentações ¹³³.

A razão inerente ao romance em cadeia é a de obrigar o Estado a ter atuação coerente com os próprios princípios, mesmo quando os cidadãos tenham divergências sobre os conteúdos que exprimem. O desiderato do Direito é o de assegurar a legitimidade da violência estatal, o que exige que as interpretações das práticas correntes sejam guiadas por esse propósito. Com a integridade, as proposições jurídicas não são atitudes mecânicas, reprodutoras das decisões políticas do passado. Elas possuem caráter interpretativo e propugnam que “cada acréscimo deve ser (institucionalmente) ajustado aos princípios daquilo que vem antes e que informam o que deve vir depois” ¹³⁴.

A interpretação, para Dworkin, vai além do ideal positivo de assegurar a segurança jurídica por ter o objetivo de tornar o governo mais coerente com os

¹³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Teorias Interpretativas, Capacidades Institucionais e Crítica**. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 19, n. 19, 2016, p. 146-147.

¹³² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Dworkin: De que maneira o direito se assemelha à literatura?** Revista da Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 54, jan./jun. 2009, p. 95.

¹³³ MACEDO JR, Ronaldo Porto **Do Xadrez à...**, *Op. cit.*, p. 78-79.

¹³⁴ JÚNIOR, Gilberto Morbach; STRECK, Lenio Luiz. **Interpretação, Integridade, Império da Lei: O direito como romance em cadeia**. v. 20, n. 3 (2019): Revista de Direitos e Garantias Fundamentais - Constitucionalismo e Literatura, p. 54-56.

princípios. Em alguns casos, a integridade pede o sacrifício da estabilidade para que se possibilite a regência desses padrões normativos que unem as pessoas e dão sentido aos institutos e aos direitos. Por outras palavras, a atividade interpretativa deve ser afetada à finalidade de fazer o Direito mais justo e de estabelecer a decisão correta a partir de todo o ordenamento ¹³⁵.

O romance em cadeia, portanto, concretiza o ideal da integridade ao reclamar que as decisões judiciais sejam fundamentadas em argumentos de princípio e não de política. A igualdade é a tônica que motiva os juízes na complexa tarefa de desenvolverem interpretações que tratem casos iguais da mesma maneira e que mantenham os princípios de moralidade política ¹³⁶.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza escreve que, apesar de o romance em cadeia ter maiores semelhanças com as decisões da *common law*, nada impede que países filiados aos sistemas da *civil law* apliquem a ideia para buscar o significado dos princípios e direitos fundamentais que não estão no texto constitucional a partir da integridade ¹³⁷. Os juízes devem se dedicar às decisões passadas não para recuperar as intenções de outros magistrados quando as decisões foram prolatadas, mas para descobrir o que fizeram coletivamente. Por meio da fundamentação, os juízes e tribunais devem demonstrar que as interpretações adotadas se adequam às práticas jurídicas e que melhoram o material valorado como um todo. Levar em consideração as decisões passadas para nelas identificar os princípios que autorizam não equivale a abdicar da reflexão sobre os aspectos que merecem reforma.

O programa interpretativo apresentado é complexo. Dar continuidade à história institucional do Direito pressupõe habilidades ímpares do magistrado, ainda mais se forem consideradas as aporias do ordenamento jurídico e das próprias decisões judiciais. Assim, Dworkin recorre à metáfora de Hércules para descrever o juiz de paciência e perspicácia sobre-humanas, que testa as interpretações até

¹³⁵ CASALI, Guilherme Machado; LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. **As Limitações da Interpretação no Positivismo e as Contribuições de Ronald Dworkin**. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 2, n. 2, jul./dez. 2007, s/n.

¹³⁶ JÚNIOR, Gilberto Morbach; STRECK, Lenio Luiz. **Interpretação, Integridade, Império...**, *Op. cit.*, p. 56.

¹³⁷ 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 na Sociedade Contemporânea**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011, p. 219.

encontrar aquela que melhor se harmonize com os princípios de justiça, equidade e devido processo legal ¹³⁸.

Hércules constrói esquemas de princípios que justificam os precedentes, as leis e a Constituição. A tarefa apresenta as ordenações vertical e horizontal: a primeira é proposta por diferentes estratos de autoridade, segundo as quais os superiores controlam os inferiores, tal como se passa com as decisões dos tribunais superiores, que devem ser consideradas pelos órgãos inferiores; e, a segunda, por sua vez, postula que os princípios que fundamentam as decisões em determinado nível precisam ser consistentes com as justificações empregadas para as decisões do mesmo nível ¹³⁹. À luz da integridade, os juízes devem aceitar o ideal de que o Direito é estruturado por princípios de justiça, equidade e devido processo legal para que a posição de cada pessoa possa ser reputada justa e equitativa conforme as mesmas normas. O modelo de deliberação proposta visa a concretizar a comunidade de princípios ¹⁴⁰.

Hércules não deve reproduzir todas as decisões anteriores de maneira mecânica. A tarefa assumida por ele consiste em filtrar os provimentos passados em consonância com a história institucional do Direito, por meio da teoria dos erros institucionais, que tem a finalidade de demonstrar as consequências de se reputar determinada decisão como erro e de limitar os equívocos que podem ser dela excluídos. Em primeiro lugar, reconhece-se a capacidade de qualquer evento institucional de produzir consequências. Ato contínuo, limitam-se os seus efeitos à força gravitacional. Constatados erros, o provimento é inutilizado, sem que perca a autoridade. Nessa linha, distinguem-se os erros enraizados – que não perdem a autoridade que ostentam, embora possam ser destituídos da força gravitacional - dos erros acidentais, passíveis de correção, cuja autoridade serve de apoio à força gravitacional. A segunda etapa da teoria dos erros apresenta detalhada justificativa, na forma de esquemas principiológicos voltados às leis e às decisões, pois a teoria dos precedentes é interpretada conforme a equanimidade, pelo que se extraem duas possíveis atitudes de Hércules: (a) abandono dos princípios utilizados no passado que não mais justificam as decisões; ou (b) demonstração, por argumentos de moralidade

¹³⁸ PEDRON, Flavio Quinaud; et al. **De Que Maneira o Direito Assemelha-se à Literatura e à Interpretação Construtiva no Direito?** Revista Jurídica da UFERSA. Mossoró, v. 3, n. 5, jan./jun. de 2019, p. 141-142.

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos...**, *Op. cit.*, p. 182-183.

¹⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 291.

política, que os princípios são injustos e que o argumento de equanimidade que os sustentam é inválido ¹⁴¹.

Parte do desafio de sustentar interpretações coerentes com todo o Direito relaciona-se com a prioridade local. O Direito é dividido, em termos metodológicos, em ramos ou departamentos detentores de estatutos epistemológicos próprios, com práticas e princípios consolidados pela tradição. Ciente disso, Hércules elabora os juízos de adequação a partir do caso analisado na forma de círculos concêntricos, que se irradiam do particular para o geral. Conquanto a integridade reprove a compartimentalização do Direito, já que a divisão do Direito em áreas tende a comprometer a coerência, mantém-se fiel à proposta de revelar essa característica em sua melhor luz ¹⁴².

Hércules não considera a compartimentalização em seus testes interpretativos por respeito ao dogma ou às convenções vigentes. Pelo contrário, encara a prática como fruto de princípios que precisam ser interpretados da melhor maneira possível. Não radica a autoridade da divisão metodológica no dogma, mas na razão que a embasa ¹⁴³. Hércules conclui que a referida divisão favorece a integridade por permitir que se interprete o Direito de acordo com seus limites práticos comumente aceitos, o que reforça os princípios morais que diferenciam áreas como o Direito Penal e o Direito Civil. Porém, constatadas divisões mecânicas ou arbitrárias, a prioridade local deve ser abandonada ¹⁴⁴.

Na tarefa de lançar melhor luz sobre as práticas correntes, executada de maneira interpretativa, os argumentos submetem-se à ascensão ou escalada justificadora. Os argumentos relacionados expandem-se para além dos casos particulares mais pertinentes e são exploradas áreas adjacentes do ordenamento antes ignoradas. Pode-se descobrir que os princípios inicialmente considerados interessantes são incompatíveis ou que não se harmonizam tão bem quanto outros úteis a justificar outra área ampla do Direito. A maioria das questões não exige que o intérprete se afaste tanto da prioridade local, mas a escalada justificadora continua a

¹⁴¹ PEDRON, Flávio Quinaud. **Apontamentos Sobre a Interpretação Construtiva do Direito em Ronald Dworkin: Um estudo a partir da ADPF n. 132**. v. 2, n. 01, p. 157-182, 12 ago. 2016, p. 172-173.

¹⁴² DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 300.

¹⁴³ MACEDO JR, Ronaldo Porto. **A Integridade no...**, *Op. cit.*, p. 93.

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 302.

ser possibilidade onipresente: até os argumentos mais prosaicos podem ser atacados de níveis mais elevados ¹⁴⁵.

A *ratio decidendi* dos precedentes, motivos determinantes que vinculam os provimentos futuros sobre assuntos parecidos, têm os princípios que expressam reexaminados para se determinar se devem ser abandonados, ampliados ou ressignificados com a ascensão justificadora ¹⁴⁶. Daí a importância de separar os fundamentos vinculantes (*ratio decidendi*) daqueles meramente subsidiários ¹⁴⁷, que não interferem nas conclusões adotadas para que haja integridade. A permanência ou não do precedente depende da qualidade dos seus argumentos, não do peso da autoridade responsável por sua elaboração.

Hércules investiga os argumentos mais aceitos a ponto de fazê-los vulneráveis com raciocínios que se iniciam de fora para dentro e não de dentro para fora. Antes mesmo de apreciar o seu primeiro caso, demonstra capacidade de edificar ampla teoria e de resolver problemas fundamentais da metafísica, da ética, da moral e da moralidade política. Com isso, encontra a melhor justificativa para solucionar o problema específico de alguma área do Direito ¹⁴⁸.

É verdade que os juristas mortais, na maioria dos casos, raciocinam de dentro para fora e não de fora para dentro. A diferença, porém, não invalida a relevância do modelo hercúleo. Para explicar melhor a importância do raciocínio de fora para dentro, Dworkin lembra que a ciência pode ser comparada à rede inteiriça ou consistente, e que os filósofos e cientistas se ocupam das costuras e das emendas que ainda são encontradas nela. Nada reprova a ambição de que a física, a química e a biologia tenham maior compatibilidade entre si e de que tais conhecimentos sejam dispostos do mais abstrato ao mais concreto ¹⁴⁹.

A fim de ilustrar a comparação com a ciência e as pretensões teóricas e estruturais, Dworkin concebe Minerva, deusa que se dedicou por muitos séculos ao estudo do espaço, do tempo e das forças fundamentais das partículas para construir

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. 1ª ed; São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 77-78.

¹⁴⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DA CONCEIÇÃO, Lucas Henrique Muniz; CHUEIRI, Vera Karam de. **Ratio Decidendi e Stare Decisis**: Estudo da força vinculante do precedente constitucional. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Lucas-Muniz-Da-Conceicao/publication/301419572_Ratio_Decidendi_e_Stare_Decisis_-_Estudo_da_forca_vinculante_do_precedente_constitucional/links/58ee9fe4458515c4aa52c7d3/Ratio-Decidendi-e-Stare-Decisis-Estudo-da-forca-vinculante-do-precedente-constitucional.pdf, acesso em 7.3.2022, às 21h15min, p. 145.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 146-147.

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de...**, *Op. cit.*, p. 78-79.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 80.

uma ponte. Ainda que outros engenheiros iniciassem o empreendimento com raciocínios de dentro para fora e refletissem sobre os problemas na medida em que eles fossem surgindo, o que os faria repensar princípios da metalurgia, o exemplo de Minerva demonstra que a ascensão justificadora é presença e possibilidade, mesmo que ninguém queira se aventurar por ela. Com Hércules a situação é a mesma: o raciocínio jurídico pressupõe justificação ampla e abrange os princípios de moralidade política. Em algumas ocasiões, a estrutura tida como certa sofre questionamentos e acaba por ser revista ¹⁵⁰.

Com efeito, as divergências acerca de quais princípios são os melhores para os casos analisados não afasta a relevância da tese dworkiniana, mas a torna mais atraente: a disputa entre os princípios identificados deve ser solucionada a partir dos argumentos expostos pelos contendores, de forma que a posição a prevalecer depende do ajuste às práticas jurídicas. A integridade não endossa o consequencialismo das decisões, conforme reivindica o pragmatismo de Posner ¹⁵¹, mas cada argumento jurídico que articula tem a finalidade de “assegurar um estado de coisas que, de acordo com os princípios incorporados à nossa prática, seja superior às alternativas” ¹⁵².

A integridade, desse modo, pede que os juízes testem as interpretações a partir das estruturas e decisões políticas da comunidade, com o objetivo de as acomodar em alguma teoria que justifique o Direito como um todo. Embora a interpretação plena somente seja possível para Hércules, os magistrados reais podem se inspirar nele e fazer com que as projeções de sentido articuladas se estendam até os casos relevantes imediatamente anteriores do mesmo ramo ou compartimento do Direito. Em seguida, podem as ampliar até o limite em que se mantenham adequadas ao empreendimento geral de interpretação ¹⁵³.

Por certo, as interpretações são controvertidas e provocam discussões frequentes. Não é à toa que as discussões mais intensas sobre a jurisdição se referem às questões constitucionais apreciadas pela Suprema Corte ¹⁵⁴. A questão que se coloca, então, é saber como devem ser exercidos os poderes jurisdicionais no Estado

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de...**, *Op. cit.*, p. 81.

¹⁵¹ ABOUD, Georges; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Posner v.s. Dworkin**: Um debate sobre o lugar da teoria do direito. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. 2ª ed; Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. Versão Kindle.

¹⁵² DWORKIN, Ronald. **A Justiça de...**, *Op. cit.*, p. 89.

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 294.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 425-426.

de Direito. Qual estratégia deve ser desenvolvida para a interpretação das cláusulas constitucionais? Quais critérios determinam se as decisões estão erradas ou certas? A imaginação popular dos norte-americanos divide os juízes entre liberais e conservadores, a partir da suposição de como responderiam questões controversas de natureza constitucional. As pessoas insistem no argumento de que os juízes conservadores cumprem a Constituição: acusam, por outro lado, os juízes liberais de tentarem reformá-la com fundamento nas próprias convicções ¹⁵⁵.

Tal distinção ignora a dimensão interpretativa do Direito: tanto conservadores quanto liberais estão de acordo quanto às palavras que formam a constituição enquanto texto pré-interpretativo; divergem sobre o Direito pós-interpretativo. Cada um tenta aplicar a constituição segundo seu julgamento interpretativo e acusa o outro de descumpri-la. Também essa classificação não tem grande relevância prática: juízes considerados liberais e conservadores variam entre os dois pontos. O Direito como integridade fornece outra visão fundamentada em duas dimensões: serão considerados conservadores os juízes com exigências estritas de adequação; se exigir, por exemplo, que a interpretação correta corresponda às convicções concretas dos fundadores da constituição; em contrapartida, será considerado liberal, na primeira dimensão, o juiz com exigências mais flexíveis de adequação. Na segunda dimensão os juízes serão conservadores e liberais se as suas opiniões se aproximarem, respectivamente, do conservadorismo e do liberalismo políticos. De qualquer modo, é possível que juízes combinem ambas as características e sejam mais conservadores em alguns temas e mais progressistas em outros ¹⁵⁶.

Laurence Tribe e Michael C. Dorf observam que a Constituição, desde o princípio, tem sido considerada o documento hábil a garantir o equilíbrio entre os poderes e a proteção da liberdade individual. Em virtude do caráter aberto da Constituição, algumas das suas disposições instauram controvérsias interpretativas genuínas. Tribe e Dorf levantam o seguinte questionamento: A Constituição é o espelho em que cada um vê refletido o que deseja ver? Liberais acusam conservadores de interpretarem a Constituição para preservar as próprias riquezas e privilégios. Conservadores acusam liberais de interpretarem a Constituição para

¹⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 427-428.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 429-430.

distribuir renda e igualar oportunidades ¹⁵⁷. De qualquer modo, liberais e conservadores procuram justificar os direitos e garantias constitucionais segundo as suas convicções.

A dicotomia entre juízes liberais e conservadores, portanto, é insuficiente, o que motivou outra tipologia: juízes interpretativos e não interpretativos ¹⁵⁸. Essa tipologia sugere que juízes se dividem entre os que acreditam que: (a) as decisões devem se basear somente na Constituição ou principalmente nelas; e (b) aqueles que se embasam em fatores extraconstitucionais. Os grandes debates no Direito constitucional referem-se à interpretação, como a divergência entre os originalistas, que entendem que a Constituição deve ser interpretada para que as suas normas explícitas ou claramente implícitas sejam cumpridas, e os não originalistas, que acreditam que a Constituição deve ser interpretada para a concretização de normas que não se encontram claramente no texto ¹⁵⁹.

Originalistas limitam as interpretações aceitáveis da constituição às intenções dos pais fundadores ¹⁶⁰. Consequentemente, originalistas teriam problemas ao tratar da inconstitucionalidade da segregação racial, pois os fundadores não achavam que a Décima Quarta Emenda proibia essa prática. Dworkin rejeita o originalismo e afirma que ele se assemelha à técnica de interpretação que busca a intenção do legislador. Portanto, propõe uma versão atraente: em vez de analisar individualmente os votos proferidos, concentra-se nas convicções reestruturadas de diferentes legisladores individuais num sistema geral de convicções institucionais. O originalismo pode entrar em conflito tanto com as convicções concretas dos congressistas quanto com as convicções mais abstratas ¹⁶¹.

Já Antonin Scalia sustenta que os juízes não deveriam criar ou modificar o Direito em suas decisões, mas que deveriam observar o texto em termos rígidos, conforme os seus próprios enunciados ¹⁶². O textualismo, segundo a visão de Scalia, seria a única forma de se assegurar a separação dos poderes e os direitos e garantias

¹⁵⁷ TRIBE, Laurence; DORF, Michael C. **Interpretando La Constitución**. 2ª ed; Lima: Atías, 2017. Versão Eletrônica.

¹⁵⁸ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. 1ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 3.

¹⁵⁹ *Idem*.

¹⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 435.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 435-437.

¹⁶² SCALIA, Antonin. **Common-Law Courts in a Civil-Law System**: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws in a Matter Of Interpretation. Princeton: Princeton University Press: 2018. Livro eletrônico.

constitucionais, já que permitiria se conhecer, de antemão, os limites do Poder Judiciário, o que evitaria arbítrios ¹⁶³. Até mesmo as intenções dos congressistas são rejeitadas pelo textualismo, com o argumento de que técnica implicaria na imposição das convicções dos juízes e não na recuperação daquilo que os congressistas pretendiam estabelecer ¹⁶⁴.

Jack M. Balkin entende que a Constituição estabelece regras para limitar o arbítrio dos poderes e que elenca princípios vagos ou abstratos para possibilitar o julgamento político das futuras gerações. O silêncio da Constituição, por sua vez, significa que não foram obtidos consensos sobre determinados assuntos e que as questões devem ficar abertas para futuras deliberações políticas. Se, por um lado, o método do texto e do princípio, adotado pelo autor, seria originalista por requerer fidelidade ao sentido originário da Constituição, ditado pelos fundadores, por outro, permitiria que as gerações vivessem a estrutura constitucional do próprio modo, com novas doutrinas práticas e instituições ¹⁶⁵.

O assim chamado constitucionalismo vivo entende que as expectativas dos fundadores podem ser úteis na definição dos sentidos das disposições constitucionais, com a ressalva de que a responsabilidade pelas construções de sentido pertence às gerações atuais. Observa Balkin que as regras normalmente são aplicadas da mesma maneira ao longo do tempo. Já os princípios, mais abstratos, adquirem aplicações diversas nas variadas circunstâncias. O passado, nessa linha, tem relevância porque nele são buscados conselhos e orientação para a resolução dos problemas do presente ¹⁶⁶. A Constituição seria plano intergeracional que exige responsabilidades para que as gerações a mantenham em funcionamento, ao mesmo tempo que embasa as discussões políticas ¹⁶⁷. A finalidade à Constituição significaria assumir a tarefa de descobrir o que ela significa hoje, o que demanda atividade criativa e não obediência passiva ¹⁶⁸.

Para Dworkin, a interpretação construtiva coloca em relevo os propósitos do intérprete e não os motivos que impeliram os constituintes originários ou pais

¹⁶³ NETO, Arthur Ferreira. **O Originalismo na América**. Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito /UFRGS. Porto Alegre. v. n. 4, 2014, p. 42.

¹⁶⁴ SCALIA, Antonin. **Common-Law Courts in ...**, *Op. cit.*, livro eletrônico.

¹⁶⁵ BALKIN, Jack M. **Nine Perspectives On Living Originalism**. Yale Law School Legal Scholarship Repository. 2012, p. 817-818.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 819.

¹⁶⁷ *Idem*.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 820.

fundadores, como querem os originalistas. O processo de atribuição de sentido é motivado pela necessidade de se estabelecerem justificativas coerentes que traduzem as codificações passadas em normas aceitáveis do ponto de vista da moralidade política, o que não significa que o psicologismo dos constituintes precise ser investigado. Toda a atividade interpretativa deve ser guiada pela tentativa de dar o melhor sentido aos eventos históricos, fenômenos que abrangem os textos, até mesmo os previstos nas constituições ¹⁶⁹.

A intenção é mais problemática e complexa do que o simples estado mental do autor. Nem sempre as obras expressam exatamente aquilo que seus idealizadores tinham em mente quando executaram os processos criativos. Sem contar que a identificação das interioridades psicológicas do autor no momento da feitura dos trabalhos é impossível de ser obtida, tendo em vista que pressupõe a neutralidade do intérprete. Talvez o resultado desse tipo de procedimento revele mais as impressões daquele que o emprega do que propriamente as do responsável pela criação da obra em certo período ¹⁷⁰.

Ademais, a proposta originalista ignora o fato de que a linguagem da Constituição sugere que o propósito dos fundadores era o de enunciar princípios abstratos capazes de atravessar os tempos, característica incompatível com a interpretação datada e circunscrita à determinada época em que atuaram grupos políticos específicos. O entendimento sustentado pela integridade torna mais complexa a questão de precisar o significado de termos como igualdade de cidadania e devido processo legal ¹⁷¹.

A difícil missão de resolver esses problemas, ressalta Dworkin, não deve ser assumida sem considerações sobre o que fizeram outros intérpretes, sobretudo os magistrados. Estratégias interpretativas que aspiram a integridade total precisam de respostas que combinem práticas e tradições apoiadas na continuidade histórica com o próprio texto constitucional para que possam ser encaradas como compromissos com a nação. Insista-se, contudo, que juízos morais não são absolutamente condicionados pela história: novas questões de princípio surgem e motivam revisões de posicionamentos ¹⁷².

¹⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de...**, *Op. cit.*, p. 174.

¹⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 63.

¹⁷¹ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de...**, *Op. cit.*, p. 174.

¹⁷² *Ibidem*, p. 175-176.

Conquanto as intenções semânticas dos estadistas históricos tenham relevância – linguagem que estipula princípios abstratos de moralidade -, as convicções políticas pertencentes à determinada época não devem ser reproduzidas por questão de fidelidade. O processo de significação colocado em movimento pela interpretação construtiva anseia justificar atos políticos com maior eficiência do que outras linhas de tradução desses eventos. Não se trata de descobrir o que os constituintes queriam dizer e sim de encontrar a melhor concepção acerca daquilo que eles disseram ¹⁷³.

Muitas disputas giram em torno do que pode ou não ser considerado Direito, em virtude da natureza interpretativa do conceito. A integridade convida o intérprete a considerar com seriedade a tradição que o antecede, ao passo que exige novas avaliações morais sobre temas sensíveis e controvertidos que façam das práticas vigentes as melhores possíveis. Porém, a proposta sustentada tem o condão de provocar insegurança ou até mesmo de abrir espaços para que a vontade do intérprete ignore o próprio texto constitucional?

Em seu debate com Antonin Scalia ¹⁷⁴ e Laurence Tribe ¹⁷⁵, Dworkin reconhece que os princípios constitucionais visados devem ser compatíveis com a interpretação plausível do que o texto enuncia. Mas, textos são mais do que sequências de caracteres e pressupõem estratégias interpretativas semânticas que determinem os seus significados. É inevitável que juízes submetam questões morais às próprias consciências e revisitem assuntos que dividem a opinião popular, a exemplo do aborto, do auxílio ao suicídio e da justiça racial. Mesmo que as decisões a respeito dessas temáticas gerem polêmicas ou revoltas da população, a fidelidade à Constituição é mais atraente e resiste, nos termos da integridade, às alternativas de superá-la por razões de justiça, democracia ou de pragmatismo, tendo em vista o valor da moralidade política ¹⁷⁶.

Ao contrário do que se passa nos Estados Unidos, o originalismo é corrente que não tem expressividade no Brasil. No entanto, Fernando José Gonçalves Acunha e Juliano Zaiden Benvindo afirmam que o então Ministro Eros Grau, do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a ADP 153, adotou interpretação originalista ao analisar

¹⁷³ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de...**, *Op. cit.*, p. 176-183.

¹⁷⁴ SCALIA, Antonin; TRIBE, Laurence; DWORKIN, Ronald. **A Matter of Interpretation**. Princeton: Princeton University Press. 1977.

¹⁷⁵ Idem.

¹⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de...**, *Op. cit.*, p. 188-198.

a constitucionalidade da Lei de Anistia ¹⁷⁷. Ainda, há decisões que aludem à intenção do constituinte no Supremo Tribunal Federal, a exemplo daquela proferida no RE 249841 AgR, de relatoria da Min. Ellen Gracie, pela qual se destacou que o “enunciado do art. 195, caput, da CF/88 ‘a seguridade social será financiada por toda a sociedade’ revela a intenção do legislador constituinte de não excluir de ninguém a responsabilidade de custeá-la” ¹⁷⁸.

Não obstante, os originalistas poderiam se valer de argumento mais forte para sustentar as suas opiniões, a saber: que as afirmações sobre segregação racial nos primeiros debates legislativos são fatos políticos e que a história constitucional é bem compreendida quando interpretada dessa forma. Poderiam os originalistas asseverar que a Constituição é mais bem interpretada quando submetida à opinião dos próprios autores. Também seria possível que aduzissem que a democracia fundamenta a ideia de que os governantes escolhidos têm melhores condições de dizer o que a constituição significa. Mas, tal posição é falha porque não indica até que ponto as discussões dos parlamentares integram o Direito. Mais do que isso: os fundadores eram pouco representativos, pois, na época, o voto era censitário, circunstância que excluía mulheres, negros e pobres dos pleitos. Do mesmo modo, a equidade não pode explicar o motivo pelo qual as pessoas devem ser governadas por convicções políticas de sujeitos eleitos muito tempo atrás ¹⁷⁹.

Quanto ao argumento da estabilidade, para os originalistas, o Direito serve melhor à comunidade quando é tão preciso e estável quanto o possível ¹⁸⁰. O teste do autor histórico satisfaz bem essa condição, pois a Constituição não será invocada para anular alguma lei ou ato normativo, a menos que esse resultado tenha sido pretendido de alguma forma concreta pelos legisladores ¹⁸¹. A versão mais forte do originalismo, porém, não se adequa às práticas dos Estados Unidos. A jurisdição não se embasa em atitude unilateralista, porquanto reconheceu Direitos não contemplados pelos fundadores ¹⁸².

¹⁷⁷ ACUNHA, Fernando; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Juiz e Historiador, Direito e História: Uma análise crítico-hermenêutica da interpretação do STF sobre a Lei De Anistia**. Novos Estudos Jurídicos, v. 17, n. 2, 2012, p. 202.

¹⁷⁸ STF. RE 249841 AgR, Relator(a): ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 28/03/2006, DJ 05-05-2006 PP-00034 EMENT VOL-02231-03 PP-00457.

¹⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 435-441.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 438.

¹⁸¹ *Idem*.

¹⁸² *Idem*.

O argumento de moral política subjacente dessa visão prevê que a comunidade pode ser melhor a longo prazo se garantir a estabilidade, mas nem sempre a certeza do Direito tem maior importância do que outras exigências ¹⁸³. Quando se trata de questões de princípio, é mais importante a substância do que a estabilidade ¹⁸⁴. Nesses assuntos, a integridade ganha maior importância do que a estabilidade, pois o sistema de direitos deve ser interpretado como expressão de concepção coerente de justiça ¹⁸⁵.

Outro erro denunciado por Dworkin consiste na autocontenção, corrente mais difundida do que o originalismo. Seus adeptos costumam diferenciar as posturas “ativa” e “passiva” da Constituição. Os juízes passivos mostram deferência para com o legislador; já os juízes ativos declaram as leis inconstitucionais sempre que as desaprovam, o que seria tirania. Adeptos da autocontenção sustentam que as cláusulas constitucionais vêm expressas em linguagem vaga e ambígua. Todos divergem sobre seus sentidos. Logo, caberia à teoria democrática resolver os desacordos quando a vagueza do texto constitucional fosse assim. Apesar disso, a teoria apresenta muitas falhas. Por exemplo: se a Constituição, devidamente interpretada, proíbe a pena de morte, a inércia da Corte em declarar as leis que cominem essa sanção inconstitucionais equivale à sua emenda, o que produz ativismo com autocontenção. Para o Direito como integridade, os problemas constitucionais polêmicos exigem interpretação e não emenda ¹⁸⁶.

Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi dedicaram artigo ao tema do ativismo e da autocontenção ¹⁸⁷. James Bradley Thayer, em 1893, formulou críticas ao controle de constitucionalidade e recomendou o minimalismo ou a autocontenção do Poder Judiciário. Thayer argumentou, em síntese, que a interpretação das disposições constitucionais caberia ao Poder Legislativo, eleito pelo povo, e que a competência do Judiciário deveria se restringir à fiscalização das leis, sem que pudesse anular as medidas inconstitucionais. Somente inconstitucionalidades manifestas poderiam ser reprimidas pelas cortes, proposta que denota maior

¹⁸³ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 439.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 441.

¹⁸⁵ *Idem*.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 441-444.

¹⁸⁷ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e Autocontenção Judicial de Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/2_ativismo%20soltas.pdf, acesso em 25.9.2021, às 18h51min, p. 459-473.

deferência para com os legisladores ¹⁸⁸. De acordo com a autocontenção, a abertura do texto constitucional atribui ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo a tarefa de concretizar as normas no exercício da discricionariedade. A semântica da Constituição, segundo essa proposta, limitaria o controle judicial porque faltariam critérios bem definidos para que as leis pudessem ser invalidadas ¹⁸⁹.

Visa a autocontenção que se evitem intromissões intensas na esfera de liberdade do legislador e caracteriza a teoria da autocontenção, segundo a qual somente as inconstitucionalidades evidentes devem ser declaradas pelo Poder Judiciário. As dúvidas, portanto, são interpretadas em favor das opções feitas pelos legisladores ¹⁹⁰. A teoria impede que emendas constitucionais, questões políticas e casos limítrofes da justiciabilidade sejam analisados, com o que atribui à jurisdição papel modesto ¹⁹¹.

Dimoulis e Lunardi registram que o ideal da moderação da teoria da autocontenção, apesar de parecer atraente, não possui fundamento em dispositivo que atribua ao Poder Judiciário papel modesto na fiscalização das leis, nem oferece critérios para se distinguir a autocontenção de seu oposto, o ativismo judicial ¹⁹².

A autocontenção pressupõe que todas as cláusulas constitucionais que garantem os direitos individuais contra as decisões majoritárias são corretamente interpretadas de modo extremamente rigoroso, que só proíbem aquilo que sua linguagem inquestionavelmente proíbe. Embora se ajuste melhor do que o originalismo, a autocontenção não justifica algumas decisões da Suprema Corte, como o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, pelo qual se pôs fim a segregação racial das escolas públicas dos Estados Unidos. A autocontenção tem boa resposta ao teste de adequação, mas falha em exames mais criteriosos. A prática constitucional seria mais marcante se as vedações constitucionais fossem mais restritas e permitissem às maiorias praticamente tudo que quisessem? A autocontenção aproxima-se do utilitarismo no tratamento dado aos direitos individuais, os quais não podem ser empregados contra as deliberações majoritárias. Os legisladores são mais sensíveis aos apelos das maiorias e seria pouco crível que

¹⁸⁸ THAYER, James Bradley. **The Origin And Scope Of The American Doctrine Of Constitutional Law**. Harvard Law Review, v. 7, 1893, p. 129-156.

¹⁸⁹ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e Autocontenção...**, *Op. cit.*, p. 465.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 468.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 469.

¹⁹² *Idem*.

criassem limites sérios. A equidade requer respeito às concepções mais estáveis e abstratas da cultura política nacional e não às inclinações pontuais. Portanto, a autocontenção enfraquece o papel da Constituição de tutelar direitos individuais ¹⁹³.

A despeito dos problemas inerentes à autocontenção, não se pode concluir que o ativismo seja adequado. Juízes ativistas ignorariam a tradição – o texto constitucional, a história da promulgação do documento, as decisões da Suprema Corte e a própria cultura política – para imporem as concepções particulares sobre justiça aos outros poderes estatais. A integridade é contrária ao ativismo e requer que os magistrados apliquem a Constituição por interpretação, ou seja, que se ajustem às práticas constitucionais ¹⁹⁴.

O Direito como Integridade não parte da intenção dos congressistas nem de estratégias prévias de delimitação da competência das cortes constitucionais, porquanto procura analisar a totalidade do ordenamento jurídico e oferecer decisões moralmente coerentes. O papel do intérprete é ampliado porque a ele cabe desenvolver interpretações construtivas, capazes de legitimar o exercício do poder e reforçar os princípios das práticas, ainda que isso custe a declaração de inconstitucionalidade de medidas legislativas.

Dworkin atribui à função judicial a busca pela resposta correta, que pode ser encontrada no Direito preestabelecido, o que reforça a importância da fundamentação na construção de justificativas idôneas. A ideia de que há respostas corretas no Direito toca as críticas feitas pelo autor ao positivismo jurídico e resolve algumas aporias que as correntes vigentes levantam: (a) os juízes sempre encontram as respostas corretas no Direito preestabelecido, sem que precisem exercer discricionariedade ou poderes políticos; (b) respeita-se o postulado da separação dos poderes, pois o juiz sempre está subordinado ao Direito e não atua como legislador; (c) rechaça-se o mecanicismo silogístico, embora se incorpore o princípio de que o Poder Judiciário é desprovido de poderes políticos; e (d) os casos difíceis devem ser fundamentados em princípios, não em objetivos sociais ou diretrizes políticas ¹⁹⁵.

Observa-se que a hermenêutica propugnada, de caráter holístico, prega que as proposições jurídicas precisam ser extraídas de princípios que podem estabelecer

¹⁹³ DWORKIN, Ronald. **O Império do...**, *Op. cit.*, p. 447-451.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 452.

¹⁹⁵ CALSAMIGLIA, Albert. **Ensayo Sobre Dworkin**. In: DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. 2ª ed; Barcelona: Ariel, 1989, p. 20-22.

a resposta correta. Dworkin desenvolve teoria interpretativa com base em valores, a partir da ideia de que existem verdades objetivas, o que lhe permite distinguir instituições justas de injustas e atos corretos dos incorretos, ainda que a maioria das pessoas possa discordar ¹⁹⁶. A moralidade existe em dimensão externa e independente da experiência individual, até mesmo quando é totalmente desconhecida. A interpretação passa a ser meio de descoberta e não de construção da verdade, com a ressalva de que as posições morais expressas devem receber juízos de valor adicionais, pois não são em si mesmas verdadeiras, conforme reclama o princípio de Hume ¹⁹⁷.

A reflexão jurídico-filosófica dworkiniana preserva a estrutura interpretativa do Direito sob a proposta de Hume e exerce o fundamento moral por meio da interpretação. Os juízos de valor são verdadeiros porque amparados por razões fundadas e não por meros caprichos ou preferências pessoais. O mérito da interpretação moral depende da responsabilidade e da coerência das nossas convicções que se desenvolvem ao longo do tempo ¹⁹⁸. No entanto, há certa racionalidade moral compartilhada entre os membros da comunidade em torno de alguns assuntos que se estabilizam, como a condenação do pensamento escravocrata e a discriminação de pessoas deficientes, sem que seja necessário recorrer a razões adicionais. ¹⁹⁹.

É importante registrar que a ideia de que há verdades objetivas não deriva de pressupostos transcendentais. A independência metafísica do valor preconiza que a verdade dos enunciados é determinada pela força dos próprios argumentos, sem que se precise recorrer a outros domínios do conhecimento humano. Daí que vem a noção de que alguns atos são ruins em si mesmos – como o exemplo da tortura de bebês, citado por Dworkin – e não dependem da aceitação das pessoas para que sejam condenáveis ²⁰⁰. Em outros termos, a verdade não depende de consensos e pode ser oposta às opiniões majoritárias.

¹⁹⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Teorias Interpretativas, Capacidades Institucionais...** *Op. cit.*, p. 141.

¹⁹⁷ ANDREU, Jaime de Rosas. **Una Mirada a la Evolución del Concepto de Derecho y la Fractura de la “Novela en Cadena” en Ronald Dworkin**. Revista De La Facultad De Derecho, n. 47, 2019, p. 9-10.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 11.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 10-12.

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e valor**. 1ª ed; São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 15.

Dworkin concebe a imagem de árvore para explicar como a moral pessoal deriva da ética e a moral política decorre da moral pessoal. Situa-se o conceito doutrinário de Direito como subdivisão da moralidade política ²⁰¹. Isso significa que as normas fundamentais têm natureza moral e que mantêm essa característica mesmo depois de terem sido incorporadas ao Direito, mas não alberga a ideia de que a autoridade empregue a moralidade pessoal ao decidir. A moral política da comunidade, da qual faz parte Direito, prega que todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito e consideração ²⁰².

Destaque-se que a moralidade não funciona como parâmetro transcendente de correção do Direito. Ao contrário, a vinculação do Direito com a Moral demonstra que os argumentos articulados devem encontrar a melhor justificativa para a prática jurídica como um todo. É constante a preocupação teórica em oferecer à controvérsia sobre conceitos abstratos – tão comuns nos textos constitucionais – a melhor interpretação, que implica, necessariamente, valorações que se efetivam em horizontes morais ²⁰³.

A fundamentação das decisões judiciais, à luz da teoria dworkiniana, deve procurar a resposta correta. A busca pelo melhor sentido do Direito não deve ser realizada com base nas intenções dos legisladores ou em textualismos; antes, os juízes precisam desenvolver teorias interpretativas que justifiquem o Direito como um todo por meio de interpretações que assegurem a vigência dos princípios da comunidade e atualizem os sentidos das disposições constitucionais, legais e dos precedentes baseados em argumentos principiológicos. Por isso, estratégias como a deferência para com o legislador ou ativistas são insuficientes para que se cheguem a decisões adequadas.

Outrossim, William N. Eskridge Jr. adota interpretação dinâmica que sugere relação contínua entre fatores textuais, históricos e culturais. Segundo o autor, quando vigoram leis aprovadas há pouco tempo, o texto normativo ganha centralidade e pode sugerir respostas para os casos. Por outro lado, texto, história normativa e transformações sociais ou jurídicas importantes demonstram que o contexto deve

²⁰¹ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o...** *Op. cit.*, p. 620.

²⁰² OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma Rediscussão da Teoria do Ordenamento Jurídico A Partir da Teoria do Direito Como Integridade**: O problema da completude do ordenamento jurídico. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). *Ronald Dworkin e o direito brasileiro*. 2ª ed; Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. Versão Kindle.

²⁰³ ABOUD, Georges; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Posner vs....*, *Op. cit.*, livro eletrônico.

prevalecer em situações diversas ²⁰⁴. Eskridge e Dworkin concordam sobre fundamentos hermenêuticos e sobre a atuação das cortes, que devem proteger valores públicos de usurpações legislativas ²⁰⁵.

De todo o modo, não é a autoridade, a tradição, a intenção dos legisladores ou compromissos mais ou menos fortes com a vontade popular que vão assegurar a correção dos provimentos. As razões articuladas pelos juízes e tribunais é que determinam a autoridade da decisão, que deve expressar a moralidade política inerente ao Direito. Ou seja, a qualidade das decisões é que vai ditar o que merece ou não ser preservado.

Por isso, a relevância da fundamentação das decisões judiciais é ainda maior quando se reflete a respeito do controle de constitucionalidade. Se as pessoas têm direitos e os juízes a obrigação de encontrar as melhores interpretações das práticas jurídicas, que dispensem tratamento igualitário às pessoas, como lidar com as medidas endossadas pelas majorias, que, por vezes, tentam impor modos de vida ou convicções específicas? Caberia ao Poder Judiciário invalidar atos contrários à Constituição? Seriam os direitos oponíveis às decisões democraticamente tomadas em procedimentos majoritários?

1. 3 Direitos Como Trunfos

A força normativa da Constituição e a jurisdição constitucional desempenham papéis importantes para que se levem os direitos efetivamente a sério, pois controlam as medidas majoritárias aprovadas. Compete às cortes o dever de garantir os direitos das minorias, ainda que as majorias expressem posicionamentos diferentes ou até mesmo tenham conseguido vitórias na arena política. Parte da história institucional dos países democráticos é marcada por decisões que romperam paradigmas e alteraram certo estado de coisas, como o caso *Brown v. Board of Education of Topeka* nos Estados Unidos. O que significa ter direito a algo e até que ponto os governos e as majorias podem restringir a liberdade individual ou instituir critérios de discriminação? A fundamentação tem papel especial a exercer nesse contexto.

²⁰⁴ ESKRIDGE JR., William N. **Dynamic Statutory Interpretation**. University of Pennsylvania Law Review, [S.l.], v. 135, 1987, p. 1.496.

²⁰⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Interpretação Constitucional: Entre dinâmica e integridade**. Sequência (Florianópolis), 2016, p. 87.

Dworkin entende que os cidadãos possuem direitos morais, oponíveis contra o governo, que são incorporados pela Constituição. Para o autor, seria errado se os órgãos governamentais restringissem a liberdade de expressão nos EUA, mesmo que justificassem a restrição com o fundamento de que a medida promoveria mais o bem do que o mal da população. Ou seja, argumentos de política não são cabíveis para se restringirem as faculdades dos cidadãos. Quando se tem direitos contra o governo, os recursos aos cálculos utilitaristas são insuficientes para validar restrições que prometem maiores ganhos do que perdas. Justamente contra essas medidas que os direitos, principalmente os considerados fundamentais, cumprem a função de garantir a liberdade ²⁰⁶.

Direitos são entendidos como trunfos contra políticas que estabelecem metas comunitárias ²⁰⁷. À semelhança das cartas trunfadas que prevalecem sobre outros naipes ou números em jogos, os direitos são oponíveis contra o Estado democraticamente legitimado, o que significa, em última análise, que as posições individuais podem ser opostas às maiorias, que decidem segundo os procedimentos instituídos ²⁰⁸. Mesmo os direitos sociais podem ser compreendidos como trunfos contra maiorias. Jorge Reis Novais afirma que as normas que preveem direitos sociais afastam restrições injustificadas e asseguram a justiciabilidade das prestações devidas pelo Estado. A decisão de efetivá-los ou não escapa da discricionariedade do administrador ou da ideologia das maiorias eventuais ²⁰⁹.

É verdade que, em algumas situações extremas, restrições aos direitos são necessárias. Mas, para que se considerem cabíveis intervenções pontuais, os governos estão obrigados a agir amparados por razões de peso, sem que possam recorrer ao cômputo geral de benefícios que a sociedade possa ter com a mitigação dos direitos. A palavra Direito, em sentido forte, não admite restrições utilitaristas que coloquem o indivíduo em sujeição aos poderes estatais por motivos ligados ao interesse geral ²¹⁰.

²⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos...**, *Op. cit.*, p. 293-294.

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **Rights as Trumps**. In: *Arguing About Law*. 1ª ed; New York: Routledge, 2009, p. 335.

²⁰⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos contra maiorias**. 1ª ed; Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 17-18.

²⁰⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 1ª ed; Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 327-328.

²¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos...**, *Op. cit.*, p. 293-294.

Conservadores podem replicar que as leis necessitam ser aplicadas por razões independentes. Insistem no argumento de que o governo está obrigado a impor até as legislações ruins para assegurar o respeito ao Direito e que toda a sociedade sofre com exceções. Em casos de normas proibitivas, o sujeito perderia o direito de falar aquilo que pensa e as transgressões autorizariam o Estado a impor sanções legais contra ele. No entanto, a noção exposta enfraquece o que se entende por direitos como trunfos. Visões utilitaristas são inadequadas para impedir alguém de exercer faculdades que lhe são garantidas ²¹¹. A liberdade individual deveria ser irreduzível às propostas de funcionalização coletivas.

Outro fundamento invocado é o de que direitos concorrentes estariam ameaçados se os direitos individuais não tivessem limites. Cidadãos têm direitos pessoais contra a ação estatal, ao mesmo tempo em que gozam da proteção do próprio Estado. A liberdade de expressão e a tipificação de crimes contra a honra seria uma forma de solucionar esse suposto empasse. Nessa linha de pensamento, em casos de conflitos de direitos fundamentais, caberia ao governo discernir e proteger aquele de maior relevância. Apesar da aparência de plausibilidade, a ideia sustentada é ambígua por comprometer os direitos contra os governos ao admitir que o Estado pode os colocar em segundo plano, com base na vontade de maiorias formadas por procedimentos democráticos ²¹².

Em vista disso, a preservação dos direitos individuais enfatiza que somente direitos concorrentes de outros membros da sociedade, tomados como indivíduos, podem justificar restrições. As maiorias não têm o direito, apenas por expressarem a condição de superioridade numérica, de restringir as posições conferidas em favor dos indivíduos. O teste proposto para saber se as restrições aos direitos são ou não legítimas é o seguinte: o direito concorrente à proteção de uma pessoa deve ser contraposto ao direito individual de outro sujeito se houver a possibilidade de reivindicar proteção do Estado, sem que se considere se a maioria dos cidadãos comunga do mesmo posicionamento ²¹³.

Nesse sentido, as maiorias não dispõem do direito de verem aplicadas quaisquer leis restritivas. As leis que restringem direitos possuem vez nas hipóteses em que o Estado é obrigado a concretizar o dever de proteção, como nos casos de

²¹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos...**, *Op. cit.*, p. 293-296.

²¹² *Ibidem*, p. 297-298.

²¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos...**, *Op. cit.*, p. 298.

membros vulneráveis da comunidade que precisam de tutela, em virtude de violências reiteradamente sofridas. Concepções majoritárias não superam os direitos individuais com apelos à segurança pública ou a interesses ligados a posicionamentos morais endossados por número expressivo de pessoas. Mesmo em situações de anormalidade, como guerras ou catástrofes, intervenções restritivas condicionam-se à demonstração de perigo claro, iminente e de vulto. Ou seja, são necessárias emergências genuínas ²¹⁴.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal decidiu que leis que vedam sátiras aos candidatos a cargos eletivos são inconstitucionais, com o argumento de que a liberdade de expressão, a participação política e o princípio democrático estão interligados e que prevalecem contramedidas voltadas ao aniquilamento do pensamento crítico ²¹⁵.

Tais considerações, em sumária análise, sugerem que o equilíbrio entre os interesses públicos e os direitos do indivíduo seria o caminho mais adequado para se resolverem conflitos. Comum nos discursos político e jurídico, a ideia é falha porque destoa do propósito dos direitos contra os governos. Afinal, a tentativa de compatibilizar os direitos com as políticas colocadas em prática pode ser recurso a ocultar restrições de prerrogativas das pessoas.

Dworkin lembra que duas ideias importantes fundamentam a primazia do indivíduo sobre as multidões, a saber: (a) a dignidade da pessoa humana, inspirada por Kant ²¹⁶, a qual prevê que certas maneiras de se tratar o homem são incondizentes com o seu reconhecimento como membro da comunidade humana; e (b) a igualdade política, que reclama, em síntese, que a comunidade política tem o dever de tratar a todos com igual respeito e consideração, sem distinções arbitrárias ²¹⁷.

Direitos fortes contra o governo prestam-se a proteger a dignidade individual. Violações são graves porque tratam o homem como se fosse menos digno de consideração do que os seus semelhantes. Por isso, insiste Dworkin, vale a pena pagar o preço para impedir que vulnerações excluam ou atenuem o respeito que é devido a cada ser humano. Erros contra o indivíduo, ademais, demandam maiores recursos para serem reparados. São muito mais graves do que as expansões de

²¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos...**, *Op. cit.*, p. 298-299.

²¹⁵ ADI 4451, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 01-03-2019 PUBLIC 06-03-2019.

²¹⁶ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 1ª ed; Bauru: Edipro: 2003, p. 277.

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos...**, *Op. cit.*, p. 304-305.

direitos. Essas razões provam que o modelo do meio-termo entre as vontades das maiorias e os direitos individuais, colocado da forma descrita, enfraquece a tutela que cada um merece ²¹⁸.

De acordo com Novais, a ideia dos direitos como trunfos contra maiorias revela certa tensão entre Estado de Direito e Democracia ou entre direitos individuais e aspirações coletivas expressadas pelos governos. Isso se verifica porque as maiorias, ainda que ascendam ao poder por meios legítimos, podem ameaçar ou funcionalizar os direitos fundamentais conforme os próprios interesses. Procedimentos democráticos não asseguram que as leis aprovadas sejam justas, nem que a Administração Pública e o Poder Judiciário somente realizem intervenções justificadas em posições jusfundamentais ²¹⁹.

A dignidade da pessoa humana alicerça a concepção de que direitos são trunfos contra maiorias, já que a igual dignidade garante que cada um conduza a vida segundo as próprias convicções. As multidões não podem prescrever ao indivíduo formas de vida de que ele discorde. Sob o império do Estado de Direito, cada qual é digno de igual respeito e tem assegurada esfera de autonomia inviolável pelos outros, ainda que componham a maior parte o povo ²²⁰.

A potencial oposição entre Direito e Democracia demonstra a força de resistência dos direitos fundamentais, os quais têm o poder de inibir as manifestações democráticas das maiorias e de legitimar os juízes a invalidarem os provimentos elaborados pelos governos. A partir disso, as minorias derrotadas nos parlamentos podem obter vitórias nos Tribunais Constitucionais, o que representa contestação ao princípio majoritário ²²¹. A fundamentação íntegra, portanto, faz com que os direitos efetivamente impeçam medidas majoritárias que neguem a igualdade de proteção que toda a pessoa merece.

Nesse contexto, a distinção elaborada por Dworkin entre as normas constitucionais possibilitadoras e limitadoras ganha relevância neste ponto: as primeiras constroem os governos das maiorias, com procedimentos e poderes dos representantes; as segundas restringem os poderes dos dirigentes eleitos e são

²¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos...**, *Op. cit.*, p. 305-306.

²¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais...**, *Op. cit.*, p. 20-21.

²²⁰ *Ibidem*, p. 31-32.

²²¹ *Ibidem*, p. 21-22.

essenciais ao regime democrático, pois evitam que as maiorias acabem com os direitos das minorias e coloquem em risco a democracia ²²².

Em *United States of America v. Carolene Products Company*, a Suprema Corte dos EUA decidiu que a presunção de constitucionalidade é menor nos casos em que leis violam proibições específicas da Constituição, o que impõe controle mais rigoroso sobre as medidas que restringem os processos políticos e que impeçam ou dificultem a participação das minorias ²²³. A decisão é particularmente importante porque se pauta pela presunção de constitucionalidade da legislação, mas permite ao Poder Judiciário tutelar a pessoa contra abusos políticos e exercer o controle de constitucionalidade quando grupos minoritários são excluídos de participar dos pleitos por motivos inaceitáveis ²²⁴.

As normas limitadoras não escapam de controvérsias. Nem todos os direitos consagrados em Constituições relacionam-se diretamente com os procedimentos políticos construtores da democracia, como a liberdade sexual e o acesso aos serviços de saúde e de habitação, o que gera perplexidades ²²⁵. Esses direitos positivados representam comprometimentos com o regimento democrático, restrições aos direitos das maiorias nas deliberações. Contudo, as pré-condições variam de acordo com os entendimentos de que as ações coletivas das democracias são estatísticas ou comunitárias ²²⁶.

A concepção estatística das ações coletivas dispõe que os indivíduos exercem funções sozinhos, sem referências ao grupo, pelo que o emprego do termo povo para designar as ações individualmente praticadas é meramente figurativo. Observações desse tipo aludem a estatísticas rudimentares e querem exprimir o que a maioria pensa sobre determinados assuntos. Portanto, ainda que praticadas por grandes contingentes populacionais, as ações não passam de atos ligados a pessoas concretas, que convivem em algum lugar, sem reconhecer existência do grupo como entidade separada ²²⁷.

²²² DWORKIN, Ronald. **Constitucionalismo e Democracia**. *European Journal of Philosophy*, nº 3:1, 1995, p. 2-3.

²²³ CLÉMERSON, Merlin Clève; LORENZETTO, Bruno Meneses. **A Jurisdição Constitucional no Século XXI Entre Processo e Substância**: Um olhar sobre a experiência americana. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 3, 2015, p. 1.063.

²²⁴ *Ibidem*, p. 1.064.

²²⁵ DWORKIN, Ronald. **Constitucionalismo e Democracia...**, *Op. cit.*, p. 3.

²²⁶ *Idem*.

²²⁷ *Ibidem*, p. 4.

Já a concepção comunitária das ações coletivas não as reduz a expressões estatísticas das ações individuais, justamente porque considera o grupo autônomo em relação aos indivíduos. Os casos de culpa coletiva por erros passados exemplificam bem a visão de que a sociedade tem obrigações próprias e diversas das de seus membros ²²⁸. Tal aspecto, explorado ao se tratar da personificação da comunidade, demonstra que princípios unem as pessoas e criam obrigações especiais que, em última análise, baseiam-se no fato de que todos têm destinos comuns e merecem respeito.

Por conseguinte, as decisões políticas passadas, sob a ótica estatística, preconizam decisões de cidadãos individuais, que simplesmente se agregam por terem conteúdos idênticos ou semelhantes. Em contrapartida, sob a ótica comunitária, as decisões políticas são tomadas pelo povo, entidade autônoma que não se confunde com sujeitos concretos ²²⁹.

Ely considera a democracia incompatível com o modelo que atribui poderes para que os juízes decidam sobre os valores constitucionais com as próprias convicções ²³⁰. Ao contrário de Dworkin, que procura oferecer razões para que os juízes decidam de modo a honrar a história institucional do Direito, Ely entende que o papel dos magistrados se limita aos propósitos expressos na lei e que o modelo majoritário é o mais adequado à democracia ²³¹. Consequentemente, o controle de constitucionalidade seria mais restrito do que o propugnado por Dworkin e se limitaria a assegurar a efetividade do processo deliberativo ²³².

Oscar Vilhena Vieira assevera que a teoria de Ely demonstra algumas insuficiências. Uma das falhas da teoria consiste na utilização de conceito abstrato de democracia, que desconsidera o fato de que os sistemas reais de representação popular nem sempre promovem o bem comum e tendem a estabelecer elites políticas que se alternam no poder ²³³. Para que a proposta de controle de constitucionalidade faça sentido, as democracias deveriam demonstrar melhor capacidade de tomar

²²⁸ *Idem*.

²²⁹ DWORKIN, Ronald. **Constitucionalismo e Democracia...**, *Op. cit.*, p. 4-5.

²³⁰ *Ibidem*, p. 12.

²³¹ COLOMBO, Silvana. **O Poder Judiciário como Guardião dos Direitos Morais ou como Árbitro do Mercado Político**: Um debate entre a concepção constitucional de democracia de Ronald Dworkin e o procedimentalismo constitucional de John Hart Ely. In: DE SOUZA, Draiton Gonzaga; et al. *Filosofia e Direito*. 1ª ed; Caxias do Sul: Educs, 2018, p. 334-335.

²³² ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança...**, *Op. cit.*, p. 137.

²³³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição Como Reserva de Justiça**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, 1997, p. 76.

decisões morais ²³⁴. Outra falha apontada por Vieira diz respeito à ausência de pressupostos relacionados aos procedimentos, direitos e condições materiais que a democracia deve incorporar ²³⁵.

Contudo, a integridade apoia a concepção comunitária do regime democrático e condena a concepção estatística, pois as deliberações das majorias não garantem racionalidade ou legitimidade por si sós, isto é, não oferecem razões morais para a coerção que pretendem pôr em prática. Os direitos fundamentais, nesse sentido, são condições à democracia e não a subvertem por estabelecerem limites insuscetíveis de negociação na esfera política. As críticas ao posicionamento exposto baseiam-se na ideia de que o constitucionalismo compromete a democracia, o que não é verdadeiro, segundo Dworkin ²³⁶.

À vista disso, Dworkin refuta a crítica de que o constitucionalismo viola a igualdade política por conferir poderes a juízes não eleitos e politicamente irresponsáveis pelas decisões prolatadas, com a alegação de que a igualdade não é poder e sim *status* reforçado por direitos fundamentais, como a liberdade de expressão. Também outros agentes estatais não são eleitos e gozam poderes tão amplos que podem, até mesmo, declarar guerra contra outros países, a exemplo dos ministros de Estado dos EUA ²³⁷.

Outrossim, a visão de que o constitucionalismo protege a liberdade dos modernos ou negativa às custas da liberdade dos antigos ou de o povo elaborar as próprias leis é inconsistente ²³⁸. Cabem três ponderações a respeito da objeção levantada: primeira, em democracias, entendidas como governos comunitários de pessoas iguais, cada um deve ter assegurado o direito de desempenhar papéis efetivos em decisões políticas, sem que a extensão da influência seja limitada por

²³⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição Como Reserva...**, *Op. cit.*, p. 76-77.

²³⁵ *Ibidem*, p. 77.

²³⁶ DWORKIN, Ronald. **Constitucionalismo e Democracia...**, *Op. cit.*, p. 6.

²³⁷ *Ibidem*, p. 7-8.

²³⁸ “Assim, entre os antigos o indivíduo quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos seus assuntos privados. Como cidadão, ele decide sobre a paz e a guerra; como particular, permanece limitado, observado, reprimido em todos seus movimentos; como porção do corpo coletivo, ele interroga, destitui, condena, despoja, exige, atinge mortalmente seus magistrados ou seus superiores; como sujeito ao corpo coletivo, ele pode, por sua vez, ser privado de sua posição, despojado de suas honrarias, banido, condenado, pela vontade arbitrária do todo ao qual pertence. Entre os modernos, ao contrário, o indivíduo independente na vida privada, mesmo nos Estados mais livres só é soberano em aparência. Sua soberania restrita quase sempre interrompida; e, Se) em épocas determinadas, mas raras, durante as quais ainda é cercado de precauções e impedimentos, ele exerce essa soberania, é sempre para abdicar a ela” (CONSTANT, Benjamin. **Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos**. Disponível em: https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf, acesso em 16..3.2022, às 21h43min).

suposições sobre sua dignidade ou qualidades individuais; segunda, decisões coletivas precisam expressar igual consideração pelos interesses de todos os membros da sociedade; terceira, o significado moral da comunidade requer que as decisões forneçam legitimidade para a coerção ²³⁹.

Desse modo, o modelo de democracia constitucional dworkiniano enfatiza que há condições a serem satisfeitas para que as majorias reivindiquem privilégios decorrentes dos procedimentos decisórios. Essas condições, de natureza moral, concretizam a noção de povo e não violam a liberdade dos antigos ou positiva por debilitarem a premissa majoritária ²⁴⁰. Sem elas, as majorias tiranizam as minorias pelo simples motivo de terem conseguido mais apoiadores a medidas políticas, independentemente dos conteúdos que expressem.

O primeiro tipo de condição é estrutural. Exige que a comunidade política tenha sido estabelecida por processo histórico e que tenha limites territoriais definidos e estáveis. Alguns afirmam que a comunidade deve unir seus membros por tradições culturais e linguísticas, como os sociólogos e cientistas políticos afirmam. Outros vão além e asseveram que vínculos psicológicos de confiança entre os seus integrantes são necessários ²⁴¹.

A condição estrutural, em suma, demanda que haja alguns dos elementos que caracterizam o Estado. Já o segundo tipo de condição versa sobre a relação que a comunidade tem com seus membros. As comunidades políticas respeitam o *status* de membro moral da comunidade de um indivíduo quando asseguram participação e interesse nas decisões coletivas, bem como garantem a sua independência em relação a tais decisões ²⁴², conforme exposto acima ao se tratar das ponderações sobre a suposta violação da liberdade dos antigos provocada pelo constitucionalismo.

Para resolver a questão posta, diferenciam-se dois modelos de democracia. Primeiro, o modelo majoritarista, refutado por Dworkin, supõe que há autogoverno quando número maior e não menor de pessoas detém o poder político fundamental. Requer eleições periódicas e que as autoridades eleitas atendam aos interesses das majorias, bem como que se reparta o território em unidades da federação para atender esse fim, o que não garante a justeza dos resultados obtidos nos pleitos. Já o modelo

²³⁹ DWORKIN, Ronald. **Constitucionalismo e Democracia...**, *Op. cit.*, p. p. 12-13.

²⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: A leitura moral da Constituição Norte-americana. 2ª ed; São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 36-37.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 37.

²⁴² *Ibidem*, p. 38.

coparticipativo, endossado por Dworkin, rejeita a visão de que as maiorias governam as minorias, pois acredita que o autogoverno significa que todos atuam como parceiros. Não se nega, com isso, os antagonismos e as disputas inerentes ao processo democrático, mas se reforça o dever de tratar a todos com igual respeito e consideração ²⁴³. Em outras palavras, a democracia, para Dworkin, não se resume à premissa majoritária ²⁴⁴.

Por outro lado, Jeremy Waldron entende que a leitura moral propugnada por Dworkin confere poderes excessivos aos magistrados e que pode fomentar arbitrariedades ²⁴⁵. Waldron assevera que as divergências sociais sobre questões morais precisam ser levadas em consideração e que atribuir aos juízes o poder de decidir tais assuntos pode não ser suficientemente democrático ²⁴⁶. Ou seja, para Waldron, haveria a necessidade de ouvir as opiniões dissidentes, pelo que o método majoritário seria o mais adequado para resolver os diversos conflitos ²⁴⁷.

A concepção majoritarista prega que a democracia é satisfeita com meros procedimentos; a concepção coparticipativa vincula a democracia às restrições substantivas das condições de legitimidade. Tais correntes geram consequências a respeito da extensão dos poderes do Judiciário. A concepção majoritarista desconfia do controle de constitucionalidade e rejeita a invalidação de leis apoiadas por maiorias bem-informadas por partir da premissa de que as questões controversas, como o aborto ou as orações nas escolas, devem ser submetidas à população para que sejam resolvidas de acordo com a vontade popular. Subtrair esses assuntos do povo significaria violar a liberdade positiva e a dignidade dos cidadãos. A concepção coparticipativa entende que o controle de constitucionalidade é estratégia válida para o aperfeiçoamento dos governos e para a tutela das minorias, que não se subordinam às maiorias em temas morais controvertidos que demandam independência ²⁴⁸.

Extraí-se que a concepção coparticipativa de democracia é influenciada pela virtude política da integridade por insistir que todos merecem igual respeito e consideração. O modelo majoritário institui a lógica de que o somatório de votos ou de opiniões convergentes basta para que se deflagre a coação pública organizada,

²⁴³ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o...**, *Op. cit.*, p. 585-586.

²⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade...**, *Op. cit.*, p. 26.

²⁴⁵ WALDRON, Jeremy. **Derecho y Desacuerdos**. Madrid: Marcial Pons: 2005, p. 201.

²⁴⁶ WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case Against Judicial Review**. The Yale Law Journal, 2006, p. 1.388.

²⁴⁷ WALDRON, Jeremy. **Derecho y Desacuerdos...**, *Op. cit.*, p. 361.

²⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o...**, *Op. cit.*, p. 588-589.

algo perigoso no campo das divergências ético-morais das sociedades pluralistas contemporâneas. Desligar a democracia de qualquer direito que não sirva ao procedimento político enfraquece ou elimina os princípios de moralidade política que dão vida às comunidades.

Lorenzetto destaca que para se analisar se determinado procedimento respeitou as regras da democracia, por razões óbvias, a resposta precisa ser antecipada. Sem prévio conjunto de valores, compartilhados na comunidade, é impossível de saber se o resultado almejado pelo procedimento foi ou não atingido. Daí por que não se pode deixar que a democracia defina o próprio conceito sem mediação institucional. Essa é a razão pela qual certo conjunto de valores é excluído do debate democrático, o qual funciona como condição de possibilidade das deliberações ²⁴⁹.

Nessa ordem de ideias, os limites materiais à democracia e ao próprio poder constituinte originário reforçam o conceito liberal clássico de democracia formal para incorporar a ideia da democracia substancial. Os ideais de justiça adotados asseguram a existência da democracia e não podem mais ser dispostos pela sociedade por questões de conveniência. Tentativas de restaurar regimes autoritários, por exemplo, são sumariamente repelidas por princípios de racionalidade normativa que têm inegável caráter emancipatório ²⁵⁰.

Justamente na esfera substancial da democracia que se inserem os direitos fundamentais, que cumprem a função de vínculos normativos impostos aos poderes constituídos. Com efeito, as maiorias não têm poder para decidir se alguém deve ser condenado sem provas, privado da liberdade pessoal e dos direitos civis ou abandonado à indigência. A conotação substancial atribuída ao Estado de Direito e à democracia formam barreiras que desfazem a ideia de que as maiorias são onipotentes. Se as regras procedimentais regulam o decidível, os direitos fundamentais compõem a esfera do indecidível ²⁵¹.

Os direitos fundamentais funcionam mais como vínculos de deslegitimação do que de legitimação. Representam tais direitos limites superiores ao soberano que podem ser opostos ao Estado, até mesmo quando atua animado pela regra

²⁴⁹ LORENZETTO, Bruno Meneses. **Os Caminhos do Constitucionalismo Para a Democracia**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 114.

²⁵⁰ MALISKA, Marcos Augusto. **Há Limites Materiais ao Poder Constituinte?** Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 35, 2001, p. 261.

²⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**: La ley del más débil. 4ª ed; Madrid: Trotta, 2004, p. 51.

majoritária. Essa é a razão pela qual os direitos fundamentais não podem ser dispostos pelas maiorias ²⁵².

As promessas constitucionais que as comunidades políticas fazem a si próprias, com a exclusão de certos valores da disputa, expressam a busca pela liberdade por meio das leis, característica que instaura o paradoxo da democracia. Entende-se que o puro Estado de Direito é insuficiente em termos democráticos, sobretudo porque a tendência de autolegitimação dos Estados marcou os autoritarismos do Século XX. Nos tempos atuais, o legado de que não se podem articular as categorias definidoras do Estado, da democracia e do Direito isoladamente precisa ser levado a sério ²⁵³.

Também a falta de posições e garantias dotadas de fundamentalidade no período legam algo precioso. A propósito, Marcos Augusto Maliska assevera que a ausência de direitos fundamentais nas experiências nefastas do Século XX, sobretudo no período do nacional-socialismo, fez com que o indivíduo cedesse lugar ao coletivo, com a substituição do paradigma liberal pelo Estado totalitário, que se impôs por toda a sociedade. A experiência jurídica e política do momento histórico influenciou o Direito do segundo pós-guerra, que alçou os direitos fundamentais à condição de parâmetro de legitimidade da ordem estatal ²⁵⁴.

A força normativa da constituição impede que as maiorias a invalidem por deliberações tidas como democráticas. O novo constitucionalismo, do segundo pós-guerra, vincula o legislador ordinário ao expressar a indisponibilidade dos direitos fundamentais ²⁵⁵. Finda a onipotência do legislador, reestruturou-se o Estado Democrático de Direito com a submissão dos poderes à jurisdição constitucional, pelo que as Cortes Constitucionais receberam competência para a defesa dos direitos fundamentais. No âmbito internacional, o Estado soberano colocou-se sob a autoridade dos tribunais internacionais de proteção aos direitos humanos e incorporou os respectivos tratados ²⁵⁶.

A proposta dworkiniana é a de que o Direito tem a função de resolver desacordos com decisões autoritativas ditadas pelas Cortes, que se tornam fóruns de princípio aptas a atuarem de maneira contramajoritária, sem que comprometam a

²⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías...** *Op. cit.*, p. 53.

²⁵³ LORENZETTO, Bruno Meneses. **Os Caminhos do Constitucionalismo Para...**, *Op. cit.*, p. 115.

²⁵⁴ MALISKA, Marcos Augusto. **Há Limites Materiais...**, *Op. cit.*, p. 257.

²⁵⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais...**, *Op. cit.*, p. 37-38.

²⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais...**, *Op. cit.*, p. 37-38.

democracia ²⁵⁷. A opção de remeter aos tribunais os temas constitucionais não é despropositada. Em assembleias, animadas por regras majoritárias, o conteúdo emancipatório dos direitos fundamentais seria neutralizado pelas posições preponderantes. Novais admite que em ambientes normais até seria possível que os direitos fundamentais fossem apreciados em assembleias parlamentares, segundo a razão pública. Entretanto, no contexto competitivo das democracias representativas, pluripartidárias e heterogêneas, a proposta revela-se inadequada ²⁵⁸.

Nesse sentido, a atuação contramajoritária das cortes constitucionais é justificada pela ideia de que os direitos são trunfos contra maiorias, o que permite aos prejudicados provocar o Poder Judiciário para que tenham a dignidade assegurada. As maiorias têm amplos espaços de atuação e continuam a dispor de muitos assuntos, sem, contudo, que possam sacrificar direitos fundamentais das minorias por visões de mundo particulares ou por anseios de desenvolvimento.

Conforme explica Pierre Rosanvallon, a legitimidade do poder do Estado não é obtida somente com o princípio majoritário, mas também a partir por imparcialidade, reflexividade e proximidade ²⁵⁹. Instituições que se legitimam por reflexividade, com o objetivo de reduzir a distância da democracia procedimental e da democracia como conteúdo principiológico, por meio de dialética que exige refinamento de argumentos de princípio ²⁶⁰, as Cortes Constitucionais exercem funções contramajoritárias ²⁶¹. Há semelhanças entre a reflexividade e a ideia dworkiniana de que as cortes são foros de princípio, já que estes e não a vontade das maiorias se consubstanciam em critérios de validação ²⁶².

Portanto, os direitos fundamentais não se subordinam totalmente aos processos deliberativos da comunidade. Ao contrário, as cláusulas constitucionais são interpretadas pelo Poder Judiciário, que resolve as dificuldades contramajoritárias por meio do controle de constitucionalidade. Uma leitura moral é advogada por Dworkin para que a Constituição seja interpretada de forma a consagrar a igualdade de

²⁵⁷ JÚNIOR, Gilberto Morbach; STRECK, Lenio Luiz. **Interpretação, Integridade, Império...**, *Op. cit.*, p. 56.

²⁵⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais...**, *Op. cit.*, p. 40.

²⁵⁹ ROSANVALLON, Pierre. **La Legitimidad Democrática**: Imparcialidad, reflexividad y proximidad. Tradução de Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010.

²⁶⁰ *Idem*.

²⁶¹ MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Estado Social, Legitimidade Democrática e o Controle de Políticas Públicas pelo Supremo Tribunal Federal**. A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, jan./mar. 2016, p. 120.

²⁶² MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Estado Social, Legitimidade Democrática...** *Ob. cit.*, p. 121.

respeito e de consideração. A democracia é vinculada a certa substância que condena decisões políticas que negligenciem valores ou que destoem dos princípios normativos fixados *a priori* ²⁶³.

Deflui-se que a democracia pressupõe valores *a priori* que podem ou não ter inspiração democrática. Assim, a competência do Poder Judiciário para definir o sentido das cláusulas constitucionais não é antidemocrática, porquanto os seus níveis elementares assegurados em textos e nos princípios abstratos precisam de interpretações para que se concretizem. Ademais, as questões emergentes da comunidade são decididas por meio de procedimentos de participação direta ou indireta pelo povo ²⁶⁴.

Conflitos entre direitos fundamentais não se subordinam às decisões das majorias. Na verdade, cabe à jurisdição constitucional fazer ponderações responsáveis “em razões de razoabilidade e justiça compartilháveis por qualquer pessoa razoável e não apenas por aqueles que perfilhem uma dada concepção particular do bem ou da vida virtuosa” ²⁶⁵. Do contrário, sacrifícios de liberdades individuais pautam-se por visões particulares com pretensões de universalidade, algo que soa incompatível com as bases pluralistas contemporâneas ²⁶⁶.

Nesse quadro, os níveis de escrutínio do controle de constitucionalidade variam de acordo com a relevância da matéria. Na realidade brasileira, Clève e Lorenzetto apontam que a defesa das condições para o exercício da democracia, a proteção do processo democrático, a defesa das minorias e da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos sociais de caráter prestacional justificam controle forte. Também a proteção contra leis perfeccionistas de direita ou de esquerda intensificam a necessidade de investigação crítica de inconstitucionalidades ²⁶⁷.

Em outros assuntos, como naqueles em que se discutem aspectos das políticas públicas que excedem o mínimo existencial, questões eminentemente políticas e nos resultados de procedimentos de participação popular, Clève e Lorenzetto afirmam que é preferível controle débil de constitucionalidade, manifestado

²⁶³ LORENZETTO, Bruno Meneses; KOZICKI, Katya. **Constituindo a Constituição**: Entre paradoxos, razões e resultados. Revista Direito GV, v. 11 n. 2 (2015): jul-dez. (22), p. 631.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 630.

²⁶⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Trunfos Contra Majorias...**, *Op. cit.*, p. 63.

²⁶⁶ *Idem*.

²⁶⁷ CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Constituição Federal, Controle Jurisdicional e Níveis de Escrutínio**. Direitos Fundamentais & Justiça – ano 9, nº 32, jul.-set. 2015, p. 117-118.

em posturas judiciais de autocontenção ou de maior deferência para com o legislador ²⁶⁸.

Daí que a fundamentação das decisões judiciais assume ônus maior no âmbito do controle de juridicinalidade, na medida em que deve demonstrar: (a) o nível de escrutínio exigido na análise do ato normativo questionado; (b) os limites das deliberações democráticas; (c) as razões pelas quais o ato endossado pela maioria deve ou não ser anulado; e (d) a força de resistência dos direitos contra as manifestações procedimentais majoritárias. É a partir da justificativa apresentada pelos juízes e tribunais que se reafirmam os princípios da comunidade política que impedem coisificações da pessoa, cujo direito de ser tratada com igual respeito e consideração fundamenta o Estado.

Ressalte-se, contudo, que tanto os procedimentos democráticos que garantem a produção constitucional são necessários quanto os limites à democracia impostos pelos conteúdos normativos subtraídos do escrutínio público, sem que se inviabilizem adaptações exigidas pelas questões futuras que precisam ser enfrentadas e decididas pelas novas gerações ²⁶⁹. Para tanto, os tribunais precisam desenvolver mecanismos de participação popular no âmbito do controle de constitucionalidade, com o intuito de conhecer as diversas interpretações que a constituição recebe na comunidade. Cuida-se de proposta que tenciona manter a autoridade da constituição em ambiente pluralista ²⁷⁰. A fundamentação precisa contemplar as diferentes perspectivas dos contendores.

Como os direitos fundamentais condicionam a validade das deliberações nas democracias e o exercício do poder estatal, além de legitimarem a função contramajoritária das cortes, que têm na exigência da fundamentação o dever de demonstrar os limites das democracias, importa apreciar quais são as suas principais características e funções, o que requer capítulo próprio com as considerações adequada.

²⁶⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Constituição Federal, Controle Jurisdicional...**, *Op. cit.*, p. 119.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 115-116.

²⁷⁰ JARAMILLO, Leonardo García. **¿Cómo Pensar Hoy La Tensión Entre Constitucionalismo Y Democracia?** Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba*, vol. 60, n. 2, maio/ago. 2015, p. 91.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: ASPECTOS LIGADOS À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

2. 1 Fundamentos, Conceito e Funções dos Direitos Fundamentais e Suas Relações com a Fundamentação das Decisões Judiciais

A construção da fundamentalidade do direito-garantia da fundamentação das decisões judiciais pressupõe a aproximação entre o conceito, as características e as funções que os direitos fundamentais exercem, questões que somente podem ser compreendidas à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais. Direitos asseguram espaços de liberdade e de autonomia individuais. São pressupostos e limites das deliberações democráticas. Mais do que isso, direitos, principalmente os considerados fundamentais, justificam a existência do Estado desde a propagação do liberalismo, quando foram elaboradas as primeiras constituições na modernidade. Ideias de Constituição e de direitos fundamentais são manifestações paralelas e unidirecionadas que visam a estabelecer limites normativos ao poder estatal desde a segunda metade do Século XVII ²⁷¹.

Os direitos fundamentais servem de base e de fundamento de existência ao Estado, que se vincula aos limites previstos nas disposições constitucionais para que possa agir validamente ²⁷². Para além de limitações ao agir estatal, os direitos fundamentais transformam-se em critérios de legitimação e de deslegitimação do exercício do poder. Ou seja, direitos fundamentais constituem o Estado de Direito e requerem o seu reconhecimento ²⁷³.

J. J. Gomes Canotilho afirma que cumpre à Constituição papel de reserva de justiça ao aspirar ser Direito justo, pois a mera positividade não esgota o conteúdo das regras e dos princípios nela previstos. A Constituição deve ser intrinsecamente válida, postular dimensão mais profunda de legitimidade que excede a legalidade formal. Coloca-se o problema da legitimidade do direito público no contexto do abandono da crença nas sociedades pluriclassistas, mundividências, ideologias ou religiões perseguidas pelo Estado. A partir daí a Constituição transforma-se em “medida de justiça” para ordenar a vida comunitária ²⁷⁴.

²⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11^a ed; São Paulo: Saraiva, 2012. Versão Eletrônica.

²⁷² LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 3^a ed; Madrid: Tecnos, 1989, p. 19.

²⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos...**, *Op. cit.*, livro eletrônico.

²⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6^a ed; Coimbra: Almedina, 1993, p. 109-110.

Canotilho lembra que a responsabilidade do Direito Constitucional tem relevância no processo de “tecnização” ou de “standardização” das normas, em detrimento da justeza dos conteúdos que deveriam exprimir. Refletir sobre o teor das disposições legais remete o intérprete ao plano constitucional em busca de parâmetros de justiça ²⁷⁵.

Canotilho destaca que as variantes positivistas são insuficientes para se estabelecer fundamento de justiça, pois a Constituição não é apenas o resultado das relações de poder ou de pressões sociais. Também a mera vontade do constituinte não basta para que se obtenha a legitimidade. Deve haver justificação moral das disposições constitucionais e concordância dos seus conteúdos com as aspirações e valores do povo em dado momento histórico. Enfatiza o autor lusitano que as ideias de justiça precisam constar no ato constituinte e que, talvez se pudesse afirmar, a partir das lições de Jürgen Habermas, que o “fundamento de validade da constituição é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa” e a convicção social “da sua bondade intrínseca” ²⁷⁶.

Os direitos fundamentais contribuem para a legitimidade da constituição porque consagram posições e garantias que atribuem ao ser humano faculdades elementares para o desenvolvimento da vida e oferecem critérios materiais para produção legislativa. Ao lado da soberania popular, os direitos fundamentais têm condicionado e caracterizado as normas produzidas pelo Estado Democrático e Social de Direito ^{277 278}. A validade da ordem posta não decorre da autoridade dos dirigentes eleitos ou de grupos políticos majoritários, mas da obediência aos direitos fundamentais. Somente se reconhece a legitimidade do poder quando são respeitados os limites formais e materiais definidos pelas constituições, que afastam o domínio baseado no puro poder.

Assim, Ingo Wolfgang Sarlet conceitua direitos fundamentais como:

“todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integrados ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não,

²⁷⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...**, *Op. cit.*, p. 110.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 111.

²⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos...**, *Op. cit.*, livro eletrônico.

²⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade, volume I. 1ª ed; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 128.

assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo) ²⁷⁹.

Dessume-se que os direitos fundamentais ocupam posição central nas ordens democráticas desde a modernidade e que estão positivados em constituições rígidas, subtraídos das vontades das maiorias, o que lhes dá a qualidade de trunfos, como explorado no capítulo anterior. Quatro critérios axiológicos explicam e reafirmam os fundamentos desses direitos, segundo Luigi Ferrajoli: (a) a dignidade da pessoa humana, que veda a instrumentalização do homem e o eleva acima de qualquer preço monetário; (b) a igualdade, que permite a cada um se estimar como igual aos outros, além de preservar a própria identidade e de receber prestações materiais do Estado, a fim de gozar vida digna; (c) a lei dos mais fracos, já que os mais fortes concretizam seus anseios sem a necessidade de tutela estatal, quer no campo físico, quer no campo sociopolítico; e (d) o nexó entre direitos humanos e paz, garantidor do convívio pacífico nos âmbitos interno e externo ²⁸⁰.

Os direitos fundamentais impõem limites ao poder estatal e asseguram prestações materiais que garantem o mínimo para que haja vida digna. Vocacionados a tutelar os mais fracos, os direitos fundamentais consubstanciam verdadeiras conquistas civilizatórias, vínculos que condicionam a ação estatal nas searas interna e internacional. Tanto a valorização do indivíduo quanto o reconhecimento de valores comunitários são aspectos que marcam o conteúdo jusfundamental. Rechaçam-se concepções transpessoalistas que fazem da pessoa meio ao alcance de metas governamentais, ou seja, funcionalizações da liberdade em nome das maiorias e dos poderes públicos ou privados exorbitantes ²⁸¹.

Note-se que a fundamentação das decisões judiciais é consectário do Estado Democrático de Direito que tem o papel de impedir abusos ou dominações arbitrárias por parte das cortes e dos juízes, que se submetem aos vínculos normativos dos direitos fundamentais. A fundamentação é expressão da ideia da bondade intrínseca da ordem constitucional: se a Constituição aspira ser moralmente válida, as decisões devem ter a mesma aspiração.

Walter Claudius Rothenburg trata das características básicas dos direitos fundamentais, que estão presentes na fundamentação das decisões, conforme será

²⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos...**, *Op. cit.*, livro eletrônico.

²⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Por Uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. 1ª ed; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 104-108.

²⁸¹ *Idem*.

exposto no terceiro capítulo. Entre as características, a fundamentalidade é notada tanto do conteúdo desses direitos, que versam sobre a dignidade da pessoa humana e tocam os valores mais caros da humanidade, quanto da posição normativa, pois estão expressos, geralmente, em textos constitucionais ²⁸². Já a característica da universalidade se vincula à ideia de que os direitos fundamentais são de todos os seres humanos, sem, contudo, que se desprezem as peculiaridades étnicas. Aqui também são considerados instrumentos normativos e sistemas de proteção internacionais ²⁸³.

Outrossim, a inalienabilidade dos direitos fundamentais é a característica que impede o sujeito de se desinvestir deles – ainda que seja possível o não exercício – e que lhes atribui imprescritibilidade, pelo que não se extinguem com o decurso do tempo nem mesmo quanto ao exercício ²⁸⁴. A indivisibilidade, por sua vez, prega que cada direito fundamental “constitui unidade incindível em seu conteúdo elementar, bem como sob o ângulo de diversos direitos fundamentais” ²⁸⁵, de modo que todas as categorias dos direitos – proteção e prestação – devem ser protegidas, pois são interdependentes ²⁸⁶.

A historicidade permite a compreensão de que os direitos fundamentais surgem a partir da experiência social e não de concepções transcendentais ou metafísicas ²⁸⁷. Por positividade, entende-se que os direitos dotados de fundamentalidade inserem-se na pré-compreensão comunitária sobre o Direito ²⁸⁸, que ganha formas específicas na Constituição, conforme os períodos históricos, o que revela a característica da constitucionalidade, uma vez que são previstos em leis superiores ²⁸⁹.

Sistematicidade, interrelação e interdependência são as características atinentes à forma de compreensão e de organização dos direitos fundamentais que exigem técnicas interpretativas específicas. Há dependências mútuas entre diversas posições jusfundamentais, a exemplo do direito de associação profissional ou sindical

²⁸² ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais e Suas Características**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas – nº 29 – outubro-dezembro de 1999, disponível em <https://www.sedep.com.br/artigos/direitos-fundamentais-e-suas-caracteristicas/>, acesso em 12.3.2022, às 20h46min.

²⁸³ *Idem*.

²⁸⁴ *Idem*.

²⁸⁵ *Idem*.

²⁸⁶ *Idem*.

²⁸⁷ *Idem*.

²⁸⁸ *Idem*.

²⁸⁹ *Idem*.

(art. 8º, *caput*, CF), considerado desdobramento do direito à liberdade de associação (art. 5º, XVII, CF) ²⁹⁰. Restringibilidade excepcional, por sua vez, preconiza que restrições a direitos fundamentais somente se legitimam se expressamente previstas na Constituição ou se possam ser deduzidas da interação com outros dispositivos constitucionais. Outro aspecto dessa característica tem cunho hermenêutico: as posições jusfundamentais ganham interpretação ampliativa e as restrições recebem tratamento limitativo ²⁹¹.

É evidente que os direitos fundamentais guardam, em regra, nexos com a dignidade da pessoa humana, pois impedem a instrumentalização do ser humano e conferem certas prerrogativas. Segundo Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos são duas faces de Jano: uma, ligada à filosofia, prega os valores morais que fazem as pessoas merecedoras de igual respeito e consideração; a outra, vinculada ao Direito, traduz posições jurídicas tuteladas pelas normas coercitivas e pela atuação jurisdicional ²⁹².

Nesse sentido, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink lembram que os direitos fundamentais exercem funções, designadas por *status*, consoante a conhecida classificação elaborada por Georg Jellinek. O *status negativus* compreende a liberdade individual contra o Estado, que dá à pessoa o poder de conduzir os próprios assuntos sem interferências estatais. Aqui os direitos fundamentais funcionam como direitos de defesa, que impedem restrições ou violações, a fim de que o indivíduo possa se autodeterminar ²⁹³. Na Constituição Federal de 1988, grande parte dos direitos fundamentais cumprem essa função, como a liberdade de expressão (art. 5º, inc. IV), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, inc. X) e a liberdade profissional (art. 5º, inc. XIII).

Note-se que a fundamentação cumpre a função de limitar o poder estatal porque obsta que as decisões sejam ditadas sem as respectivas razões, que asseguram o controle e a legitimidade dos atos decisórios. A garantia tem o desiderato de oferecer ao jurisdicionado o direito de conhecer e de impugnar a forma como seus

²⁹⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais e...**, *Op. cit.*, página eletrônica.

²⁹¹ *Idem*.

²⁹² BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão Provisória Para o Debate Público, p. 21.

²⁹³ PIEROTH, Bodo; BERNHARD, Schlink. **Direitos Fundamentais**. 1ª ed; São Paulo: Saraiva, 2012. Livro eletrônico.

assuntos foram tratados pelo Estado-Juiz, que se vincula aos direitos e garantias fundamentais.

Já o *status positivus* revela que o particular não tem liberdade sem a intervenção do Estado em alguns assuntos. Os direitos fundamentais conformam e garantem tais direitos quando se trata de reivindicação, proteção, participação, prestação e procedimento²⁹⁴. Ao contrário dos direitos de defesa, os direitos positivos exigem ações estatais voltadas à consecução de objetivos elencados pelo constituinte, quer no campo material, quer no campo legislativo. Na ordem de 1998, os direitos fundamentais sociais ao seguro-desemprego (art. 7º, inc. II) e à licença-paternidade (art. 7º, inc. XIX) são bons exemplos de direitos que demandam posturas ativas do Estado.

Da mesma forma, a fundamentação das decisões judiciais revela função positiva ao conferir ao sujeito a faculdade de exigir que o Poder Judiciário exponha as razões decisórias em sua atuação. Há correspondência entre a limitação que a garantia impõe aos provimentos desprovidos de fundamentos idôneos (*status negativus*), que tenciona impedir arbitrariedades, e o direito que o indivíduo dispõe de requerer fundamentação aos juízes e tribunais (*status positivus*), que se destina aos destinatários do provimento.

O *status activus*, por sua vez, consiste no “estado em que o particular exerce a sua liberdade no e para o Estado, o ajuda a construir e nele participa”²⁹⁵, como é o caso dos direitos civis e políticos. Pieroth e Schlink explicam que o exercício dos direitos cívicos tem duas implicações, a saber: (a) a liberdade do particular ingressa ao serviço do Estado; e (b) o Estado transforma-se no instrumento pelo qual o particular exerce a própria liberdade. Não há oposição entre o indivíduo e o Estado, tal como ocorre com frequência com os direitos fundamentais; antes, a liberdade do indivíduo e a ordem estatal formam relação funcional de reciprocidade. Esclareça-se que não somente por meio do estado ativo o cidadão participa da democracia, mas também por meio do estado negativo, já que os direitos de reunião pacífica, de liberdade de expressão e de associação, por exemplo, têm inegável função democrática nas sociedades²⁹⁶.

²⁹⁴ PIEROTH, Bodo; BERNHARD, Schlink. **Direitos Fundamentais...***Op. cit.*, livro eletrônico.

²⁹⁵ *Idem.*

²⁹⁶ *Idem.*

Outrossim, a fundamentação tem aspectos ligados ao *status activus* porque permite que o indivíduo exerça influência sobre as decisões judiciais por meio dos procedimentos. Para tanto, garantias fundamentais como o contraditório e a ampla defesa viabilizam as manifestações dos interessados e obrigam os juízes e as cortes a considerá-las em suas análises.

Cabe ressaltar que a classificação de Jellinek tem sofrido muitas críticas, ainda que preserve utilidade para se diferenciar três categorias de direitos fundamentais, conforme assinalam Dimoulis e Leonardo Martins ao tratar do assunto em questão ²⁹⁷. Sarlet afirma que as críticas dirigidas ao modelo proposto por Jellinek requerem considerações sobre os *status* dos direitos fundamentais, com a finalidade de os adaptar às características da doutrina e do direito constitucional positivo atuais. Assim, Sarlet propõe releitura do *status negativus* para que se leve em consideração o fato de que o legislador também está vinculado aos direitos fundamentais. Ou seja, a liberdade é assegurada contra quaisquer intervenções inconstitucionais ²⁹⁸.

Sarlet destaca que as complementações que as lições de Jellinek receberam ao longo do tempo motivaram releitura do *status activus*, a fim de adequá-lo ao *status activus processualis* desenvolvido por Peter Häberle, que tem reflexos sobre a dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais, que será objeto de estudo adiante ²⁹⁹.

De qualquer modo, a proposta de Jellinek é útil para a classificação dos direitos fundamentais, que na Constituição Federal de 1988 podem ser compreendidos como direitos de defesa, direitos a prestações, direitos a prestações em sentido amplo, direitos à proteção, direitos à participação na organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito, com a ressalva de que a categorização dos direitos tem caráter didático e não pode ser tomada em termos estanques. Isso porque há entre as categorias íntima conexão e interdependência, porquanto direitos de defesa podem ter dimensões positivas e direitos prestacionais podem ter dimensões negativas ³⁰⁰.

Stephen Holmes e Cass Sustein demonstram que mesmo os tradicionais direitos de defesa exigem investimentos, a exemplo dos órgãos de segurança pública

²⁹⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed; São Paulo: Atlas, 2014, p. 54.

²⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

²⁹⁹ *Idem.*

³⁰⁰ *Idem.*

e do sistema judiciário ³⁰¹. A despeito da insuficiência do critério econômico para que se estabeleçam distinções entre os direitos, a relação entre direitos negativos e positivos orienta-se pelo relativo dualismo, traduzido por diferenças de objetos e de funções, mas não pela ótica da exclusão recíproca e do antagonismo. Acrescente-se que os direitos sociais também adquirem funções negativas no contexto brasileiro, que se traduzem em limites aos particulares e ao poder público. Além disso, tanto os direitos negativos quanto os direitos positivos demandam políticas públicas para que se concretizem ³⁰², o que reforça o papel do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade.

Outro aspecto importante diz respeito às dimensões dos direitos fundamentais. Segundo José Carlos Vieira de Andrade, a diferença entre direitos fundamentais como categoria jurídica e direitos fundamentais subjetivos consiste no fato de que alguns preceitos constitucionais não conferem posições jurídicas subjetivas, mas somente estabelecem regras e princípios destinados a garantir direitos individuais ou a definir o próprio regime jurídico. Por esses motivos, direitos fundamentais não se limitam à relação entre indivíduo e Estado, pois se reconhece que são pressupostos de vida humana livre e digna, quer para o indivíduo, quer para a comunidade ³⁰³.

Em outras palavras, os direitos fundamentais não são apenas posições individuais contra o Estado, inseridas na dimensão subjetiva, pois apresentam aspectos comunitários, como valores ou fins a serem perseguidos. A dimensão objetiva instaura estruturas capazes de produzir efeitos jurídicos, que complementam a dimensão subjetiva. Refere-se a doutrina à dimensão objetiva como aquela em que se encontram as garantias institucionais, a eficácia externa ou horizontal, os deveres de proteção, o direito organizatório e o direito procedimental. Vieira de Andrade adota a posição de que a dimensão objetiva se relaciona com normas que não expressam direitos individuais ³⁰⁴.

A dimensão subjetiva corresponde ao *status negativus*, que garante ao indivíduo meios para resistir contra intervenções do Estado em sua esfera de

³⁰¹ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The Cost Of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. 1ª ed; New York: Norton & Company, 1999, p. 35.

³⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

³⁰³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed; Coimbra: Almedina, 2012, 107-108.

³⁰⁴ *Ibidem*, 109.

liberdade pessoal. Se, por um lado, o indivíduo pode exercer liberdade negativa, por outro o Estado tem o dever de abster-se de realizar intervenções, excetuadas manifestações constitucionalmente justificadas. Também os direitos fundamentais que asseguram prestações jurídicas próprias do *status positivus* inserem-se na dimensão subjetiva. As liberdades positivas impõem ao Estado o dever de agir, sobretudo no que toca aos direitos sociais. Não obstante, os direitos políticos e as garantias processuais atribuem ao Estado o dever de fazer algo, como se depreende da garantia de acesso ao Poder Judiciário ³⁰⁵.

Extraí-se que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais contém direitos subjetivos que podem ser compreendidos como posições jurídicas subjetivas ativas ou de vantagens. Parte-se da ideia de que direito subjetivo implica poder ou faculdade “para a realização efetiva de interesses que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios do respectivo titular” ³⁰⁶. Quanto ao aspecto funcional dos direitos subjetivos, reconhece-se que os direitos fundamentais pretendem satisfazer interesses dos titulares, definidos ou reconhecidos por normas constitucionais, ainda que correspondam a valores comunitários. No que toca ao aspecto estrutural, os direitos subjetivos fundamentais dão ao titular o poder de exigir e de pretender comportamentos ou de produzir efeitos jurídicos de modo autônomo ³⁰⁷.

Na perspectiva subjetiva, o titular do direito fundamental tem a possibilidade de impor seus interesses ao destinatário por meio de intervenção judicial, o que revela relação trilateral entre o titular, o objeto e o destinatário do direito fundamental invocado. É importante consignar que o objeto do direito fundamental tem amplo espectro, razão pela qual varia em cada caso. No entanto, o direito subjetivo se vincula aos seguintes fatores: (a) o espaço de liberdade do indivíduo não está garantido de maneira uniforme; (b) distinções entre os graus exigibilidade dos direitos, mormente as prestações sociais materiais; (c) posições jurídicas complexas, pois apresentam direitos, liberdades e pretensões diversas que podem ser opostas a diferentes destinatários ³⁰⁸.

A fundamentação das decisões judiciais é direito subjetivo que afasta intromissões injustificáveis na esfera pessoal. Insista-se que se trata de direito

³⁰⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos...** *Op. cit.*, p. 116-117.

³⁰⁶ *Ibidem*, 111-112.

³⁰⁷ *Idem*.

³⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

exercitável contra o Estado por impor deveres de abstenção quando os provimentos não puderem ser justificáveis normativamente, mas que também reclama prestações, atribuíveis aos órgãos decisórios, que podem ser exigidas pelos interessados na decisão judicial.

Sarlet lembra que a exigibilidade dos direitos subjetivos implica na justiciabilidade. Em outras palavras, o titular do direito subjetivo tem a faculdade provocar o Poder Judiciário para compelir o destinatário a observar o conteúdo da posição jusfundamental ³⁰⁹. Assume particular relevância a garantia de acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV), cujo âmbito de proteção abrange lesões ou ameaças de lesões provenientes tanto do Poder Público quanto dos particulares, provocadas por ações ou omissões ³¹⁰.

Importa distinguir direitos subjetivos, descritos acima, de garantias institucionais e de direitos-garantias. Quando a Constituição Portuguesa se refere às regras e princípios inerentes ao direito e ao processo penal, explica Vieira de Andrade, preconiza direitos-garantias. São garantias porque têm vocação instrumental, voltadas à tutela de posições primárias, direitos-direitos ou direitos-liberdades. Também são direitos pelo fato de serem definidos individualmente, isto é, passíveis de divisão. A Constituição Portuguesa prevê, entre outros, o princípio do contraditório, a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das correspondências ³¹¹, que têm por finalidade proteger posições primárias dos titulares dos direitos fundamentais. Esclareça-se que tais lições parecem adequadas à realidade normativa brasileira, dada a similitude com a ordem lusitana.

A fundamentação das decisões judiciais parece enquadrar-se na categoria de direito-garantia, uma vez que é individualizável a partir da posição dos interessados na decisão judicial e tutela direitos-direitos e direitos-liberdades variados, a depender do objeto dos processos.

A despeito da importância da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, a categoria não explica todas as consequências jurídicas dos preceitos atinentes à matéria. Assim, a dimensão objetiva manifesta-se nos sentidos valorativo ou funcional a estrutural. Aqui são considerados os efeitos associados aos diversos tipos de

³⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

³¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de direito constitucional. 4ª ed; São Paulo: Saraiva, p. 220.

³¹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais...** *Op. cit.*, p. 112.

garantias (institucionais, funcionais, organizativas e procedimentais), que ampliam as relações jurídicas demarcadas pelos direitos subjetivos particulares, seja por direta determinação dos preceitos constitucionais, seja por irradiação normativa sobre toda a ordem jurídica.

Direitos fundamentais não se esgotam na dimensão subjetiva, na qual são asseguradas posições *jusfundamentais*. Tais direitos apresentam valores objetivos básicos e fins diretivos que condicionam a ação dos poderes públicos. Funcionam como princípios superiores do ordenamento que oferecem os contornos básicos do Estado Constitucional. Portanto, os direitos fundamentais extrapolam a dimensão subjetiva e adquirem conteúdos e funções distintos das vantagens que conferem aos titulares. A par disso, a perspectiva objetiva reforça as normas de direitos fundamentais, sobretudo com as construções doutrinárias e jurisprudenciais que giram em torno do assunto ³¹².

Como explicam Pieroth e Schlink, o Estado não pode fazer uso arbitrário das competências legislativas, administrativas e jurisdicionais, porquanto precisa agir em conformidade com aquilo que os direitos fundamentais permitem. Esses limites ou competências negativas condicionantes da atuação estatal convidam o intérprete a apreciar o assunto sob outra perspectiva: se os direitos subjetivos fundamentais atribuem ao particular margens de decisão que não podem ser violadas, objetivamente impedem que o Estado disponha desses assuntos com discricionariedade ³¹³.

Um dos aspectos mais lembrados da dimensão objetiva é a eficácia irradiante, que oferece parâmetros para a atividade interpretativa da legislação infraconstitucional, com o que se aproxima da técnica da interpretação conforme à constituição. Não obstante, a dimensão objetiva também diz respeito à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ³¹⁴, que tem sido aceita nos países de tradição romano-germânica, apesar dos debates sobre os limites e os critérios da vinculação dos particulares ³¹⁵.

³¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

³¹³ PIEROTH, Bodo; BERNHARD, Schlink. **Direitos Fundamentais...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

³¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11^a ed; São Paulo: Saraiva, 2012. Versão Eletrônica.

³¹⁵ SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. In: A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3^a ed; Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 193 e seguintes.

Reconhece-se que a dimensão objetiva prevê garantias institucionais, conectadas direta ou indiretamente com a dignidade da pessoa humana, mas de subjetivação discutível ³¹⁶. Dimoulis e Martins escrevem que as garantias de organização servem ao propósito de criar e manter instituições que amparem o exercício dos direitos fundamentais, a exemplo da polícia, dos cartórios e dos oficiais de justiça que auxiliam na tutela da propriedade privada. Dimoulis e Martins distinguem as garantias de instituições privadas, tais como o casamento, a família, a propriedade e o direito de constituir associações, que facultam ao indivíduo a exigir do Estado regulamentações jurídicas e medidas materiais que viabilizem o exercício do direito, das garantias de instituições públicas, que contemplam organismos estatais indispensáveis para que os titulares efetivamente exerçam determinados direitos fundamentais ³¹⁷.

Exemplo de como operam as garantias institucionais é o dever estatal de manter estrutura judiciária adequada em todo o território nacional. Seria inútil se o morador de Amazonas tivesse que se dirigir até algum tribunal em Brasília para impetrar *habeas corpus* ³¹⁸. Vieira de Andrade lembra que as garantias institucionais concernem ao complexo-jurídico normativo e não à realidade social em si. Embora vinculem o legislador ordinário, as garantias institucionais admitem espaço maior ou menor de conformação, vedadas, em todo caso, descaracterizações dos núcleos essenciais das instituições ³¹⁹.

As garantias institucionais ou de organização dão o suporte para que se viabilize a fundamentação das decisões judiciais. A instituição dos tribunais de justiça, a regulamentação da capacidade postulatória e a distribuição da jurisdição por meio das regras de competência são alguns dos pressupostos para que as decisões sejam justificadas. A efetivação da fundamentação depende de complexa atividade administrativa.

No mesmo sentido, os deveres de proteção pertencem à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, os quais obrigam o Poder Público a tutelar bens jurídicos de agressões oriundas de particulares e de outros Estados-nações. Diversas medidas incubem ao Estado para que se proteja o indivíduo, tais como proibições, autorizações

³¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

³¹⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos...** *Op. cit.*, p. 59.

³¹⁸ *Idem*.

³¹⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais...** *Op. cit.*, p. 136-137.

e medidas legislativas de natureza penal. Os deveres de proteção são imperativos de tutela dos direitos fundamentais, já que o Estado possui o monopólio da força e a autotutela, em regra, é vedada pelos particulares, o que estabelece obrigações vinculativas que atuam como garantias ³²⁰.

Os deveres de proteção devem orientar todas as atividades estatais, quer administrativas, quer legislativas, com vista a evitar que ações e omissões violem direitos fundamentais. Cabe ao Estado, portanto, prevenir e reprimir agressões a bens jurídicos por intermédio da competência legislativa e da competência material com condutas positivas. Assim, ao lado da tradicional proibição do excesso, a proibição da proteção insuficiente exige que os órgãos públicos assegurem níveis adequados de tutela dos direitos ³²¹.

Novais consigna que há extrema variabilidade no domínio dos deveres estatais de proteção, razão pela qual a identificação de omissões inconstitucionais é tarefa complexa. O problema, continua Novais, não é saber se o Estado poderia ter feito mais para efetivar direitos positivos, mas sim o de saber quando e em que medida a Constituição lhe obrigou a fazer, o que depende das perspectivas políticas de quem avalia e da forma como se dá prioridade aos interesses individuais ou coletivos ³²².

Pieroth e Schlink aduzem que o legislador tem considerável margem de liberdade para efetivar os direitos de proteção, pois a decisão depende de vários fatores, mormente a natureza, a proximidade do perigo e da ponderação entre os interesses públicos e privados em tensão, bem como das medidas e decisões tomadas anteriormente ³²³.

Dessa forma, reconhece-se a violação dos deveres de proteção quando o Poder Público não tiver adotado qualquer medida de proteção ou se as regulamentações adotadas forem completamente inadequadas ou inteiramente insuficientes para o fim colimado ou ficarem muito aquém da proteção que seria necessária ³²⁴. Gilmar Ferreira Mendes acrescenta que o significado objetivo dos direitos fundamentais faz com que o Estado não apenas se abstenha de interferir no âmbito de proteção assegurado mas também de protegê-los contra agressões de

³²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos...** *Op. cit.*, página eletrônica.

³²¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais...** *Op. cit.*, p. 140.

³²² NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes do Estado de Direito**. 1ª ed; Coimbra: Almedina: 2019, p. 174-175.

³²³ PIEROTH, Bodo; BERNHARD, Schlink. **Direitos Fundamentais...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

³²⁴ Idem.

terceiros. Evolui o Estado da posição de inimigo para a posição de guardião dos direitos fundamentais ³²⁵.

Também a fundamentação se associa aos deveres de proteção, uma vez que a atividade jurisdicional, voltada a concretizar direitos fundamentais, depende da demonstração das razões que sustentam a decisão. A justificativa para se acolher ou negar as pretensões depende da exposição argumentativa das regras e princípios que autorizam a coerção pública.

A intensa irradiação dos direitos fundamentais, consigna Vieira de Andrade, reflete-se na organização e nos procedimentos das atividades públicas, pois há direitos que pela natureza, opção, necessidade de fato ou imposição jurídica dependem de procedimentos. O *habeas corpus* é exemplo de direito fundamental procedimental que tem por conteúdo determinado procedimento, que integra a dimensão subjetiva do direito e demanda exigências normativas de segundo grau que traçam as características do rito. Outro exemplo é o direito ao sufrágio, que pressupõe procedimento e organização administrativa ³²⁶.

Sarlet enfatiza que há íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, pois, no mínimo, esses direitos sofrem influência de organizações e procedimentos, ao mesmo tempo em que atuam sobre o direito procedimental e estruturas organizacionais ³²⁷. No entanto, as imposições podem variar de acordo com a natureza dos direitos, já que as normas podem ser necessárias, adequadas ou convenientes, assegurada margem considerável de conformação ao legislador, desde que seja respeitado o conteúdo essencial ou mínimo das normas jusfundamentais ³²⁸.

A fundamentação das decisões judiciais depende de ritos que assegurem a participação das partes, das regras de competência, de sistemas recursais e da definição legal dos requisitos de seu conteúdo. É notória a influência que os procedimentos exercem sobre o ato de fundamentar, sobretudo porque todo procedimento culmina na sentença ou no acórdão que coloca fim ao litígio, cuja manutenção ou desconstituição também depende de elementos procedimentais relacionados aos recursos e à coisa julgada.

³²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e...** *Op. cit.*, p. 121.

³²⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed; Coimbra: Almedina, 2012, p. 141-142.

³²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

³²⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais...** *Op. cit.*, p. 143.

Extraí-se que a fundamentação das decisões judiciais tem funções, características e dimensões próprias dos direitos fundamentais, que serão aprofundadas no Capítulo 3. Importa investigar, doravante, eficácia e a aplicabilidade das normas jusfundamentais, tema que se conecta aos direitos fundamentais, na medida em que é preciso saber quais os pressupostos para se concretizar as posições e garantias subjetivas.

2. 2 Eficácia e Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais: A autoaplicabilidade da fundamentação das decisões judiciais

Geralmente previstos em Constituições, os direitos e garantias fundamentais podem ser invocados contra o Estado ou contra os particulares para que cessem agressões ou para que se efetivem vantagens. O estudo sobre a eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais é essencial para que se analise como e em que medida as disposições constitucionais podem ou não ser aplicadas e concretizadas, entre elas a que prevê a garantia da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, inc. IX). Por certo, convicções sobre justiça, política e filosofia conformam a situação hermenêutica de quem se debruça sobre o assunto, já que toca aspectos principiológicos do Estado, que recebem projeções interpretativas intensamente controvertidas.

Em 1959, Konrad Hesse refletiu sobre as considerações de Ferdinand Lassalle de que a constituição real, composta pelos fatores reais de poder, supera a constituição jurídica, mera folha de papel incapaz de modificar circunstâncias sociais, econômicas ou políticas vigentes. Hesse constatou que ordenação e realidade precisam ser consideradas em sua relação, já que se condicionam de maneira recíproca. Qualquer tentativa de separar rigidamente os ditos elementos, realidade e norma, ser e dever ser, não compreende o problema na totalidade ou ignora o significado da ordem jurídica. O caminho do meio entre o abandono da normatividade em prol das relações fáticas de poder e a normatividade vazia de dados reais é o adequado na temática ³²⁹.

³²⁹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. 1ª ed; Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 13-14.

Ao contrário das Ciências da Natureza, que se ocupam da descrição dos sistemas reais por meio da observação e da experimentação, o Direito é ciência normativa, pertencente às Ciências Sociais, que tem o anseio de atuar sobre a realidade e de transformá-la de acordo com valores e objetivos. Visa o Direito a criar sistemas ideais e a prescrever formas de dever ser, não apenas fazer descrições supostamente neutras de objetos. As normas jurídicas contêm prescrições, mandamentos e determinações que, em termos idealísticos, destinam-se a introduzir a ordem e a justiça na vida social ³³⁰.

Hesse registra que a pretensão de eficácia das normas constitucionais não se confunde com as condições fáticas de sua realização. A Constituição não se limita a expressar apenas o ser das coisas, como se pretendesse fazer cópia servil de determinada realidade; antes, na sua pretensão de eficácia apresenta o dever ser, anseia atuar sobre as circunstâncias de fato, principalmente aquelas de natureza sociais e políticas. Se ordenação e realidade não podem ser separadas também não podem ser confundidas. Importante esclarecer que tais elementos se condicionam mutuamente sem que dependam um do outro. É na pretensão de eficácia que a Constituição ganha força normativa ³³¹.

A força da Constituição baseia-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências de seu tempo, o que permite o seu desenvolvimento e ordenação objetiva. A despeito disso, a força normativa da Constituição não se resume à adaptação à realidade, pois ela se converte em força ativa que pode impor tarefas, desde que os intérpretes estejam dispostos a orientar-se de acordo com as suas disposições. Transforma-se a Constituição em força ativa se for inserida na consciência geral, sobretudo na consciência das autoridades responsáveis pela ordem constitucional. A vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) pode superar a vontade de poder (*Wille zur Macht*) ³³².

Paulo Ricardo Schier assevera que a vontade de Constituição deriva de três vertentes: (a) o reconhecimento da necessidade e do valor de ordem jurídica inquebrantável, que proteja o Estado contra arbítrios desmedidos e disformes; (b) a compreensão de que a ordem demanda constante processo de legitimação; e (c) a

³³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª ed; São Paulo: Saraiva, 2009. Versão Eletrônica.

³³¹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da...** *Op. cit.*, p. 15.

³³² *Ibidem*, p. 19.

constatação de que a ordem não é eficaz sem a presença da vontade humana, que a mantém por atos volitivos ³³³.

Elemento importante da realização da vontade de Constituição é a práxis constitucional, da qual podem ser extraídos três fatores relevantes: (a) a preservação dos princípios constitucionais, ainda que contra interesses particulares momentâneos; (b) regulação ou diminuição de tendências revisionais constantes; e (c) prática hermenêutica-interpretativa adequada, capaz de possibilitar o aprendizado da Constituição jurídica com a realidade que lhe é independente, porém inseparável ³³⁴.

Deflui-se que quanto maior a vontade de Constituição menor a incidência dos fatores reais de poder. A Constituição não deve ser mero pedaço de papel que sucumbe diante das forças reais de poder. Há pressupostos realizáveis que asseguram a força normativa e na falta deles é possível de se cogitar a conversão das questões jurídicas, ligadas aos problemas constitucionais, em questões de poder. Cabe ao Direito Constitucional definir as condições pelas quais as normas podem adquirir a maior eficácia possível. A dogmática e a interpretação constitucional desempenham papéis sensíveis no campo da força normativa, notadamente no que toca à vontade de constituição ³³⁵.

A partir da proposta da força normativa da Constituição, Schier apresenta as seguintes observações: (a) a necessidade de levar-se em conta a Constituição em sentido jurídico, formal, dotada de certa normatividade e vinculatividade; e (b) a necessidade de substituírem-se as noções de Constituição formal e material pela ideia de sistema constitucional ³³⁶.

Em virtude da exigência de respostas corretas, que não se coaduna com a discricionariedade, a integridade no Direito contribui para fomentar a vontade de Constituição. Os juízes e tribunais devem construir as fundamentações com argumentos de princípio que expressam as exigências de justiça e de moralidade inerentes à Lei Maior. Quanto maior a vontade de Constituição, menor a incidência de fatores reais de poder que comprometem a liberdade, a igualdade e outros direitos fundamentais disputados em Juízo.

³³³ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**: Construindo uma nova dogmática jurídica. 1ª ed; Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 74.

³³⁴ *Ibidem*, p. 75.

³³⁵ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da...** *Op. cit.*, p. 27-28.

³³⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional...** *Op. cit.*, p. 76.

Outro elemento vital à eficácia social da constituição é o sentimento constitucional. Conquanto a racionalização, a formalização, e a sistematização sejam indispensáveis ao Direito, o sentimento jurídico tem grande papel na vinculação às disposições constitucionais. A ameaça de sanção não é o único recurso apto a induzir comportamentos, pois o sentimento de pertença ao projeto comum do grupo social e a crença na justiça e na equidade do ordenamento vigente contribuem para que se observem as normas produzidas ³³⁷.

Há diferenças entre ter Constituição e estar em Constituição. Ter constituição expressa a existência de “Código fundamental sistemático” comprometido com os valores da liberdade, da justiça, da igualdade, do pluralismo político e da dignidade da pessoa humana. Já estar em Constituição quer dizer viver em ambiente constitucional em que a ordem de valores culturalmente presentes seja vivida em sociedade, não se limite à ordem normativa posta. A Constituição normativa deve ser formal e materialmente constitucional, além de efetivamente vivida e defendida pela comunidade. Na falta desses predicados, há Constituição meramente nominal – carente de eficácia, apesar de formal e materialmente adequada – ou semântica – utensílio de reprodução do poder de fato que se dissimula com características constitucionais formais ³³⁸.

No que toca à fundamentação das decisões judiciais, o sentimento constitucional reforça a normatividade da Constituição por veicular compromissos dos juízes e dos tribunais com valores importantes da democracia brasileira, incorporados como regras e princípios, que influenciam a interpretação da ordem constitucional vigente. Afastam-se as tendências de introdução das constituições nominais e semânticas, passíveis de afetarem as práticas dos juízes e dos tribunais, que reafirmam a dominação por não limitarem a coação pública.

Na mesma esteira, o patriotismo constitucional é elemento vital para a eficácia social da Constituição e consubstancia-se em ideia normativa de que o vínculo político não deve se relacionar com a cultura nacional ou com a comunidade global de seres humanos, mas sim com as normas, os valores e os procedimentos da Constituição democrática e liberal ³³⁹. Em sociedades pluralistas, a integração dos indivíduos é

³³⁷ BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Elemento Vital e Garantia Interna da Constituição**: Vontade de constituição, sentimento constitucional e patriotismo constitucional. Direito, Estado e Sociedade, nº 58, jan.-jun., Rio de Janeiro, 2020, p. 10-11.

³³⁸ *Ibidem*, p. 13-14.

³³⁹ *Ibidem*, p. 18.

garantida pela cultura política comum fundamentada em interpretações de princípios constitucionais. Tais princípios constituem o ponto de referência do patriotismo constitucional de pessoas livres e iguais. O teor ético do referido patriotismo desperta a sensibilidade em relação às diversas formas de vida coexistentes em sociedades multiculturais, cujos consensos se relacionam aos procedimentos e ao exercício legítimo do poder e não aos valores ³⁴⁰.

O patriotismo constitucional, ao contrário da vontade de constituição e do sentimento constitucional, que versam sobre a vinculação do sujeito à ordem constitucional, está ligado à integração pela Constituição, isto é, à consciência de pertencimento ao Estado. O sentimento de lealdade às instituições motiva-se pela oposição aos movimentos antidemocráticos. Diferentes indivíduos, com visões de mundos discrepantes, integram-se na cultura política comum sem abandonar as identidades ético-culturais ³⁴¹.

Principalmente no contexto da jurisdição constitucional, o patriotismo constitucional deve impedir que as decisões sejam fundamentadas com elementos estranhos aos princípios da democracia liberal. Evita-se o emprego de noções inerentes à cultura nacional ou à comunidade global, mesmo que apoiadas pela maior parte da população, na fiscalização dos atos normativos submetidos ao controle do Poder Judiciário. O patriotismo reafirma os ideais normativos que asseguram a igualdade no pluralismo, que seria comprometida caso certas mundividências ditassem o resultado dos julgamentos.

Assim, as temáticas da força normativa da Constituição, do sentimento constitucional e do patriotismo constitucional relacionam-se com a eficácia e com a aplicabilidade das normas constitucionais. Importa investigar como e em que medida tais normas podem ou não ser aplicadas, sobretudo as que veiculam direitos fundamentais, que se impõem como parâmetros de legitimidade e razão de ser dos provimentos estatais em sentido amplo.

Contudo, antes, é preciso distinguir os planos da vigência, da legitimidade e da eficácia, condições de aplicabilidade das normas constitucionais. José Afonso da Silva explica que a vigência significa que “a norma foi regularmente promulgada e

³⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **A Luta Por Reconhecimento no Estado Democrático de Direito**. In: HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: Estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 254.

³⁴¹ BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Elemento Vital e...** *Op. cit.*, p. 22-28.

publicada, com a condição de entrar em vigor em determinada data” ³⁴². Em outras palavras, a vigência é a qualidade que faz da norma juridicamente existente e que torna a sua observância obrigatória ³⁴³.

Legitimidade, por sua vez, é a qualidade da norma que se conforma formal e materialmente às disposições constitucionais. Quanto à Constituição, por se tratar da norma de estatura mais elevada, não busca fundamento de validade em outros atos normativos ³⁴⁴. Apesar de o poder constituinte originário ser ilimitado do ponto de vista jurídico, alude-se ao princípio da proibição do retrocesso como fator importante na legitimação da ordem jurídica ³⁴⁵.

A eficácia é condição da aplicabilidade, uma vez que são fenômenos conexos. Quando a norma não reúne todos os requisitos para a sua aplicação padece de eficácia e não apresenta aplicabilidade. A despeito das divergências doutrinárias, José Afonso da Silva elaborou classificação que se tornou tradicional no direito brasileiro, segundo a qual as normas constitucionais se dividem em normas de eficácia imediata, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada ³⁴⁶.

As normas de eficácia imediata são as que produzem ou têm a possibilidade de produzirem todos os efeitos necessários a regular os interesses, comportamentos e situações contemplados pelo constituinte ³⁴⁷. Trata-se de normas autoaplicáveis que têm todos os elementos necessários à autoexecutoriedade, pelo que dispensam intermediações do legislador ³⁴⁸. Muitas dessas normas estabelecem direitos fundamentais aos cidadãos, que têm a possibilidade de exigir a sua aplicação forçada aos destinatários. Luís Roberto Barroso, apesar de utilizar a expressão normas constitucionais definidoras de direitos, entende que tais normas dão aos titulares “situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializadas em prestações positivas ou negativas” ³⁴⁹.

³⁴² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª ed; São Paulo: Malheiros, 2009, p. 52.

³⁴³ *Idem*.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 55.

³⁴⁵ MALISKA, Marcos Augusto. **Há Limites Materiais...** *Op. cit.*, p. 261.

³⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas** ... *Op. cit.*, p. 60.

³⁴⁷ Define José Afonso da Silva as normas de eficácia plena como “aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular” (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas...** *Op. cit.*, p. 101).

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 102.

³⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 9ª ed; Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 101.

As normas de eficácia contida são aquelas que, a despeito de produzirem efeitos desde a promulgação da constituição, por terem os meios necessários para regularem as matérias que lhes são inerentes, podem ter a eficácia restringida pelo legislador ordinário ³⁵⁰. Limitações constitucionalmente admitidas podem restringir o alcance das normas, como a ordem, a segurança pública, a defesa nacional e a integridade nacional ³⁵¹.

As normas de eficácia limitada, por fim, dividem-se entre aquelas de princípio institutivo e de princípio programático. As primeiras limitam-se a traçar esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades e institutos a serem observadas pelo legislador ³⁵². Uma das características das normas de princípio constitutivo está no apelo que fazem para que o legislador lhes dê eficácia e aplicabilidade ³⁵³. As segundas, por seu turno, estabelecem programas voltados à realização de fins sociais do Estado ³⁵⁴. Traduzem o compromisso entre as políticas liberais e as reivindicações populares de justiça social e tencionam efetivar a democracia substancial ³⁵⁵.

As normas de eficácia limitada, embora demandem interposição legislativa para que ganhem plena força, produzem alguns efeitos. José Afonso da Silva destaca que em alguns casos a espécie produz efeitos imediatos, direitos e vinculantes, quando: (a) impõe deveres ao legislador ordinário; (b) condiciona a legislação futura e servem de parâmetro ao controle de constitucionalidade; (c) informa a concepção de Estado e sociedade porque inspiram a ordem jurídico; (d) cumpre função interpretativa e integrativa do ordenamento; (e) condiciona a atividade discricionária da Administração Pública; e (f) cria situações jurídicas de vantagem ou de desvantagem nas hipóteses em que o legislador ignora os princípios institutivos ou

³⁵⁰ José Afonso da Silva assim conceitua as normas de eficácia contida: “são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem de atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados” (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas...** *Op. cit.*, p. 116).

³⁵¹ *Idem*.

³⁵² José Afonso da Silva define as normas de princípio institutivo: “aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei” (*Ibidem*, p. 126).

³⁵³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas...** *Op. cit.*, p.123.

³⁵⁴ José Afonso da Silva define as normas de princípio programático da seguinte forma: “aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativo, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado” (*Ibidem*, p. 138).

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 156.

programáticos, nas quais os interessados têm a prerrogativa de impugnarem os atos legislativos judicialmente ³⁵⁶.

As classificações variam na literatura especializada e geram muitos debates. George Marmelstein, a propósito, critica a tipologia elaborada por José Afonso da Silva, com o argumento de que todas as normas podem demandar medidas legislativas ou materiais para que tenham eficácia adequada, em virtude dos deveres de proteção do Estado, e que todas elas, caso não atendidas, geram omissões inconstitucionais. Mesmo as normas de aplicabilidade imediata, que consagram as clássicas liberdades negativas, impõem aos órgãos públicos a tomada de providências para que se obtenham resultados satisfatórios, a exemplo da igualdade que, para além do mandamento de não discriminação, pede combate institucional do preconceito e medidas afirmativas ³⁵⁷.

Com os direitos e garantias fundamentais não é diferente. Uma das inovações mais significativas da Constituição de 1988, o § 1º do art. 5º prevê que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. Wilson Steinmetz observa que as práticas interpretativas convergem no sentido de que o preceito é vinculativo e impõe o dever de respeito, proteção e realização aos direitos e garantias individuais, que não são meras recomendações sujeitas ao poder discricionário do Poder Público. A par disso, afirma-se que os direitos e garantias fundamentais não se condicionam, necessariamente, à existência de lei regulamentadora ³⁵⁸.

Steinmetz, contudo, aponta duas questões discutidas na literatura especializada sobre o assunto. A primeira procura responder se o § 1º do art. 5º fundamenta a aplicação imediata de qualquer direito ou garantia fundamental, independentemente da forma de enunciação ou da natureza. A segunda investiga se o referido dispositivo incide somente sobre os direitos e garantias do art. 5º ou se abrange os demais direitos e garantias do catálogo e até mesmo os enunciados previstos fora dele ³⁵⁹. A relevância dessa discussão consiste em saber se a

³⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas...** *Op. cit.*, 173-174.

³⁵⁷ MARMELESTEIN, George. **A Eficácia Incompleta das Normas Constitucionais**: Desfazendo um mal-entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. v. 20 n. 20, jul./dez. 2016, p. 184.

³⁵⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. **O Dever de Aplicação Imediata de Direitos e Garantias Fundamentais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas Interpretações da Literatura Especializada**. XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza – CE. 2010, p. 4.491.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 4.491.

fundamentação das decisões judiciais pode ou não ser aplicada imediatamente ou em que medida pode ser exigida pelos interessados.

A respeito da primeira questão levantada, Steinmetz elenca quatro interpretações que variam de acordo com o alcance dado pelos autores ao preceito do § 1º do art. 5º da Constituição. Entre os que sustentam interpretações minimalistas, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que nem todo o direito fundamental goza aplicabilidade imediata. O mandado de injunção (art. 5º, inc. LXXI, CF) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CF) comprovariam a tese de que há normas despidas dessa qualidade. Somente as normas suficientemente precisas têm plenitude de eficácia. Segundo essa leitura, o § 1º do art. 5º precisa ser associado aos instrumentos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão para combater a ineficácia das normas de direitos e garantias fundamentais ³⁶⁰.

Em sentido oposto, Eros Roberto Grau, com viés maximalista, entende que os direitos e garantias fundamentais, por força do § 1º do art. 5º, têm aplicabilidade imediata, independentemente de leis ou atos administrativos posteriores. Aos Poderes Públicos, sobretudo ao Poder Judiciário, caberia o dever de colmatar as lacunas, até mesmo com inovações no ordenamento jurídico ³⁶¹.

Por sua vez, Celso Ribeiro Bastos refuta tanto a interpretação restrita quanto a interpretação ampla do § 1º do art. 5º. A proposta intermediária advogada parte da premissa de que as normas de direitos fundamentais são aplicáveis de imediato na medida do possível. Em regra, as normas jusfundamentais possuem aplicabilidade imediata, exceto nas hipóteses em que a própria Lei Maior condicionar o direito ou a garantia à vigência de lei específica ou o vazio semântico, em caso de aplicação, transformar o juiz em legislador ³⁶². José Afonso da Silva, em sentido semelhante, entende que os direitos e garantias individuais são aplicáveis dentro das condições oferecidas pelas instituições ³⁶³.

³⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 3ª ed; São Paulo: Saraiva, 2000, p. 314-315.

³⁶¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3ª ed; São Paulo: Malheiros, 1997, p. 312-324.

³⁶² BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 392-393.

³⁶³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas...** *Op. cit.*, p. 165.

Já Sarlet entende que o § 1º do art. 5º tem natureza principiológica ³⁶⁴, compreendido segundo a doutrina de Robert Alexy, para quem princípios são mandados de otimização que devem ser realizados nas possibilidades fáticas e jurídicas existentes ³⁶⁵. Sarlet destaca que o Estado deve atribuir máxima eficácia possível aos direitos fundamentais e que tais direitos possuem presunção de aplicabilidade imediata, que somente pode ser infirmada mediante justificações pertinentes. As normas jusfundamentais teriam a eficácia e aplicabilidade graduadas conforme as suas características ³⁶⁶.

Em contrapartida, Steinmetz memora que o § 1º do art. 5º da Constituição do Brasil inspira-se na Constituição da República Portuguesa de 1976, que recebeu influência da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, ao prever a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais. Steinmetz emprega as conclusões dos trabalhos de alguns autores portugueses ao analisar o assunto, que se resumem às noções de que os direitos e garantias fundamentais veiculam verdadeiras normas jurídicas, dotadas de aplicabilidade e eficácia, capazes de vincular imediatamente os Poderes Públicos. Não se trata de simples normas programáticas ou ordens para a produção de outras normas ³⁶⁷.

Prossegue Steinmetz com o argumento de que os direitos e garantias fundamentais, ao contrário do que sugere o § 1º do art. 5º, não possuem aplicação imediata com plenitude de efeitos em todas as situações. Isso porque o próprio constituinte originário estipulou o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CF) para combater as omissões inconstitucionais ³⁶⁸. Em outras palavras, a ordem constitucional reconhece que alguns direitos e garantias fundamentais não produzem todos os efeitos possíveis sem a intermediação legislativa ³⁶⁹.

Admite-se, no entanto, que as normas jusfundamentais, ainda que sem regulamentações, sirvam de parâmetro ao controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos, bem como das decisões judiciais que lhes sejam contrárias. A par disso, Steinmetz recorda a doutrina de Reis Novais ³⁷⁰, no sentido de que os

³⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

³⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed; São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

³⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

³⁶⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. **O Dever de...** *Op. cit.*, p. 4.492.

³⁶⁸ *Idem*.

³⁶⁹ *Idem*.

³⁷⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais...** *Op. cit.*, p. 49-50.

direitos e garantias fundamentais subordinam-se à reserva geral imane de ponderação em casos de colisões, hipóteses em que ocorrem as cedências recíprocas que impedem a interpretação de que o § 1º do art. 5º encerra norma de aplicação absoluta ³⁷¹.

Nesse quadro, o estado da arte sobre o dever de aplicação imediata dos direitos e garantias individuais demonstra que há posições minimalistas, maximalistas e intermediárias. O consenso na disputa do significado do § 1º do art. 5º limita-se à ideia de que todos os direitos e garantias fundamentais produzem ao menos alguns efeitos por si sós. Contudo, os posicionamentos não podem ser integralmente adotados para os fins deste trabalho, que pretende se guiar pelo pensamento dworkiniano, pelo que se propõe releitura que garanta a tais direitos a qualidade de verdadeiros trunfos contra arbítrios.

A interpretação minimalista restringe demasiadamente a eficácia dos direitos e garantias fundamentais. O § 1º do art. 5º parece exigir que as normas jusfundamentais sejam aplicadas na maior medida possível. Remeter ao legislador infraconstitucional toda a matéria que não venha pormenorizadamente disciplinada na Constituição de 1988, a qual foi escrita com linguagem mais abstrata para possibilitar as atualizações de sentido necessárias ao longo do tempo, enfraquece os limites constitucionais aos poderes do Estado.

Outrossim, embora a tese de que todos os direitos e garantias fundamentais podem ser aplicados imediatamente pareça ser atraente, mesmo quando o texto constitucional indique a necessidade de intermediação do legislador infraconstitucional ou as características dos dispositivos clamem por complementações futuras, sobretudo pela amplitude que atribui às normas jusfundamentais, o que parece ser apoiado pela ideia da máxima efetividade, há razões que desaconselham a interpretação maximalista.

Primeiro, o próprio constituinte originário estipulou as garantias do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão para se combater a ineficácia das normas constitucionais provocada pela inércia dos agentes públicos (Steinmetz). Segundo, a interpretação maximalista separa a parte do todo ao ignorar as referidas garantias, o que viola o princípio da unidade da constituição, o qual pede que se desenvolvam atividades interpretativas que deem tratamento sistemático às

³⁷¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. **O Dever de...** *Op. cit.*, p. 4.493.

regras e princípios nela contidos, a fim de evitar-se o paradoxo das normas constitucionais inconstitucionais. Terceiro, todas as normas constitucionais produzem os efeitos mínimos de invalidarem ou reformarem leis, atos administrativos ou decisões que lhes sejam contrários.

A proposta de Sarlet de reconhecer presunção de autoaplicabilidade aos direitos e garantias fundamentais supera as posições extremadas. No entanto, Sarlet entende que o § 1º do art. 5º encerra norma principiológica³⁷², que deve ser realizada na maior medida possível, conforme o pensamento de Robert Alexy³⁷³. Em Dworkin, princípios não são mandados de otimização, mas exigências da moralidade política que inclinam a decisão em um sentido ou em outro³⁷⁴.

À vista disso, propõe-se que a garantia da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais têm o escopo de subtraí-los das deliberações majoritárias do Congresso Nacional para que preservem a função de trunfos na maior medida possível, sem que se exclua a necessidade de edição de leis ou atos administrativos em alguns casos, até mesmo em decorrência dos deveres de proteção. A tese de que tais normas se presumem autoaplicáveis evita extremismos e impõe ônus argumentativo contra quem entende que a aplicação imediata é inviável em casos concretos.

Acrescente-se, ainda, que a necessidade de lei não obsta todos os efeitos dos direitos e garantias fundamentais, que em maior ou menor medida continuam a ser aplicáveis. Além disso, a missão que a Constituição deixou ao legislador infraconstitucional de regulamentar alguns dispositivos pela natureza que apresentam ou pela necessidade de se protegerem direitos concorrentes permite que o povo decida algumas matérias por meio dos representantes eleitos democraticamente, nos limites das leis e da Constituição Federal, pelo que se reforça o princípio da equidade ao dar à população a faculdade de definir o alcance de algumas normas constitucionais, ressalvado o controle preventivo e repressivo em casos de inconstitucionalidades.

A garantia da fundamentação, portanto, parece ser autoaplicável, até mesmo porque nunca se levantaram questionamentos sobre a eficácia e a aplicabilidade do inc. IX do art. 93 da Constituição Federal. A disciplina infraconstitucional da matéria

³⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

³⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** *Op. cit.*, p. 90.

³⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos...** *Op. cit.*, p. 35-36.

somente reforça a obrigatoriedade da fundamentação e estabelece alguns critérios a serem observados.

O segundo problema encontra resposta praticamente unânime na doutrina especializada. Steinmetz afirma que quase todos os autores concordam que o § 1º do art. 5º aplica-se aos direitos e garantias fundamentais previstos dentro e fora do Título II da Constituição Federal ³⁷⁵.

Em sentido contrário, João Pedro Gebran Neto adota interpretação extensiva quanto à eficácia (interpretação maximalista) ao afirmar que os direitos e garantias fundamentais se aplicam imediatamente e que cabe ao Poder Judiciário suprir as lacunas decorrentes da inércia do legislador. No entanto, sustenta interpretação restritiva quanto ao alcance do dispositivo em análise, com o argumento de que somente as normas jusfundamentais do art. 5º e dos respectivos incisos são autoaplicáveis ³⁷⁶.

Segundo Gebran Neto, os direitos e garantias dotados de fundamentalidade previstos fora do catálogo demandam mandado de injunção caso não sejam imediatamente aplicáveis pelas características que receberam no momento da positivação. O autor justifica a interpretação restritiva quanto ao alcance com base na posição topográfica e na ideia de que o constituinte originário disse mais do que teria pretendido e que, na verdade, procurava apenas dar plena aplicabilidade aos direitos e garantias do art. 5º e dos incisos ³⁷⁷.

Sarlet refuta a interpretação restritiva quanto ao alcance da norma do § 1º do art. 5º. Para o autor, embora a posição topográfica sugira que somente os direitos individuais e coletivos foram dotados de autoaplicabilidade, o dispositivo utiliza a expressão genérica “direitos e garantias fundamentais”, idêntica àquela do Título II da Constituição Federal. A invocada vontade do constituinte, que lembra o originalismo, parece ter sido inadequada para restringir o § 1º do art. 5º às posições constantes no catálogo específico ³⁷⁸.

Com efeito, a abrangência dos direitos e garantias fundamentais não deve ser restringida a partir de critérios topográficos ou originalistas. A interpretação construtiva impõe ao intérprete o dever de relevar as práticas em sua melhor luz, com base em

³⁷⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. **O Dever de Aplicação...** *Op. cit.*, p. 4.494.

³⁷⁶ GEBRAN NETO, João Pedro. **A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais:** A busca de uma exegese emancipatória. 1ª ed; São Paulo: Saraiva, 2002, p. 158-159.

³⁷⁷ *Idem*.

³⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

princípios de moralidade política. Direitos e garantias fundamentais relacionam-se com a dignidade da pessoa humana porque reforçam a ideia de que todos merecem igual respeito e consideração. Se há direitos e garantias fundamentais fora do catálogo – tema que será examinado a seguir – a negação da autoaplicabilidade às posições passíveis de serem imediatamente exigidas pelos titulares pelo simples fato de estarem previstas em determinados trechos da Lei Maior consubstancia-se em distinção arbitrária.

Nesse contexto, o § 1º do art. 5º da Constituição da República institui presunção de aplicabilidade imediata em favor dos direitos e garantias individuais, a qual somente pode ser infirmada com justificações pertinentes, além de abranger disposições previstas fora do catálogo específico que consagra as posições e garantias jusfundamentais, entre elas, a fundamentação das decisões judiciais, cujo conteúdo será examinado no Capítulo 3.

Como ficou explícita a posição de que há direitos e garantias fundamentais ao longo de todo o texto constitucional, agora é chegado o momento de explorar o § 2º do art. 5º da Constituição da República, sobretudo os critérios de identificação de normas dotadas de fundamentalidade, a fim de descobrir se a fundamentação das decisões judiciais, prevista no Título IV, pode ou não ser considerada direito fundamental.

2. 3 Abertura Material do Catálogo e Critérios de Identificação de Direitos Fundamentais

Resultado de amplo debate democrático, o catálogo dos direitos fundamentais da Constituição da República de 1988 marca a redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar. As eleições livres da Assembleia Nacional Constituinte reuniram variadas propostas, de diversas matizes, em processo de intensa participação popular. O caráter analítico, pluralístico, programático e dirigente do documento revela-se na extensão do seu texto, na conciliação de ideias antagônicas e nos vários dispositivos que instituem fins ou programas carecedores de regulamentação do legislador infraconstitucional ³⁷⁹.

O contexto social e político da promulgação da Constituição explica a reação do constituinte, que, no exercício da representação do povo, pretendeu romper com o

³⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

autoritarismo precedente. Algumas escolhas exemplificam bem o posicionamento adotado em 1988. A posição dos princípios do Estado, incorporados logo no início da Constituição, denota a opção pela tutela da pessoa, principalmente dos marginalizados e historicamente oprimidos ³⁸⁰. Também os direitos fundamentais, gravados no início do documento alinham-se à tendência do constitucionalismo contemporâneo e traduzem maior rigor lógico, pois consagram parâmetros hermenêuticos e indicam os valores da ordem jurídica ³⁸¹.

Os direitos e garantias fundamentais receberam proteção especial por serem considerados cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inc. IV), qualidade que impede restrições ou supressões e contribui para a formação do núcleo identitário ou essencial da Constituição. Embora o tratamento da matéria intensifique a tensão entre constitucionalismo e democracia, é compreensível a opção do constituinte, que buscou superar as práticas típicas do estado de exceção da ditadura militar, garantir alguns direitos incorporados ao patrimônio civilizatório nacional e estabelecer direitos sociais e normas programáticas emancipatórias ³⁸².

Outrossim, os direitos sociais integram as cláusulas de pedra da ordem constitucional de 1998. Apesar de a redação do inc. IV do § 4º do art. 60 mencionar somente os “direitos e garantias individuais”, a interpretação literal não é a mais adequada ao assunto. A Constituição instituiu Estado Democrático e Social de Direito ao adotar princípios e objetivos fundamentais que estabelecem, entre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a construção de sociedade livre, justa e igualitária e a erradicação da pobreza. Tais direitos, por certo, fazem parte da identidade da ordem jurídica vigente ³⁸³.

A redemocratização do País representou a possibilidade efetiva de concretização de anseios de vida digna esquecidos durante o período de exceção anterior ao advento da Constituição de 1988. Assim, o compromisso com a democracia e com os direitos fundamentais viabilizaram o Estado Democrático e

³⁸⁰ SILVA, Simon Riemann Costa e. **Da Redemocratização do Brasil Através das Constituições de 1946 e 1988**. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, ano 13, nº 26. Segundo semestre de 2011, p. 204.

³⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

³⁸² SCHIER, Paulo Ricardo. **Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia**: Campo de tensão. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 6, 2009, p. 4-5.

³⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos e Garantias Sociais Como Cláusulas Pétreas**. Cadernos de Direito. v. 3, n. 5 (2003), p. 91.

Social de Direito ³⁸⁴, dotado de mecanismos aptos a superar problemas sensíveis e a construir novas realidades sociais.

O amplo rol de direitos fundamentais previsto na ordem constitucional de 1998 incute a crença precipitada de que o constituinte contemplou todos os direitos exaustivamente, dado o extenso e detalhado tratamento dispensado à matéria. No entanto, a própria Constituição de 1998 consagra a ideia de abertura ao destacar que os direitos e garantias expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º).

Ao mesmo tempo em que a abertura da Lei Fundamental assegura tutela mais ampla à pessoa humana, com referenciais a direitos e garantias diversos, impõe sobre o intérprete a tarefa de identificá-los e de justificá-los em consonância com o sistema dos direitos fundamentais. É preciso, portanto, que se busquem critérios sólidos para que a proteção idealizada ganhe tratamento adequado e que se evite o erro da fundamentalização desmedida.

O inc. IX do art. 93 da Constituição da República localiza-se fora do catálogo de direitos e garantias fundamentais. Para se construir a fundamentalidade da garantia, é preciso explorar a cláusula de abertura do respectivo catálogo e apontar parâmetros de identificação de normas jusfundamentais ao longo de todo o texto constitucional e em instrumentos normativos diversos.

A cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, expressa no § 2º do art. 5º, permite o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais para além do catálogo específico, constante no Título II da Constituição. O dispositivo possibilita a construção de conceito material de direitos fundamentais, calcado em valores e princípios ligados à Constituição e ao senso jurídico coletivo, independentemente da vontade do constituinte, que estabeleceu os formalmente fundamentais ³⁸⁵.

Jorge Miranda diferencia os direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material. Para o Lusitano, os primeiros seriam as posições jurídicas referentes à pessoa humana previstas na Constituição, ainda que fora do catálogo específico, protegidas como cláusulas pétreas, que atraem para si limitações e procedimentos mais dificultosos de alteração. Já os segundos seriam os decorrentes da lei e das

³⁸⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**: A efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008, p. 175.

³⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos...** *Op. cit.*, livro eletrônico. .

regras do Direito Internacional, que não recebem a mesma proteção e fiscalização dos primeiros, mas que exercem funções idênticas ³⁸⁶. Avulta a relevância do conceito material para análise da cláusula de abertura dos direitos fundamentais, a partir do qual se identificam quais posições merecem ou não receber proteção especial ³⁸⁷.

Questão controversa consiste em saber se todos os direitos fundamentais formais também podem ser reputados materiais ³⁸⁸. Vieira de Andrade entende que o critério material tem peso decisivo no assunto, já que no próprio catálogo há preceitos que não versam sobre conteúdos próprios dos direitos fundamentais ³⁸⁹. Jorge Miranda, por sua vez, sustenta que todos os direitos em sentido formal o são em sentido material ³⁹⁰.

Tanto os direitos individuais quanto os direitos sociais estão recobertos pela cláusula de abertura. Algumas razões aconselham a interpretação que contempla ambas as espécies jusfundamentais. A expressão literal do § 2º do art. 5º, que prevê “direitos e garantias expressos nesta Constituição”, não diferencia as clássicas liberdades públicas dos direitos prestacionais. Inspira-se a Lei Maior no constitucionalismo do segundo pós-guerra, cujas origens remontam à Constituição Mexicana, de 1917, e à Constituição de Weimar, de 1919. Não obstante, reconhece-se fundamentalidade dos direitos sociais em âmbito internacional e a mera localização da referida cláusula – capítulo I do Título II – não prevalece sobre a interpretação que busca melhor revelar finalidade do dispositivo ³⁹¹.

A Constituição permite o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais positivadas fora do respectivo catálogo, a despeito do conteúdo preponderantemente negativo ou positivo que expressem. Um dos propósitos da abertura é o de assegurar a atualidade do sistema constitucional de direitos fundamentais, que correria o risco de se tornar anacrônico se fosse hermético e não adaptável às mudanças dos tempos

³⁸⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo IV**. 4ª ed; Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 143.

³⁸⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. 1ª ed; Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 48.

³⁸⁸ MELO, Juliane Andréa de Hey; BONATO, Ariadne da Silveira. **Cláusula de Abertura dos Direitos Fundamentais e Status Hierárquico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. Revista Direitos Humanos e Democracia. ano 5, n. 9, jan./jun., 2017, p. 283-284.

³⁸⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais...** *Op. cit.*, p. 77.

³⁹⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito...** *Op. cit.*, p. 9.

³⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

³⁹². É nesse sentido que a cláusula de abertura preserva as posições jusfundamentais, que se ressignificam com as gerações que as vivem de formas diversas.

De toda sorte, a abertura material do catálogo relaciona-se com a historicidade dos direitos fundamentais, frutos de construções humanas influenciadas por fatores políticos, culturais, sociais e econômicos. As características do mundo globalizado demonstram que róis fixos seriam incapazes de tutelar a pessoa humana das potenciais violações de agentes estatais ou particulares, em razão dos problemas novos e complexos que se impõem. Daí por que o catálogo de direitos fundamentais não tem caráter taxativo ou exaustivo ³⁹³.

A abertura proporcionada pelo § 2º do art. 5º contribui para que se obtenham as qualidades da integração e da adequação, essenciais ao funcionamento do sistema de direitos fundamentais. A primeira busca colmatar as lacunas com novos direitos que surgem com as transformações sociais ou com direitos que não representam novidade, mas que não foram incorporados ao ordenamento por motivos variados. Já a segunda procura atualizar as regulações de direitos existentes, a fim de adequá-las às novas situações da vida ³⁹⁴.

Dessa forma, a utilidade da norma é manifesta por intensificar a proteção da pessoa humana com o reconhecimento de direitos fundamentais que extrapolam o respectivo catálogo. Afasta-se, com isso, qualquer pretensão de se limitarem posições jusfundamentais em róis fechados, de impedir o diálogo com as fontes internacionais ou de restringir a atividade jurisdicional à perspectiva semântica, textualista ou vinculada à intenção do constituinte.

Importa expor alguns critérios de identificação e de construção de direitos fundamentais elencados pela doutrina especializada. Sem parâmetros bem definidos de pesquisa se corre o risco de fundamentalização excessiva de dispositivos constitucionais, já que todos, ao menos indiretamente, são caros à pessoa humana, com o que se fortaleceria a tensão entre Direito e Democracia, dado o regime especial de proteção que gozam tais direitos (art. 60, § 4º). Não obstante, há o risco de serem negligenciadas posições importantes que fazem jus ao regime diferenciado que as

³⁹² DOBROWOLSKI, Sílvio. **Direitos Fundamentais**: A cláusula de expansão do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1998. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, n. 13, 21 jul. 2006, p. 10.

³⁹³ SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Direitos Fundamentais Atípicos**. 1ª ed; Salvador: JusPodivm, 2017, p. 63.

³⁹⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os Direitos Fundamentais Atípicos**. 1ª; Lisboa: Aequitas, 1995, p. 72-74.

protegem da atividade erosiva do legislador, caso a busca não seja informada por determinados padrões.

Ao tratar do assunto, Sarlet afirma que os critérios da importância e do conteúdo são necessários para que se identifiquem direitos fundamentais fora do respectivo catálogo. A analogia entre os direitos formais e materiais é importante porque entre eles deve haver certa semelhança de conteúdo. Ademais, o constituinte elege posições axiologicamente relevantes para lhes colocar acima dos interesses transitórios de eventuais maiorias. Nem todo dispositivo merece receber o regime diferenciado dos direitos fundamentais ³⁹⁵.

Quanto ao conteúdo, Vieira de Andrade elenca critérios para se identificar o domínio dos direitos fundamentais. Um dos aspectos marcantes é o radical subjetivo, traduzido em posições jurídicas subjetivas fundamentais e atribuíveis a todos os indivíduos ou a categorias de indivíduos. Outro ponto importante gira em torno das funções dos direitos fundamentais, voltadas a proteger ou garantir determinados bens jurídicos da pessoa e posições ou conteúdos de suas posições essenciais ou primárias na sociedade. Além disso, os direitos fundamentais expressam a ideia de humanidade na dignidade da pessoa ³⁹⁶.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana parte do pressuposto filosófico de que o “toda pessoa” tem valor intrínseco em si, do que defluem duas consequências: a primeira de que ninguém deve ser instrumentalizado para a realização de metas coletivas ou projetos de outros; e a segunda de que o Estado existe para o indivíduo e não o contrário ³⁹⁷. A autonomia, portanto, é o elemento ético da dignidade da pessoa humana que lhe permite conduzir a própria vida com responsabilidade pelas escolhas exercidas ³⁹⁸.

Do ponto de vista jurídico, a dignidade da pessoa humana consagra as autonomias privada e pública. Privada no sentido de que ao indivíduo são assegurados espaço de autodeterminação livre de ingerências externas ilegítimas e condições para a autodeterminação, decorrentes da igualdade material. Pública no sentido de que garante ao sujeito a participação nos processos democráticos e a

³⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos...** *Op. cit.*, livro eletrônico..

³⁹⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais...** *Op. cit.*, p. 79.

³⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa...** *Op. cit.*, p. 23-24.

³⁹⁸ BRUGGER, Winfried. A Pessoa Humana dos Direitos Humanos. In: **Cadernos de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, 5, jan./dez. 2005, p. 255-270.

influência nas deliberações tomadas. A par disso, o mínimo existencial é *conditio sine qua non* dos direitos individuais e políticos ³⁹⁹ ⁴⁰⁰.

Observe-se que tanto a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais quanto a dimensão objetiva tutelam a dignidade da pessoa humana. É que sem garantias institucionais ou deveres de proteção atribuídos ao Estado as posições, faculdades e vantagens subjetivas são insuscetíveis de fruição efetiva. Além disso, os deveres constitucionais realçam a posição de corresponsabilidade dos indivíduos na manutenção da democracia e das instituições ⁴⁰¹.

Novais destaca que a dignidade da pessoa humana cumpre várias funções importantes no ordenamento, entre elas a de fonte de reconhecimento de outros direitos fora do catálogo, justamente em razão das cláusulas abertas e dos direitos não enumerados ⁴⁰². De fato, o princípio em questão é diretriz material para se identificarem direitos implícitos ou positivados fora do catálogo de direitos, pois as posições jusfundamentais guardam, em regra, relações próximas com o seu conteúdo. Dada a polissemia do conceito de dignidade da pessoa humana, cabe ao intérprete, insista-se, a advertência para não incorrer no erro de fundamentalizar qualquer dispositivo constitucional ⁴⁰³. A preocupação em não se banalizarem os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana é relevante. Afinal, a invocação despropositada dessas categorias tende a enfraquecer os papéis importantes que desempenham na limitação e na justificação do poder estatal.

No que diz respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição, mas fora do catálogo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a anterioridade nonagesimal, prevista na alínea “b” do inc. III do art. 150 da Lei Maior, é dotada de fundamentalidade, pois se trata de um dos mais importantes direitos fundamentais outorgados ao contribuinte pela ordem constitucional. Considerou-se, na ocasião, que

³⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa...** *Op. cit.*, p. 24-25.

⁴⁰⁰ Laura Schertel F. Mendes questiona se a autonomia individual assegurada pela dignidade da pessoa humana poderia ser interpretada em termos paternalistas, como no caso da renúncia de direitos fundamentais. Trata-se de provocação interessante que merece ser encarada com seriedade, à luz do pluralismo razoável, em virtude das múltiplas visões de mundo que caracterizam as democracias contemporâneas (MENDES, Laura Schertel F. **Um Debate Acerca da Renúncia aos Direitos Fundamentais**: Para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade. *Direito Público* nº 13, jul.-ago. set./2006).

⁴⁰¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais...** *Op. cit.*, p. 134 e ss.

⁴⁰² NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes do...** *Op. cit.*, p. 29.

⁴⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 100-101.

tal limite ao poder de tributar insere-se nas cláusulas pétreas ⁴⁰⁴. Esse é o *leading case* sobre a cláusula de abertura material dos direitos fundamentais.

Em outras passagens da Constituição, a doutrina identificou como fundamentais os direitos e garantias de defesa de igual acesso aos cargos públicos (art. 37, inc. I), da associação sindical e de greve dos servidores públicos (art. 37, inc. VI e VII), da estabilidade do servidor público (art. 41), da legitimação ativa para a iniciativa popular (art. 61, § 1º), da publicidade e da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, inc. IX), da manifestação do pensamento, criação, expressão e informação (art. 220), da igualdade entre os cônjuges e do tratamento igualitário entre os filhos (art. 226, § 5º) ⁴⁰⁵.

Acrescente-se que, além do § 2º do art. 5º, o art. 6º sugere que há direitos fundamentais esparsos ao longo do texto constitucional ao exemplificar algumas posições e faculdades jurídicas de vantagens – educação, saúde, alimentação, trabalho, entre outras – regulamentadas “nos termos da Constituição”. Em seguida, o art. 7º prevê os direitos fundamentais dos trabalhadores rurais urbanos, sem excluir “outros que visem à melhoria de sua condição social”, o que permite a identificação de figuras assemelhadas não só no bojo da Carta mas também em tratados internacionais de direitos humanos ⁴⁰⁶.

São direitos sociais esparsos, de acordo com a doutrina, a educação, a cultura, o esporte, a saúde, a previdência social e a família, positivados nos arts. 193 a 232, inseridos no Capítulo VIII, porquanto especificam o conteúdo do art. 6º, conforme explanado acima. Ainda, a ordem econômica e financeira, regulamentada no Título VII (arts. 170 a 192), prevê algumas figuras que podem ser consideradas direitos fundamentais ou que pormenorizam posições jusfundamentais, a exemplo do transporte gratuito para pessoas com mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade (art. 230, § 2º), o meio ambiente (art. 225), a previdência social e a aposentadoria (arts. 201 e 202), entre outros ⁴⁰⁷.

Quanto aos direitos fundamentais oriundos de tratados internacionais de direitos humanos, o § 2º do art. 5º prevê o princípio da complementaridade, de acordo

⁴⁰⁴ Voto do Ministro Celso de Mello, ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 18-03-1994.

⁴⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

⁴⁰⁶ GOLDSCHMID, Rodrigo; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Assim Chamada Abertura Material do Catálogo de Direitos Fundamentais: Uma proposta de aplicação às relações de trabalho no Brasil.** *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, 17 n. 17 (2015).

⁴⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

com o qual a ausência de determinadas posições ou de certos titulares no texto constitucional não impede o seu reconhecimento quando estejam previstos em documentos internacionais ⁴⁰⁸. Marcos Augusto Maliska lembra que a constituições, de alguma forma, possuem dispositivos de abertura para fora, pois a existência do Estado independente de outras nações ou organismos internacionais não é possível, o que se reflete na proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, ambos elementos básicos da ordem constitucional ⁴⁰⁹.

Flávia Piovesan esclarece que a reprodução do conteúdo dos tratados internacionais de direitos humanos no âmbito interno demonstra a preocupação do legislador em ajustar a ordem interna com as obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado. Também tais documentos inovam, integram e complementam os direitos assegurados em âmbito doméstico. Não se ignoram, contudo, possíveis conflitos normativos entre as searas interna e externa que essa intensificação da tutela da pessoa humana venha a provocar ⁴¹⁰.

No que toca ao contexto latino-americano, os níveis constitucional e convencional de proteção dos direitos fundamentais, além de requererem diálogos voltados à cooperação construtiva, induzem a movimentos de constitucionalização dos direitos provenientes do sistema interamericano e de internacionalização das constituições ⁴¹¹. Daí que surge a necessidade de diálogos entre as cortes internas e internacionais para se compatibilizarem as diversas fontes e para se dar adequada tutela aos direitos humanos e fundamentais. Passa-se do paradigma do *State approach*, centrado na ideia de soberania nacional, para o paradigma do *human rights approach*, caracterizado pela “primazia dos direitos humanos e pela permeabilidade do diálogo entre jurisdições” ⁴¹².

Luís Fernando Sgarbossa sustenta que o rol de direitos fundamentais se consubstancia em *standard* mínimo ou padrão elementar de proteção que se amplia

⁴⁰⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral do...** *Op. cit.*, p. 31.

⁴⁰⁹ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**: Abertura, cooperação, integração. 1ª ed; Curitiba; Juruá, 2013, p. 16-24.

⁴¹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12ª ed; São Paulo: Saraiva, 2011, p. 151.

⁴¹¹ BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. **O Diálogo Inevitável Interamericano e a Construção do *ius Constitutionale Commune***. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 24, n. 3, set./dez. 2019, p. 12.

⁴¹² LEAL, Mônica Clarissa Henning. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal**: Diálogos entre Cortes? In: SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA, Humberto; POMPEU, Gina Marcílio. **Direitos Fundamentais na Perspectiva da Democracia Interamericana**. 1ª ed; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 372.

com o § 2º do art. 5º, cujos problemas interpretativos denotam a insuficiência dos cânones tradicionais. Sgarbossa assevera que o critério *pro homine* é o mais adequado para resolver não mais antinomias entre lei superior e lei inferior, mas regimes concorrentes de tutela de direitos fundamentais com âmbitos de proteção maiores ou menores. Se há normas mais benéficas em leis infraconstitucionais ou em tratados internacionais de direitos humanos do que na Constituição, seria correta a solução que optasse pela norma mais favorável, independentemente da posição ocupada no ordenamento jurídico ⁴¹³.

Entre os direitos previstos em tratados ou convenções internacionais de direitos humanos, a audiência de custódia tem previsão no Pacto Interamericano de Direitos Civis e Políticos (art. 9º, item 3) e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (art. 7º, item 5). O instituto garante a condução da pessoa presa à presença de magistrado, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, para o controle da legalidade da captura. O Supremo Tribunal Federal compeliu os juízes e os tribunais a observarem a garantia por meio de decisão liminar prolatada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, de relatoria do então Ministro Marco Aurélio, pela qual se reconheceu que as graves e persistentes violações de direitos fundamentais ocorridas no sistema carcerário caracterizam estado de coisas inconstitucional ⁴¹⁴.

Existem também direitos fundamentais implícitos na ordem constitucional brasileira. Embora a Constituição ostente catálogo amplo e detalhado de posições jusfundamentais, há cláusulas mais abstratas de profundo conteúdo moral, expressas na forma de princípios que embasam os direitos. Dworkin afirma que as declarações de direitos estabelecem redes de princípios com graus diversos de abstração que definem o ideal político da sociedade de cidadãos livres e iguais ⁴¹⁵. Compreender as

⁴¹³ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Direitos e Garantias Fundamentais Extravagantes**: Interpretação jusfundamental ‘pro homine’. 1ª ed; Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 61-62.

⁴¹⁴ STF. ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016.

⁴¹⁵ “On its most natural reading, then, the Bill of Rights sets out a network of principles, some extremely concrete, others more abstract, and some of near limitless abstraction. Taken together, these principles define a political ideal: they construct the constitutional skeleton of a society of citizens both equal and free” (DWORKIN, Ronald. **Unenumerated Rights**: Whether and how Roe should be overruled. The University of Chicago Law Review, v. 59, n. 1, 1992. p. 382).

cláusulas abstratas é sempre questão interpretativa que significa mais do que mera operação lógico-dedutiva ⁴¹⁶.

A interpretação possui relevância ímpar para que os direitos fundamentais alcancem situações da vida corrente que merecem proteção. Dworkin chega a considerar indevida a dicotomia entre direitos numerados e não enumerados corrente no direito norte-americano, já que tal distinção seria fundada em esquema semântico que tenciona, em última análise, limitar os poderes dos juízes ao reconhecer somente os direitos expressos. A questão seria desenvolver, à luz da integridade, a interpretação que melhor acomodasse os princípios de moralidade política ínsitos aos direitos fundamentais, o que faria com que fossem deduzidos direitos de dispositivos muito abstratos, como é o caso do direito ao aborto, relacionado com a privacidade e com a liberdade pela Suprema Corte dos EUA no caso *Roe v. Wade* ⁴¹⁷.

Nessa linha de raciocínio, o núcleo normativo básico de direitos fundamentais da Constituição é constituída pelos princípios da liberdade e da igualdade. A pormenorização dos direitos especifica o sistema de proteção brasileiro, sem, contudo, exaurir todas as posições que podem ser invocadas pelas pessoas em favor da dignidade. Por essas razões, David Wilson de Abreu Pardo adverte que os direitos enumerados, com maior grau de determinação, não equivalem ao núcleo normativo básico do sistema ⁴¹⁸.

Direitos implícitos, portanto, seriam aqueles deduzidos das normas que expressamente preveem direitos fundamentais. São posições que podem ser extraídas daquelas pormenorizadas na Constituição de 1998 pelo constituinte, que lhes deu maior grau de determinação. É o caso, segundo David Wilson de Abreu Pardo, do sigilo bancário, que, apesar de não ter previsão expressa no texto constitucional, está implicado no inc. X do art. 5º, o qual consagra o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada ⁴¹⁹.

Do mesmo modo, a interrupção da gravidez de anencéfalo, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, pela qual se deu interpretação conforme ao art. 124, 126 e 128,

⁴¹⁶ PARDO, David Wilson de Abreu. **Direitos Fundamentais Não Enumerados**: Justificação e aplicação. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005, p. 248-249.

⁴¹⁷ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: A leitura moral da Constituição Norte-americana. 1ª ed; São Paulo: WWF Martin Fontes, 2019, p. 135 e ss.

⁴¹⁸ PARDO, David Wilson de Abreu. **Direitos Fundamentais Não...** *Op. cit.*, p. 248-250.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 248-251.

incs. I e II, do Código Penal, a fim de excluir a tipicidade da interrupção da gravidez de anencéfalo, parece indicar o reconhecimento de alguns direitos fundamentais implícitos. Argumentou-se, naquela oportunidade, que os direitos reprodutivos da mulher, textualmente não previstos na Lei Maior, são indissociáveis do direito fundamental à liberdade e à autodeterminação pessoal ⁴²⁰.

Dessarte, as referidas decisões exemplificam atitudes interpretativas que destacam a teoria moral específica de limitação do poder do Estado adotada pela Constituição de 1988. Tanto o sigilo bancário quanto a atipicidade da interrupção da gravidez de anencéfalos são construídos a partir da rede de princípios da comunidade política que se colocam em favor da liberdade individual, quer por darem conotações substantivas ao devido processo legal, quer por garantirem independência ética da mulher em relação às leis aprovadas.

Os direitos decorrentes do regime e dos princípios são aqueles que podem ser justificados a partir do caráter democrático e da principiologia adotada pela Constituição. David Wilson de Abreu Pardo sustenta que o regime e os princípios precisam ser compreendidos de maneira entrelaçada: os direitos seriam decorrentes de ambos os elementos e não apenas de cada um deles ⁴²¹. A Lei Maior elegeu o regime democrático como o paradigma do ordenamento jurídico brasileiro (art. 1º), o qual tem o propósito de melhorar as condições sociais da população e de fomentar a participação do povo na construção da nova sociedade. Ou seja, no Estado Democrático de Direito a lei transforma-se em instrumento de promoção de mudanças sociais profundas, ao mesmo tempo que impõe limites ao poder estatal ⁴²².

Quanto aos princípios, a cláusula de abertura refere-se tanto àqueles disciplinados pelos arts. 1º a 4º quanto outros dispostos ao longo de todo o texto constitucional. De certa forma, os direitos fundamentais previstos dentro e fora do catálogo fundamentam-se na principiologia característica do constitucionalismo pátrio,

⁴²⁰ ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (ADPF 54, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011).

⁴²¹ PARDO, David Wilson de Abreu. **Direitos Fundamentais Não...** *Op. cit.*, p. 248-271.

⁴²² STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, José Luis Bolzan. **Comentário ao Art. 1º**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1ª ed; São Paulo: Saraiva, 2013. Livro eletrônico.

sobretudo na dignidade da pessoa humana ⁴²³. Justificam-se tais direitos com o recurso às exigências da moralidade política, que se traduzem em conteúdos voltados a legitimar o exercício do poder, que devem ser compreendidas em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito ⁴²⁴.

Cita-se a desobediência civil como direito fundamental decorrente do regime e dos princípios adotados pela Constituição ⁴²⁵ ⁴²⁶. Sem o intuito de aprofundar a compreensão do tema, Dworkin caracteriza a desobediência civil pelo descumprimento das leis por questões sensíveis ligadas à consciência, à justiça ou à política, com a finalidade de modificar certo estado de coisas reputado iníquo ⁴²⁷.

No Brasil, o direito decorreria do regime democrático e do princípio da cidadania, os quais outorgam ao indivíduo o *status civitatis* e tutelam o descumprimento de atos normativos inconstitucionais. A desobediência civil assumiria o papel de instrumento de defesa da Constituição, principalmente das minorias sem representatividade ⁴²⁸.

Esses são apenas alguns exemplos que ilustram a relevância da cláusula de abertura material dos direitos fundamentais. O reconhecimento de direitos fundamentais materiais precisa ser informado por critérios claros, a fim de que se dê à pessoa tutela efetiva, sem incorrer no erro da fundamentalização desmedida de dispositivos constitucionais ou previstos em outros instrumentos. A responsabilidade do intérprete ganha peso considerável para que se identifiquem direitos fundamentais fora do catálogo específico. A integridade, de toda a sorte, serve como guia para que se trate o Direito como teia íntegra, livre de aporias, contradições ou inconsistências principiológicas que violem a igualdade.

Na linha das classificações e dos critérios expostos, a fundamentação das decisões judiciais pode ser considerada direito-garantia fundamental, conforme se passará a dissertar no próximo capítulo.

⁴²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

⁴²⁴ PARDO, David Wilson de Abreu. **Direitos Fundamentais Não...** *Op. cit.*, p. 274.

⁴²⁵ PARDO, David Wilson de Abreu. **Direitos Fundamentais Não...** *Op. cit.*, p. 274.

⁴²⁶ GARCIA, Maria. **Desobediência Civil: Direito fundamental**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 297.

⁴²⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 1ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 160 e ss.

⁴²⁸ GARCIA, Maria. **A Desobediência Civil Como Defesa da Constituição**. Revista Brasileira de Direito Constitucional. São Paulo, v. 2, 2003, São Paulo, p. 20 e ss.

3. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

3. 1 A Fundamentação das Decisões Judiciais na Constituição Federal: Direito fundamental?

A importância da fundamentação cresce com a necessidade de que todo ato de poder estatal exercido no Estado de Direito seja adequadamente justificado, sob pena de ser ilegítimo. O que leva a acreditar que o dispositivo consagra direito fundamental, já que não está inserido no Capítulo I do Título II da Constituição da República? No plano da teoria dos direitos fundamentais, os critérios de identificação de atípicos expostos no capítulo anterior para o caráter jusfundamental da fundamentação, porquanto o radical subjetivo, a fundamentação diz respeito a todos os litigantes que procuram ou precisam resolver conflitos com a intervenção do Poder Judiciário. A universalidade é uma de suas notas características, a exemplo das demais posições fundamentais, que se aplicam a todos os indivíduos ou categorias de indivíduos.

No que toca às funções, a fundamentação protege e garante os bens jurídicos das pessoas, na medida em que limita o poder estatal e possibilita o controle de racionalidade das decisões prolatadas, que devem ser construídas intersubjetivamente. Ou seja, afasta-se o domínio potestativo e irracional, estranho às regras e princípios estabelecidos pela via democrática, cujo parâmetro de validade é a Constituição Federal. A garantia adquire funções endoprocessuais e extraprocessuais ao permitir que os interessados e a sociedade em geral exerçam controle sobre as decisões ⁴²⁹.

Ainda, a intenção específica da garantia é a tutela da dignidade da pessoa humana: somente com justificações adequadas o indivíduo é tratado como fim em si mesmo e não como mero objeto. O respeito devido à pessoa confere aos interessados na decisão o direito de conhecer quais os fatores que os obrigam ou que refutam os seus anseios. Afinal, em última análise, a dignidade da pessoa humana atrai deveres de civilidade que exigem prestações de contas por parte das autoridades constituídas.

Além disso, a fundamentação das decisões judiciais assemelha-se em substância e em importância à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo

⁴²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito**. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 16. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 288-289.

legal. Há conexões íntimas entre o dever de fundamentar e o exercício do contraditório, que confere *status activus processualis* aos litigantes ⁴³⁰, ao assegurar o direito de ter os argumentos expostos valorados com isenção e seriedade pelos julgadores ⁴³¹. Tais garantias pertencem ao devido processo legal, que, para Gilmar Ferreira Mendes, impede que o sujeito seja manipulado como mais um dos objetos do processo e assegura participação ativa na descoberta da verdade no processo, aspecto que reforça a sua dignidade ⁴³².

Não se concebe o devido processo legal sem a fundamentação das decisões judiciais: se entre a coação pública e o indivíduo há de existir processo que assegure a participação ativa na valoração das provas e na procura da verdade, a fundamentação deve expor os argumentos racionais e válidos para se demonstrar porque se adotou certa decisão e não outra em sentido diverso. Dessa maneira, possibilita-se o controle dos interessados, das instâncias superiores e da sociedade em geral sobre o exercício do poder.

Há outros dispositivos que reforçam o caráter fundamental da fundamentação das decisões judiciais. No catálogo de direitos fundamentais, o inc. LXI do art. 5º da Constituição de 1988 prevê que a ordem de prisão depende de decisão fundamentada de autoridade judiciária competente ⁴³³. Já no capítulo que versa sobre a organização dos poderes, o inc. X do art. 93 da Lei Maior estatui que as decisões administrativas dos tribunais devem ser motivadas e tomadas em sessão pública ⁴³⁴. Ambos os dispositivos revelam preocupações do constituinte com o controle das razões empregadas para o cerceamento da liberdade ou para a resolução de questões afetas

⁴³⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal Comentada**. 3ª ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 390.

⁴³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed; São Paulo: Saraiva, 2014. Versão Eletrônica.

⁴³² MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. **Comentário ao art. 93, IX**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ª ed; São Paulo: 2013. Versão Eletrônica.

⁴³³ “A legalidade da decisão que decreta a prisão cautelar ou que denega liberdade provisória deverá ser aferida em função dos fundamentos que lhe dão suporte, e não em face de eventual reforço advindo dos julgamentos emanados das instâncias judiciárias superiores. Precedentes. A motivação há de ser própria, inerente e contemporânea à decisão que decreta o ato excepcional de privação cautelar da liberdade, pois a ausência ou a deficiência de fundamentação não podem ser supridas *a posteriori*” (HC 98.862, rel. min. Celso de Mello, j. 23-6-2009, 2ª T, DJE de 23-10-2009).

⁴³⁴ Magistrado. Promoção por antiguidade. Recusa. Indispensabilidade de fundamentação. Art. 93, X, da CF. Nulidade irremediável do ato, por não haver sido indicada, nem mesmo na ata do julgamento, a razão pela qual o recorrente teve o seu nome preterido no concurso para promoção por antiguidade. (RE 235.487, rel. min. Ilmar Galvão, j. 15-6-2000, P, DJ de 21-6-2002).

ao regime jurídico-disciplinar da magistratura, que podem repercutir na garantia da independência funcional.

A fundamentação também se vincula ao duplo grau de jurisdição porque pressupõe meios de impugnação das decisões pelos interessados e novas fundamentações em grau de recurso. Direito fundamental implícito na garantia da ampla defesa (art. 5º, inc. LV) e na estruturação da competência das cortes (art. 102, inc. II, art. 105, incs. II e III, art. 108, inc. II, art. 121, §§ 3º e 4º, art. 125, § 1º), o direito ao duplo grau de jurisdição pode ser deduzido de documentos do Direito Internacional, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 8º), o Pacto Interamericano de Direitos Civis e Políticos (art. 14.5) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8.2, na alínea “h”).

No plano internacional, pode-se deduzir a fundamentação de alguns dispositivos previstos em tratados ou convenções. O art. 1º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, dispõe que os Estados se comprometem a respeitar os direitos e as liberdades nelas previstos, além de assegurar o pleno exercício ao jurisdicionado, livre de quaisquer discriminações ⁴³⁵. O item 3 do art. 7 preconiza que ninguém será privado da liberdade arbitrariamente, garantia que impede prisões desprovidas de fundamentação ⁴³⁶. Também o item 1 do art. 8 assegura o direito a ser ouvido, com as garantias devidas em prazo razoável, por autoridade, juiz ou tribunal competente, independente e imparcial ⁴³⁷. Ainda, o art. 14.1, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, garante o direito de toda pessoa ser ouvida pelos tribunais competentes, e o art. 10, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, estabelece o direito de ser julgado ⁴³⁸.

Cabe destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao apreciar o caso *Chocrón v. Venezuela*, que versava sobre a destituição arbitrária de magistrada do cargo de juíza penal de primeira instância em Caracas, em 2003, entendeu que o ato de fundamentar as decisões se vincula à correta administração da justiça, ao

⁴³⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 1ª ed; São Paulo: Atlas, 2014, p. 212.

⁴³⁶ *Idem*.

⁴³⁷ *Idem*.

⁴³⁸ MIRANDA, Felipe Arady. **A Fundamentação das Decisões Judiciais como Pressuposto do Estado Constitucional**. 1ª ed; Brasília: IDP, 2014, p. 27.

direito de ser julgado de acordo com o ordenamento jurídico e à credibilidade dos provimentos em sociedade democrática ⁴³⁹.

À luz da classificação proposta e dos critérios de identificação de direitos dotados de fundamentalidade construídos a propósito da cláusula de abertura, a fundamentação das decisões pode ser considerada direito-garantia fundamental previsto expressamente fora do catálogo de direitos fundamentais da Constituição formal, mesmo que possa ser perfeitamente identificada na cláusula do devido processo legal, por tutelar posições primárias disputadas em Juízo. Possui natureza de regra e não de princípio por oferecer razões conclusivas que compelem os órgãos judiciários a fundamentar os próprios atos sob pena de nulidade ⁴⁴⁰. A lógica do tudo ou nada aplicável às regras induz à inferência de que o suporte fático restrito é o mais adequado à fundamentação, uma vez que não há possibilidade de restrições posteriores ⁴⁴¹.

Defluem-se consequências importantes da consagração da fundamentação como direito-garantia fundamental. O indivíduo pode reivindicar proteção ao próprio direito e requerer que o Poder Judiciário repare violações à fundamentação das decisões por meio de instrumentos processuais ⁴⁴². A eficácia irradiante dos direitos fundamentais obriga os órgãos jurisdicionais a darem máxima aplicação ao direito-garantia ⁴⁴³, pelo que as restrições são excepcionais e justificadas ⁴⁴⁴. Sentenças, decisões e até mesmo despachos, desde que imponham ônus às partes, precisam ser fundamentados.

A fundamentação recebe proteção da cláusula de eternidade que os demais direitos e garantias fundamentais possuem (art. 60, § 4º, inc. IV, CF) ⁴⁴⁵ e as respectivas densificações previstas na legislação infraconstitucional – entre elas, os arts. 489 e 926, do Código de Processo Civil de 2015 – ganham proteções contra

⁴³⁹ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chocrón v. Venezuela, 2011. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf, acesso em 15.4.2022, às 11h12min.

⁴⁴⁰ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais**: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 3ª ed; Salvador: Juspodivm, 2019, p. 82.

⁴⁴¹ PUGLIESE, William Soares; DE LARA, Juliane Guiesmann. **A Motivação das Decisões Como Direito Fundamental Material**. In: ALEXANDRE, André Demétrio; et al. *Interpretação da Constituição e Jurisdição Constitucional* Volume 2. 1ª ed; Belo Horizonte: Arraes, 2019, p. 153.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 172.

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 172-173.

⁴⁴⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais e...** *Op. cit.*, página eletrônica.

⁴⁴⁵ MIRANDA, Felipe Arady. **A Fundamentação das Decisões Judiciais como Pressuposto do Estado Constitucional**. 1ª ed; Brasília: IDP, 2014, p. 173-174.

retrocessos ou ações erosivas do legislador ⁴⁴⁶. A fundamentação das decisões judiciais tem aplicabilidade imediata e não depende de intermediações legislativas ⁴⁴⁷, mesmo que tenha a proteção reforçada pelas leis infraconstitucionais que versam sobre o assunto.

As consequências do caráter de direito fundamental do direito-garantia têm reflexos práticos importantes, que operam: (a) na dimensão jurisdicional, ao conferirem direito subjetivo de requerer fundamentações, reparações de provimentos carentes de justificativas e interpretações que maximizem o conteúdo da garantia, as quais assumem o ônus de demonstrar excepcionais restrições; e (b) na dimensão legislativa, ao impedirem propostas de emenda constitucional tendentes a aboli-la ou de leis que violem as densificações infraconstitucionais.

Cristina Reindolff da Motta sustenta que a fundamentação é direito fundamental misto por representar limites aos poderes do Estado e por demandar, ao mesmo tempo, prestações estatais, características que atribuem deveres negativos e positivos aos juízes e às cortes ⁴⁴⁸. Segundo Motta, “não há como pensar em democracia ou liberdade e imaginar que o Judiciário possa manifestar-se sem explicitar seus motivos” ⁴⁴⁹.

Nessa linha de raciocínio, Motta vai além e afirma que a fundamentação, em última análise, assegura o Estado de Direito, a democracia e a própria liberdade individual ⁴⁵⁰. Sob essa perspectiva, a fundamentação não se satisfaz com a mera exposição dos motivos do julgador. Critérios que o orientem à resposta correta, enfatiza Motta, independem da opção pessoal dos juízes, sem os quais se institui, de maneira perigosa e desmedida, a discricionariedade, o que tem provocado insegurança jurídica ⁴⁵¹.

A fundamentação das decisões judiciais é mais do que exigência do Estado Democrático de Direito, pois se trata de direito fundamental, verdadeira *accountability*, que não é atendida com a mera explicitação dos fundamentos legais ou constitucionais usados para se decidir. A argumentação jurídica deve tutelar o sujeito

⁴⁴⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais e...** *Op. cit.*, página eletrônica.

⁴⁴⁷ *Idem.*

⁴⁴⁸ MOTTA, Cristina Reindolff da. **A Motivação das Decisões Cíveis como Condição de Possibilidade Para a Resposta Correta/Adequada**. 1ª ed; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Livro eletrônico.

⁴⁴⁹ *Idem.*

⁴⁵⁰ *Idem.*

⁴⁵¹ *Idem.*

contra arbitrariedades ou motivações provenientes da esfera de subjetividade dos juízes ou tribunais. A fundamentação é o elemento que permite analisar a observância ou não da integridade e da coerência ⁴⁵².

Ao contrário do acesso à informação, que se satisfaz com a revelação de dados públicos ou pessoais, a fundamentação é construída com a ativa participação dos destinatários do provimento jurisdicional, que têm a faculdade de o impugnar pelos meios processuais adequados. Dados os efeitos da decisão judicial, passível de se tornar imutável e de fazer lei entre as partes, a fundamentação deve ser compreendida no contexto de justificação e não apenas de descoberta dos fatores que colocaram em prática a violência estatal. Ou seja, é preciso que os argumentos articulados se sustentem a partir das regras e dos princípios constitucionais, com interpretações fidedignas. Refletir sobre a fundamentação a partir da estrutura do acesso à informação significa limitá-la à publicidade e desconectá-la de proposições justificadoras.

Em casos difíceis, cuja ponderação de bens fundamentais é necessária, a justificação da jurisdição constitucional, anota Novais, deve ser construída com critérios intersubjetivamente acessíveis, com razões passíveis de serem compartilhadas por todas as concepções ou mundividências inerentes ao pluralismo razoável, e não com fundamento em convicções políticas, religiosas, morais ou filosóficas dos juízes ⁴⁵³.

Novais prossegue com o argumento de que decisões fundadas na ponderação são legítimas quando justificadas no sistema constitucional de normas vigentes e passíveis de generalização para resolver outros casos idênticos ou semelhantes, as quais criam redes densificadas e estabilizadas de decisões de casos concretos, abertas à crítica pública, com a vocação de reduzir os espaços de subjetividade das cortes ⁴⁵⁴.

Recurso utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, a ponderação é considerado suporte técnico que auxilia o magistrado na resolução de conflitos de direitos fundamentais ⁴⁵⁵. Willis Santiago Guerra Filho e Paola Cantarini explanam que

⁴⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. **Comentário ao art....** *Op. cit.*, livro eletrônico.

⁴⁵³ NOVAIS, Jorge Reis. **Trunfos Contra Maiorias...** *Op. cit.*, p. 59.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 61-62.

⁴⁵⁵ “A atividade legislativa sujeita-se à estrita observância de diretriz fundamental pela qual, havendo suporte teórico no princípio da proporcionalidade, vedam-se os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público” (ADI 6031, Relator(a): CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 27/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 15-04-2020 PUBLIC 16-04-2020).

a proporcionalidade seria garantia fundamental – direito fundamental com dimensão processual – que tem por fim realizar a finalidade maior a dignidade da pessoa humana ⁴⁵⁶.

Vetores de racionalidade têm sido desprezados em muitos julgamentos judiciais. O trabalho de José Rodrigo Rodriguez sobre o funcionamento dos tribunais brasileiros e os modelos de racionalidade jurídica demonstra que aspectos importantes da fundamentação têm sido ignorados, talvez pela força do costume que institui certas práticas e infunde a crença de que não são apenas normais mas também adequadas. Rodriguez expõe que há zonas de autarquia no Judiciário em que as decisões não seguem padrões de racionalidade. A despeito da aparência racional que anseiam transmitir, são expressões arbitrárias e excessivamente pessoais ⁴⁵⁷.

Os discursos construídos com base nesse modelo de racionalidade jurídica funcionam como meros instrumentos de dominação e não podem ser reconstruídos racionalmente ⁴⁵⁸. Os efeitos dessa forma de atuação dos tribunais brasileiros têm reflexos no sistema de precedentes ou de provimentos vinculantes, pois impõem dificuldades para a efetivação da coerência e da integridade, bem como para a identificação das razões de decidir. O resultado disso é que parâmetros universalizantes e respostas corretas não têm sido alcançados ⁴⁵⁹.

Rodriguez explica que argumentações adequadas não são compatíveis com esse modelo de racionalidade, fundamentado em argumentos de autoridade, segundo os quais importa mais a autoridade que decide ou os autores que são citados do que as razões expostas para a análise do caso. A argumentação jurídica, apesar de ser persuasiva ou estratégica, tem outra característica mais importante: desenvolver a melhor solução à luz do Direito ⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago, CANTARINI, Paola. **Proporcionalidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/15/edicao-1/proporcionalidade>, acesso em 31.12.2021, às 18h33min.

⁴⁵⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). 1ª ed; Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 69-70.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 70.

⁴⁵⁹ PIRES, Teresinha Inês Teles. **Teorias da Argumentação Jurídica e a Prática Discursiva do Supremo Tribunal Federal**: Metodologias analíticas e estudo de casos (C 4.070/DF e ADI 5526/DF). Revista Direitos Fundamentais e Democracia v. 24, n. 2, mai./ago. 2019, p. 125.

⁴⁶⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as...** *Op. cit.*, p. 72.

Formas racionais de argumentação, aponta Rodriguez, preocupam-se com possíveis generalizações das razões de decidir e com padrões decisórios. Essas atividades requerem descentramento do indivíduo e justificações válidas construídas sistematicamente. A pessoalidade da justiça brasileira tem sido um dos principais óbices para a concepção institucional do Direito e o estabelecimento de boas fundamentações ⁴⁶¹.

Rodriguez cita o caso do auxílio-creche para homens, julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho, por meio do Recurso de Revista nº 5200-40.2003.5.22.0003, de relatoria do Ministro Ives Gandra da Silva Martins, no qual se concluiu que os critérios de discriminação, previstos em convenção coletiva, são válidos à luz do princípio constitucional da isonomia (art. 5º, CF), em virtude do maior desgaste da mulher trabalhadora por acumular tarefas domésticas. A norma coletiva estabelecia que teriam direito ao referido benefício as mães, os viúvos e os pais solteiros ou separados que tenham a guarda dos filhos, pelo que ficariam excluídos os casados, os solteiros e os separados sem a guarda da prole ⁴⁶².

Em seu voto, o Ministro Ives da Silva Gandra Martins recorre ao pensamento de Edith Stein, filósofa e santa da Igreja Católica, a fim de distinguir os papéis dos homens e das mulheres, o que destoa de outros julgados trabalhistas em questões de gênero, por atribuir características naturalizantes ao papel social feminino. Importante registrar, neste pormenor, que o Ministro não explicou a razão de ter adotado essa corrente de pensamento para decidir, o que denota escolha pessoal, segundo Rodriguez. A concordância dos demais integrantes da Corte explica-se em relação ao resultado atingido, pois não foram feitas considerações a respeito dos fundamentos expostos para se chegar até ele. Pronunciaram-se os ministros a partir de zona de autarquia: o entendimento não obedece a padrões racionais e revela o personalismo que animou o voto ⁴⁶³.

O exemplo demonstra que nem todos os argumentos podem ser válidos na fundamentação. Mais do que isso: o uso de teorias, doutrinas ou jurisprudência precisa ser justificado pelo juiz ou tribunal que analisa o caso, com a indicações dos motivos que o levou a adotar esse ou aquele posicionamento, ônus que é ampliado quando existem divergências.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 86-87.

⁴⁶² RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as...** *Op. cit.*, p. 88-89.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 72-73.

Lenio Luiz Streck tem enfatizado que o intérprete não possui autorização para atribuir sentidos de forma discricionária ou arbitrária. A força normativa da Constituição, segundo a visão de Streck, caracteriza-se pela autonomia que o Direito adquiriu depois da Segunda Guerra Mundial. As variadas posturas pragmatistas, de caráter instrumental, voltadas a satisfazer necessidades de alguns grupos sociais, tendem a violar a integridade e a coerência, porquanto incentivam arbitrariedades ⁴⁶⁴.

Acrescente-se que outros problemas de fundamentação têm sido notados com a judicialização da política. Com o advento do Estado Social e as disfuncionalidades do Poder Público, que precisa realizar escolhas com orçamentos limitados, muitos casos que versam sobre políticas públicas e direitos prestacionais têm sido decididos pelo Poder Judiciário, que se tornou muito atuante na concretização de várias posições fundamentais ⁴⁶⁵, principalmente pelas consequências do neoliberalismo, que, desde 1970, têm sido notadas com o enfraquecimento do Estado Social, do sindicato e dos partidos políticos, que absorviam demandas populares. ⁴⁶⁶.

Problemas de legitimidade intensificam-se quando agentes estatais não eleitos pelo povo, dotados de parcela da soberania, decidem questões que antes eram exclusivamente políticas ⁴⁶⁷. Ressoa, em casos desse tipo, a integridade como a virtude que deve guiar as decisões judiciais, a fim de que não se produzam decisões incoerentes com os princípios ⁴⁶⁸.

Cabe ressaltar, conforme esclarece Streck, que o dever de justificação e de respeito à autonomia do Direito não impede atuações incisivas do Poder Judiciário na concretização das promessas não cumpridas da modernidade, especialmente no que toca aos direitos sociais e às omissões que enfraquecem a efetividade das normas constitucionais. As objeções dirigem-se ao decisionismo e ao ativismo que substituem a atividade do legislador, bem como ao protagonismo judicial desmedido que negligencia limites ⁴⁶⁹.

⁴⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª ed; São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55.

⁴⁶⁵ DE MORAIS, José Luis Bolzan; BRUM, Guilherme Valle. **Estado Social, Legitimidade Democrática...** *Op. cit.*, p. 110.

⁴⁶⁶ VIANNA, Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete Anos de Judicialização da Política**. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, 2007, p. 40.

⁴⁶⁷ DE MORAIS, José Luis Bolzan; BRUM, Guilherme Valle. **Estado Social, Legitimidade Democrática...** *Op. cit.*, p. 114.

⁴⁶⁸ DE MORAIS, José Luis Bolzan; BRUM, Guilherme Valle. **Estado Social, Legitimidade Democrática...** *Op. cit.*, p. 131.

⁴⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso...** *Op. cit.*, p. 56.

Somente assim a judicialização de temas antes reservados à esfera política assegura a justiça, a cidadania e reforça o processo democrático, dadas as deficiências das instituições majoritárias ⁴⁷⁰. Limites, portanto, são necessários para que não se ignore o princípio da separação dos poderes e o Judiciário se transforme em instrumento de determinados grupos, já que a independência e a imparcialidade dos magistrados são condições para a manutenção da democracia e a promoção dos direitos fundamentais ⁴⁷¹.

Com efeito, passados mais de trinta anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a efetividade das suas disposições ainda é desafio premente. Há muito a ser feito em relação aos direitos fundamentais e aos graves problemas do País, tais como a corrupção, que motivaram manifestações sociais intensas. No entanto, a ideia do juiz liberto da lei e comprometido com a efetividade das disposições constitucionais, observam Marcos Augusto Maliska e Howerstton Humenhuk, acabou por incentivar o voluntarismo judicial, prática despreocupada com a coerência e a integridade do Direito ⁴⁷².

O voluntarismo judicial caracteriza-se por buscar efetivar a justiça e resolver unicamente o caso concreto, sem considerações sobre a *ratio decidendi* e a argumentação a partir dos precedentes ⁴⁷³. Toda vez que uma decisão não sirva como parâmetro para casos futuros, por não ter razões universalizáveis, pode ser considerada exemplo de voluntarismo judicial, fenômeno que viola os princípios da igualdade e da segurança jurídica ⁴⁷⁴.

Não obstante, o voluntarismo judicial, antes voltado à efetivação dos direitos fundamentais, incorporou os objetivos do combate à corrupção e à criminalidade, estranhos à conformação funcional do Poder Judiciário, pelo que se converteu em autoritarismo judicial ⁴⁷⁵. A substituição dos princípios da independência e da imparcialidade - condições para o exercício da jurisdição - pelos objetivos

⁴⁷⁰ LUTZ, Maria Luiza Scherer. **Judicialização da Política e Autocontenção**: Uma leitura doutrinária sobre a atividade judicial de interpretação do Direito. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil, Curitiba, 2018, p. 56.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 57.

⁴⁷² MALISKA, Marcos Augusto; HUMENHUK, Howerstton. **Autoritarismo Judicial**. XVIII Encontro Nacional do CONPEDI: Constituição e Democracia I. Brasília-DF. 2019, p. 117.

⁴⁷³ *Ibidem*, 122.

⁴⁷⁴ MALISKA, Marcos Augusto; HUMENHUK, Howerstton. **Autoritarismo Judicial**... *Op. cit.*, p. 123-124.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 124.

mencionados faz com que se dê guarida ao discurso punitivista em detrimento das garantias constitucionais ⁴⁷⁶.

Além dos problemas interpretativos citados, o panprincipiologismo tem promovido arbitrariedades na jurisdição. Por vezes, as decisões referem-se a falsos princípios, sem critérios definidos, com o intuito de fundamentar os mais diversos provimentos. Os princípios, nesse contexto, não são exigências da justiça ou da moralidade pública, mas somente enunciados retóricos com significados obscuros para dar aparências de fundamentação ⁴⁷⁷. Ou seja, os pseudoprincípios acabam por promover e ocultar meras preferências pessoais dos julgadores, até mesmo quando há regras aplicáveis aos casos ⁴⁷⁸.

Assim, as correntes voluntaristas criticadas, o fenômeno do autoritarismo e o panprincipiologismo apresentam sérios problemas do ponto de vista da justificação das decisões, uma vez que não são construídas a partir dos princípios da justiça, equidade e devido processo legal. As pretensões utensiliares ou instrumentais que essas práticas manifestam introduzem orientações de índole subjetiva, contrárias ao ideal da integridade e voltadas à promoção de fins eleitos pelos próprios julgadores, desprovidos de mediações normativas.

De mais a mais, João Luiz Rocha do Nascimento relata que a ideia de que a fundamentação é desnecessária se internalizou, durante muito tempo, de maneira forte na consciência dos magistrados ⁴⁷⁹. Nascimento entende que há indícios de que parte dos juízes ainda considera o ato decisório expressão da autoridade do cargo, que se legitima independentemente de justificativas ⁴⁸⁰. Os déficits de fundamentação podem estar relacionados, em parte, à cultura autoritária de que as autoridades públicas não estão obrigadas a prestar contas de seus atos, o que se agrava em relação ao papel do Poder Judiciário, competente para a guarda da Constituição e dos direitos fundamentais.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 125.

⁴⁷⁷ WEBBER, Suelen da Silva. **O Panprincipiologismo como Propulsor da Arbitrariedade Judicial e Impossibilitador da Concretização de Direitos Fundamentais**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, janeiro/junho de 2013, p. 318.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 319.

⁴⁷⁹ NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **As Dimensões Paradigmáticas da Fundamentação das Decisões Judiciais**: Filosofia, história, direito e como a (in)compreensível resistência ao dever de fundamentar é uma questão de paradigma. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo, 2019, p. 184.

⁴⁸⁰ *Idem*.

A fundamentação das decisões judiciais é corolário do Estado de Direito, caracterizado por atribuir ao ordenamento jurídico o papel de garantir os direitos individuais e de impedir arbitrariedades ⁴⁸¹, noção que justifica as críticas lançadas contra as correntes voluntaristas ou autoritárias que enfraquecem os vínculos normativos de limitação do poder estatal.

O Estado de Direito é aquele que justifica a própria existência e as intromissões na esfera jurídica do indivíduo. A jurisdição exercida dentro desse paradigma não escapa da lógica de que os atos de poder precisam ser adequadamente justificados. A fundamentação, portanto, rompe com a ideia de que as decisões judiciais, expressões de autoridades investidas em cargos públicos, dispensam atos justificatórios por atribuir aos magistrados o dever de prestar contas de suas decisões ⁴⁸².

A fundamentação, assim, tem o propósito de afastar o voluntarismo dos agentes estatais, que se expressava na fórmula *le roi le veut*, utilizada pelos absolutistas franceses ⁴⁸³. Ainda que a complexidade do ato de julgar seja manifesta, dadas as divergências interpretativas e as condições estruturais do Poder Judiciário, não se admite a fórmula equivalente *le juge le veut* para que as decisões sejam fundamentadas.

Desse modo, a fundamentação das decisões judiciais aproxima-se da ideia do direito à justificação ⁴⁸⁴, desenvolvida por Rainer Forst no âmbito da política, para tratar da questão antiga da dominação legítima. Forst considera que, em termos de filosofia social, os seres humanos são participantes de várias práticas de justificação, em espaços sociais de razões ⁴⁸⁵. Questiona-se assim, quem pode exercer a

⁴⁸¹ ZOLO, Danilo. **Teoria e Crítica do Estado de Direito**. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). O Estado de Direito: Histórica, teoria e crítica. 1ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 11.

⁴⁸² LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O Dever de Motivação...** *Op. cit.*, p. 123.

⁴⁸³ (...) constitui direito fundamental do cidadão, em especial na qualidade de jurisdicionado, o de conhecer a motivação das decisões judiciais, sob pena de retornar-se ao voluntarismo dos agentes estatais, expresso na conhecida frase dos monarcas absolutistas franceses, que justificavam seus atos assentando: "le roi le veut." (...) a expedição de mera certidão em que se contém apenas o resultado do julgamento não permite que se conheça as razões que emprestam suporte às decisões dos ministros do STM, revelando-se tal proceder incompatível com o ordenamento constitucional vigente (RE 575.144, voto do rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 11-12-2008, P, DJE de 20-2-2009, Tema 50).

⁴⁸⁴ STRECK, Lenio. **Fundamentação Per Relationem – “A Técnica” Ilegal e Inconstitucional**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-16/observatorio-fundamentacao-per-relationem-tecnica-ilegal-inconstitucional>, acesso em 6.11.2021, às 9h07min.

⁴⁸⁵ FORST, Rainer. **Justificação e Crítica**: Perspectivas de uma teoria política. 1ª ed; São Paulo: Editora Unesp Digital: 2019. Versão Kindle.

dominação e quais as razões que a legitimam: a dominação há de ser justificada e as práticas de justificação institucionalizadas ⁴⁸⁶.

Primeira virtude da estrutura básica da sociedade ⁴⁸⁷, a justiça possibilita aos seus membros a construção dos princípios que devem ser aplicados na justificação do exercício do poder. O princípio da autonomia prega que os subordinados devem ser os sujeitos da justificação e não os meros objetos das práticas justificatórias ⁴⁸⁸. Em outras palavras, os sujeitos concorrem, discursivamente, para a criação das razões que validam a dominação e não apenas recebem das autoridades razões unilateralmente estabelecidas.

Forst entende que a dominação legítima é questão de justiça porque se trata de reconstruir, recursivamente, as normas procedimentais e substanciais que possibilitam a justificação, a fim de se evitem tendências dominadoras ou arbitrárias desvinculadas de princípios superiores ⁴⁸⁹. Compreende-se a justiça não somente com base no que a sociedade considera justo ou injusto, mas também no que possa valer de maneira recíproca e universal. As pessoas livres e iguais são autoras e destinatárias das normas ⁴⁹⁰.

A análise do exercício do poder, portanto, requer método diferente: o espaço discursivo deve ser analisado como espaço de justificações melhores ou piores, de modo que importa mais o poder das justificações do que propriamente as justificações do poder ⁴⁹¹.

Segundo Forst, o fundamento moral dos direitos humanos é o reconhecimento da pessoa moral como agente autônomo de justificação, direito este que lhe permite exigir razões adequadas para as estruturas políticas, sociais ou leis que tencionem lhe vincular de qualquer maneira ⁴⁹². Toda fundamentação moral dos direitos humanos precisa observar os critérios da reciprocidade e da universalidade, que, por serem resgatados discursivamente, conferem direito prioritário à justificação aos destinatários ⁴⁹³. Quando tais critérios são ignorados ou substituídos por justificativas paternalistas, unilaterais ou estreitas, surge o direito ao veto qualificado, que permite

⁴⁸⁶ Idem.

⁴⁸⁷ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 1ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 3.

⁴⁸⁸ FORST, Rainer. **Justificação e Crítica...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

⁴⁸⁹ Idem.

⁴⁹⁰ Idem.

⁴⁹¹ FORST, Rainer. **Justificação e Crítica...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

⁴⁹² Idem.

⁴⁹³ Idem.

ao destinatário objetar as justificativas dadas por não decorrerem de razões compartilháveis ⁴⁹⁴.

O direito à justificação, corolário da dignidade da pessoa humana, por entender que todos os moralmente atingidos fazem jus a receber e a oferecer razões, consubstancia-se no pressuposto de existência e de orientação no espaço de razões, que é a sociedade⁴⁹⁵. Tal existência atribui ao sujeito postura crítica por articular razões no mundo das justificações normativas dadas, no mundo das justificações normativas consideradas justas ou mais justas e no mundo da crítica e da controvérsia, o qual abrange os dois anteriores, pois a obediência perpassa por todas essas esferas ⁴⁹⁶.

O reconhecimento da dignidade do ser humano evita que os concernidos sejam desprezados em questões existenciais ⁴⁹⁷. Agir com dignidade implica em ser tratado como autoridade de justificação, isto é, significa poder se justificar e ser respeitado em igualdade de direitos pelos outros e pelo Estado ⁴⁹⁸. Daí por que a crítica ao poder é a tônica política e moral dessa concepção de dignidade e dos direitos humanos: o poder deve ser regenerado de modo discursivo para que não se converta em dominação por razões insuficientes ⁴⁹⁹.

As pessoas, seres sociais e autônomos, devem ter a possibilidade de determinar as estruturas normativas que as têm como destinatários, o que leva a constatação de que as práticas de justificação estão sempre sujeitas a críticas e questionamentos reflexivos ⁵⁰⁰. A “estrutura básica de justificação” é o primeiro imperativo da justiça que deve ser implementado não como prévio roteiro a ser executado fielmente pelos participantes, mas como “prática discursiva autônoma dos próprios concernidos” ⁵⁰¹. Nela todas as relações sociais, institucionalizadas ou não, reprovadas nos critérios de reciprocidade e de universalidade são consideradas formas de exclusão, privilégio ou controle ⁵⁰².

⁴⁹⁴ *Idem*.

⁴⁹⁵ *Idem*.

⁴⁹⁶ *Idem*.

⁴⁹⁷ *Idem*.

⁴⁹⁸ *Idem*.

⁴⁹⁹ *Idem*.

⁵⁰⁰ MELO, Rúrion. **Crítica e Justificação em Rainer Forst**. Cadernos De Filosofia Alemã: Crítica E Modernidade, (22), p. 22.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 23.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 22-23.

Em sentido semelhante, Friedrich Müller, ao aludir ao povo como destinatário de prestações civilizatórias do Estado, escreve que as pessoas são dotadas de dignidade, personalidade e gozam de proteção jurídica, pelo que devem ser ouvidas pelos tribunais e receber tutela dos direitos humanos ⁵⁰³. Müller entende os direitos humanos, ao lado dos direitos políticos, são imprescindíveis para a legitimidade das democracias ⁵⁰⁴. O povo é considerado o conjunto de pessoas atingido pelo direito vigente e pelos atos decisórios colocados em prática, razão pela qual o Estado de Direito somente se legitima ao atribuir aos cidadãos competências de decisão e sancionamento claramente definidas, mediante tratamento adequado aos destinatários das decisões ⁵⁰⁵. Ambos os critérios inibem a ação estatal e demandam prestações específicas ⁵⁰⁶.

O direito-garantia da fundamentação está no horizonte da justificação do exercício do poder, que pressupõe razões adequadas, discursivamente produzidas pelos destinatários das decisões por meio do devido processo legal. O *status activus processualis* confere os concernidos da jurisdição o papel de participantes ativos da construção das razões empregadas para a coação pública, que não deve se limitar às únicas perspectivas dos juízes ou dos tribunais. Vocacionada a impedir o arbítrio, a fundamentação é prestação civilizatória porque tem em si a função de dar tratamento digno aos destinatários da decisão judicial.

A fundamentação, nessa visada, assume o caráter de *regra de tratamento* vocacionada a obrigar os juízes e os tribunais a considerarem as partes e os interessados como sujeitos de justificação, que tem os direitos: (a) de receber justificativas normativas idôneas sobre a prestação jurisdicional, que repelem posicionamentos arbitrários ou voluntaristas, derivados de fatores estranhos às razões compartilhadas pela comunidade política; e (b) de participar, ativamente, na construção das razões decisórias empregadas para a resolução do caso e de ter os argumentos apreciados com isenção e seriedade.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana ilumina os propósitos do devido processo legal e da fundamentação das decisões judiciais ao compelir os juízes e tribunais a justificarem as próprias decisões com razões compartilháveis, construídas

⁵⁰³ MÜELLER, Friedrich. **Quem é o Povo?** A questão central da democracia. 3ª ed; São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 75.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 76.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, p. 77.

⁵⁰⁶ *Idem*.

democraticamente na esfera legislativa e reconstruídas da mesma forma na seara jurisdicional. A estrutura do sistema judiciário possibilita o exercício da crítica ao poder por meio do escalonamento de órgãos julgadores, com competências específicas, para realizar investigações críticas das instâncias inferiores a partir da insurgência dos destinatários das decisões. A integridade amplia as responsabilidades decisórias e as capacidades críticas dos destinatários das decisões, que sempre podem reivindicar decisões corretas a partir do Direito.

Não é exagero dizer que a fundamentação das decisões judiciais é conceito interpretativo e contestado. Afinal, modelos de racionalidade diversos procuram determinar o sentido que a garantia adquire. No entanto, a própria legislação infraconstitucional contém regras que dão os contornos mínimos ao ato de fundamentar, que serão examinadas no próximo ponto, em consonância com a virtude da integridade.

3. 2 Quais as Condições de Possibilidade Para a Fundamentação Adequada? Os arts. 489, § 1º, e 926, do Código de Processo Civil

O art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil, pode ser compreendido como densificação da garantia da fundamentação. O Poder Legislativo, de certo modo, reagiu aos problemas de justificação que as decisões judiciais têm apresentado e aos posicionamentos dos tribunais que manifestam o propósito de restringir as exigências relacionadas ao dever de fundamentar. O dispositivo é protegido pela cláusula do não retrocesso e diminui a liberdade de conformação do legislador, que não pode simplesmente o revogar ⁵⁰⁷.

O conteúdo do art. 489, § 1º, sempre esteve compreendido na garantia da fundamentação (art. 93, inc. IX, CF), mas nem por isso o preceito é inútil ou meramente simbólico. As definições das hipóteses em que não se consideram fundamentados os provimentos jurisdicionais reduzem a subjetividade na análise da suficiência ou não da fundamentação ⁵⁰⁸. O legislador deixou claras posições

⁵⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

⁵⁰⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 10ª ed; Salvador Juspodivm: 2015, v.2, p. 326.

relevantes para o funcionamento do Estado de Direito, que não se exaurem no dispositivo e possuem projeções em outros trechos do Código ⁵⁰⁹.

Assim, o dispositivo em análise fornece o conteúdo mínimo das decisões judiciais e ostenta natureza formal, uma vez que não assegura, por si só, a correção do mérito decisório ⁵¹⁰. Ou seja, o art. 489, § 1º, contribui para eliminar vícios comuns em provimentos do Poder Judiciário que tinham ocorrido até então sem receber a atenção merecida da doutrina e dos profissionais do Direito. Há que se reconhecer que a inovação legislativa representou vontade de concretizar a Constituição por parte do legislador ⁵¹¹.

As hipóteses do art. 489, § 1º, têm natureza exemplificativa e não exaurem as exigências da fundamentação ⁵¹². Entretanto, fornecem elementos para a compreensão e a crítica dos provimentos jurisdicionais, cuja validade depende das razões neles articuladas pelo órgão decisório. O primeiro caso em que não se considera fundamentada a decisão diz respeito à indicação, reprodução ou paráfrase de ato normativo desacompanhada da explicação da relação com a causa ou a questão decidida (art. 489, § 1º, inc. I).

A exigência da explicação do ato normativo com o caso concreto é dever óbvio que nem por isso dispensa a atenção dos juristas. O motivo da incidência, a interpretação conferida ao dispositivo e as consequências jurídicas precisam ser demonstradas pelo juiz ou tribunal ⁵¹³. As etapas da interpretação, descritas por Dworkin de maneira analítica, são interessantes para expor o nexos temático do preceito com o caso discutido, o sentido atribuído pelo responsável pela decisão e os ajustes posteriores necessários. Com complexidades particulares, obrigam o magistrado a demonstrar que as regras e princípios relacionados se ajustem suficientemente ao caso concreto.

A dificuldade de explicar a relação do ato normativo com o caso varia de acordo com a espécie referida na decisão: a exposição da pertinência das regras é

⁵⁰⁹ PUGLIESE, William Soares; LARA, Juliane Guiesmann de. **A Motivação das...** *Op. cit.*, p. 154.

⁵¹⁰ OURENCINI, Antônio Rogério; COSTA, Yvete Flávio da. **O Conteúdo Mínimo da Fundamentação das Decisões Judiciais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 168.

⁵¹¹ DAL'COL, João Roberto de Sá. **Motivação das Decisões Judiciais: O art. 489, § 1º, do CPC/2015 e a (Re)Descoberta do dever de fundamentação**. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Espírito Santo, 2016, p. 30.

⁵¹² *Ibidem*, p. 68.

⁵¹³ PUGLIESE, William Soares; LARA, Juliane Guiesmann de. **A Motivação das...** *Op. cit.*, p. 155.

mais fácil do que a da pertinência dos princípios ⁵¹⁴, dadas as peculiaridades dos últimos, que não oferecem razões conclusivas e apenas inclinam a decisão em determinado sentido ou em outro. Em todo o caso, permanece o dever de concretude que o dispositivo consagra: impõe-se que o juiz ou tribunal ofereça razões vinculadas ao caso concreto ⁵¹⁵.

Com efeito, o inc. I do § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil proíbe a standardização das decisões, ou seja, a indicação, a reprodução ou a paráfrase de ato normativo sem o respectivo contexto ⁵¹⁶. Veda, portanto, as fundamentações abstratas que escapam do controle intersubjetivo das partes por não contemplarem as razões da incidência no caso ⁵¹⁷.

A simples citação do dispositivo ou recurso que o valha é insuficiente para fundamentar o ato decisório. Se norma e texto não se confundem e aquela somente aparece no caso concreto, mediante processo hermenêutico ⁵¹⁸, as decisões que empregam a estratégia vedada pelo inc. I do § 1º do art. 489 não chegam a articular efetivamente normas. Limitam-se a ser comandos de obediência com referências a textos legais, o que é incapaz de justificar o exercício da coação pública colocada em prática pelo Poder Judiciário.

A hipótese seguinte (art. 489, § 1º, inc. II) considera não fundamentada a decisão judicial que emprega conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto da aplicação no caso. Compreendido no horizonte do dever de concretude, o preceito veda argumentações lacônicas ou genéricas despreocupadas com aspectos fáticos ⁵¹⁹. Registre-se que o dispositivo também abrange as cláusulas gerais, caracterizadas pela indeterminação das hipóteses fáticas de incidência e das consequências jurídicas. A atividade interpretativa precisa relacionar ambos os

⁵¹⁴ *Idem*.

⁵¹⁵ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O Dever de Motivação das...** *Op. cit.*, p. 237.

⁵¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Comentário ao Art. 489, § 1º, I.** In: NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1ª ed; São Paulo: Saraiva, p. 684.

⁵¹⁷ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das Decisões Judiciais**: O controle da interpretação e dos fatos no processo civil. 1ª ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 129. Versão Kindle.

⁵¹⁸ MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**: Introdução à teoria e metódica estruturantes. 1ª ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 162.

⁵¹⁹ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O Dever de Motivação...** *Op. cit.*, p. 238.

aspectos com o caso concreto ⁵²⁰. Os princípios seguem a mesma sorte por terem maior grau de abstração ⁵²¹.

A indeterminação dos conceitos jurídicos, das cláusulas gerais e dos princípios atribui ao agente decisor maior ônus argumentativo para explicitar em que medida guardam pertinência com o caso, tarefa que requer coerência de princípio e justificativas construídas a partir de todo o conjunto do Direito. Ao contrário do que possa parecer, a vagueza dos textos legais não autoriza a discricionariedade ⁵²², mas reforça a responsabilidade política dos juízes, que devem colocar em prática interpretação fiel à principiologia da comunidade política.

Da mesma forma, as decisões que se limitam a invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão não se reputam fundamentadas, consoante o art. 489, § 1º, inc. III. O dispositivo revela compromisso com a hermenêutica da facticidade ao procurar evitar discursos metafísicos que desprezam as particularidades de cada caso concreto ⁵²³. Além disso, a generalidade dos provimentos impossibilita que as partes compreendam as razões decisórias e obriga o reexame completo da causa pelos órgãos jurisdicionais superiores quando da interposição de recursos ⁵²⁴, fatores que enfraquecem o contraditório e a razoável duração do processo.

Cabe consignar que o preceito não impede a padronização de decisões, recurso utilizado pelo Poder Judiciário em virtude do grande volume de trabalho e dos instrumentos tecnológicos disponíveis ⁵²⁵. A racionalização das rotinas nos gabinetes é fundamental para que se obtenham bons resultados e parece receber apoio dos institutos processuais voltados à segurança jurídica, que visam a racionalizar o Poder Judiciário. Os modelos de decisão, a par disso, permitem que se observem as

⁵²⁰ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das Decisões Judiciais**: O controle da interpretação e dos fatos no processo civil. 1ª ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 130. Livro eletrônico.

⁵²¹ PUGLIESE, William Soares; LARA, Juliane Guiesmann de. **A Motivação das** *Op. cit.*, p. 155.

⁵²² STRECK, Lenio Luiz. **Comentário ao Art. 489, § 1º, II**. In: NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1ª ed; São Paulo: Saraiva, p. 684-685.

⁵²³ *Ibidem*, p. 685

⁵²⁴ PUGLIESE, William Soares; LARA, Juliane Guiesmann de. **A Motivação das Decisões** *Op. cit.*, p. 156.

⁵²⁵ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das Decisões...** *Op. cit.*, p. 132. Livro eletrônico.

mesmas fundamentações em casos idênticos ou parecidos, o que contribui para a segurança jurídica ⁵²⁶.

Em verdade, o escopo do dispositivo é o de impedir as decisões genéricas que, ao articularem motivos que poderiam ser utilizados em qualquer caso, não constituem fundamentações efetivas. Invocar argumentos passíveis de serem utilizados em todas as situações despreza o papel que as partes exercem no processo, já que dispõem de instrumentos e de prerrogativas para influenciarem as decisões judiciais.

A propósito, o inc. IV do § 1º do art. 489 consagra a regra que melhor pormenoriza o conteúdo do contraditório e da fundamentação no âmbito de processo democrático: o dever de enfrentar todos os argumentos deduzidos que, em tese, possam informar a conclusão adotada pelo julgador. Se os dispositivos anteriores veiculam deveres de concretude por chamarem atenção aos aspectos fáticos da causa, a presente hipótese introduz o dever de debate ⁵²⁷ – que poderia ser chamado de *dever de consideração* - correspondente ao direito que as partes têm de influenciar substancialmente a decisão.

A completude do provimento somente é obtida com a exposição das razões decisórias que sustentam o dispositivo e quando forem expressamente repelidas as alegações da parte sucumbente ⁵²⁸. A regra contribui para evitar a discricionariedade judicial na escolha dos argumentos relevantes ou não para o desfecho do caso, escolhidos de maneira arbitrária, sem critérios explícitos passíveis de controle intersubjetivo ⁵²⁹. Daniel Polignano Godoy entende que o dispositivo, ao impor a análise dos argumentos que, em tese, possam infirmar a inferência do agente decisório, estabelece certo teste de falseamento que evita a definição autocentrada do que venha ou não a ser relevante ⁵³⁰. Tudo o que possa conduzir a resultado diverso, por força da lei, necessita ser enfrentado ⁵³¹.

⁵²⁶ SILVA, Beclaute Oliveira. **Contornos da Fundamentação no CPC Brasileiro de 2015**. In: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO; DE PEIXOTO, Lucas Buril; FREIRE, Alexandre (Org.). *Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias*. 1ª ed; Salvador: Juspodivm, 2015, v.2, p. 333.

⁵²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1ª ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 493.

⁵²⁸ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O Dever de Motivação...** *Op. cit.*, p. 240.

⁵²⁹ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O Dever de Motivação...** *Op. cit.*, p. 240.

⁵³⁰ GODOY, Daniel Polignano. **A Fundamentação das Decisões Judiciais**: O art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 e a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais. 1ª ed; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 46.

⁵³¹ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O Dever de Motivação...** *Op. cit.*, p. 240.

O dever de considerar os argumentos das partes é corolário da concepção tridimensional do princípio do contraditório, que assegura os direitos à informação, manifestação e de influência ⁵³². As fundamentações, nesse contexto, devem ser construídas com ampla participação das partes e não reduzidas ao discurso unilateral e autorreferente do agente decisor ⁵³³. Ignorar esse dever enfraquece o devido processo legal: seria inútil assegurar as condições para que as partes participassem dos rumos do deslinde do caso se, na decisão judicial, as manifestações não fossem tratadas com atenção.

No entanto, o dever em análise não tem sido recebido com entusiasmo pelos tribunais brasileiros. Leonardo Zehuri Tovar observa que o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que o órgão decisório não está obrigado a enfrentar todas as alegações das partes quando tiver encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (MS 21.315/DF), a despeito da determinação oposta contida no inc. IV do § 1º do art. 489 ⁵³⁴. A reação do legislador, contudo, impede que se reafirme o entendimento formado na vigência do Código de Processo Civil de 1973, porquanto se passou do modelo da fundamentação suficiente para o modelo da fundamentação exauriente ⁵³⁵.

Segundo Carlos Frederico Bastos Oliveira, fundamento do Superior Tribunal de Justiça é logicamente contraditório porque o critério legal para se enfrentar ou não determinado argumento não é “o motivo suficiente para proferir a decisão”, mas a possibilidade de, “em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgado” ⁵³⁶. Operou-se mudança paradigmática no controle das decisões judiciais: do convencimento subjetivo do juiz - ligado à filosofia da consciência - para a intersubjetividade – vinculada à filosofia da linguagem ⁵³⁷.

Já a hipótese do inc. V do § 1º do art. 489 prevê que não se considera fundamentada a decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula,

⁵³² MACHADO, Daniel Carneiro. **A Visão Tridimensional do Contraditório e a Sua Repercussão no Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais no Processo Democrático**. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 41, dez. 2014, p. 71.

⁵³³ *Ibidem*, p. 75-76.

⁵³⁴ TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do Direito e Decisão Judicial**: Elementos para a compreensão de uma resposta adequada. 2ª ed; Salvador: Juspodivm, 2020, p. 287.

⁵³⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**. 1ª ed; Salvador: Juspodivm, 2016, p. 810.

⁵³⁶ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das Decisões...** *Op. cit.*, p. 135, livro eletrônico.

⁵³⁷ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das Decisões...** *Op. cit.*, p. 135, livro eletrônico.

sem identificar os fundamentos demonstrar que o caso concreto se ajusta a eles. Preocupa-se o dispositivo com a aplicação dos provimentos vinculantes porque a incidência deles não se dá mecanicamente, sem mediações interpretativas por parte do agente decisor ⁵³⁸.

Os precedentes são decisões judiciais que contêm princípios impositivos, chamados de *ratio decidendi* ou razão de decidir ⁵³⁹. Limita-se a força gravitacional aos argumentos de princípios, excluídos os argumentos de política, que precisam ser discernidos com fulcro na teoria dos erros ⁵⁴⁰. Daí por que nem todas as decisões judiciais merecem ser consideradas modelos para casos futuros, a exemplo da suspensão da tutela antecipada nº 91, do Supremo Tribunal Federal, derivada de argumentos de políticas e não de princípios, que interrompeu o fornecimento de fármacos a pacientes renais crônicos por considerar que as políticas públicas precisam contemplar todos e não somente demandas individuais, capazes de inviabilizar o sistema público de saúde ⁵⁴¹.

Da mesma forma, a aplicação dos enunciados de súmulas requer atenção aos casos que a geraram. Não há como argumentar a partir de provimentos vinculantes sem considerar as origens, o significado e a pertinência com o caso concreto ⁵⁴². Considerar apenas o enunciado, a despeito das decisões que contribuíram para a formação do verbete, equivale a desprezar fatores decisivos para a correção da atividade interpretativa, que depende da adequação ao caso examinado e do desenvolvimento dos princípios subjacentes à prática judicial que se consolidou na forma sumular.

O dispositivo impõe racionalidade na utilização dos precedentes pelo juiz ou tribunal, com o escopo de evitar citações descontextualizadas de ementários de acórdão ⁵⁴³. Institui o dever de concretude relacionado aos precedentes e às súmulas, tal como a primeira hipótese de não fundamentação estudada, que veda reproduções ou paráfrases de atos normativos desprovidas das relações com o caso concreto ⁵⁴⁴.

⁵³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Comentário ao Art....** *Op. cit.*, p. 685

⁵³⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare Decisis, Integridade e...** *Op. cit.*, p. 185.

⁵⁴⁰ Confira-se o capítulo 1, item 1.2.

⁵⁴¹ 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. Revista Direito GV, v. 5, 2009, p. 65.

⁵⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1ª ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 494.

⁵⁴³ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O Dever de Motivação...** *Op. cit.*, p. 241.

⁵⁴⁴ *Idem*.

Não basta o registro textual do precedente ou da súmula para que se observem esses padrões normativos.

A última hipótese de decisão não fundamentada (art. 489, § 1º, inc. VI) configura-se quando o juiz não segue enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte e deixa de demonstrar distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*), com o propósito de promover a segurança jurídica, o contraditório e o sistema de precedentes ⁵⁴⁵. Para não aplicar tais parâmetros decisórios, o juiz deve explicar as razões que os distinguem ⁵⁴⁶. Ou seja, explicar as diferenças entre os elementos fáticos e jurídicos que aconselham a não aplicação do modelo de decisão sustentado pela parte.

O emprego correto da distinção compreende o cumprimento de três etapas: (a) a identificação das circunstâncias fáticas do caso pretérito que compõem os fundamentos determinantes; (b) a identificação das circunstâncias fáticas do caso presente; e (c) a demonstração de que questões fáticas pontuais impedem o emprego do precedente ⁵⁴⁷. A metodologia contribui para que não se incorra em distinções inconsistentes, que acabam por contrair o alcance do precedente com fatos e argumentos incapazes de justificar a diferenciação ⁵⁴⁸.

A superação ou o *overruling*, por sua vez, consiste na justificativa para a mudança de entendimento ⁵⁴⁹. A revogação do precedente antigo pelo novo pode ocorrer com ou sem efeitos retrospectivos ⁵⁵⁰. Em todo o caso, as razões da superação do posicionamento anterior devem demonstrar que nele havia erros ou princípios que perderam força com o tempo. A estabilidade buscada por meio dos precedentes não pode ser indiferente à realidade sociopolítica e pode, em algumas circunstâncias, ser sacrificada em nome da integridade ⁵⁵¹.

⁵⁴⁵ PUGLIESE, William Soares; LARA, Juliane Guiesmann de. **A Motivação das Decisões...** *Op. cit.*, p. 157-158.

⁵⁴⁶ *Idem*.

⁵⁴⁷ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das Decisões Judiciais**: O controle da interpretação e dos fatos no processo civil. 1ª ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 141. Versão Kindle.

⁵⁴⁸ PEIXOTO, Ravi. **O Sistema de Precedentes Desenvolvidos pelo CPC/2015**: Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). Revista de Processo, vol. 248/2015, out./2015, p. 9-10.

⁵⁴⁹ PUGLIESE, William Soares LARA, Juliane Guiesmann de. **A Motivação das...** *Op. cit.*, p. 158.

⁵⁵⁰ GONÇALVES, Gláucio Maciel; DE ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício. **O Prospective Overruling nas Supremas Cortes Brasileiras**: A possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do Novo Código de Processo Civil – CPC/2015. Revista de Processo, vol. 258/2016, Ago./ 2016, p. 28-29.

⁵⁵¹ 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* na Sociedade

Note-se que há outros dispositivos que consagram exigências de fundamentação em leis diversas. O art. 315, § 2º, do Código de Processo Penal, reproduz as hipóteses do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil, com o que densificou a garantia da fundamentação, o que se revela imprescindível para a consolidação do modelo acusatório no Brasil. Também a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro associou o dever de concretude às consequências das decisões proferidas no âmbito administrativo, controlador ou judicial (arts. 20 e 21), a fim de afastar provimentos genéricos.

O conteúdo do § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil elenca os requisitos mínimos da fundamentação. Mas, outros critérios podem e devem ser relacionados ao ato de fundamentar. A propósito, o rol não dedica atenção aos casos em que as decisões deixam de aplicar as leis invocadas pelas partes injustificadamente.

Daí por que a proposta de que somente em seis hipóteses o juiz pode não aplicar algum ato normativo, desenvolvida por Streck, ganha relevância: (a) quando a lei for inconstitucional, assim reconhecida por meio de controle difuso ou concentrado; (b) nos casos de incidência de critérios de resolução de antinomias; (c) nas situações de interpretação conforme a Constituição; (d) nos casos de nulidade parcial sem redução de texto; (e) nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; e (f) quando algum princípio afastar a incidência da regra ⁵⁵².

Alude-se, também, ao dever de clareza das decisões, que precisam ser compreensíveis aos destinatários. A objetividade concorre para que as decisões sejam inteligíveis, uma vez que somente as questões suscitadas ou conhecíveis de ofício devem ser apreciadas ⁵⁵³. Muitas vezes, fundamentações longas, com citações descontextualizadas, ocultam déficits relacionados com o caso concreto, defeito que compromete o ato de fundamentar ⁵⁵⁴. Ademais, a linguagem simples e acessível favorece o controle das partes e da sociedade. Os critérios do art. 11, da Lei Complementar nº 95/1998, que versam sobre a elaboração de leis, revelam-se interessantes para a linguagem das decisões ⁵⁵⁵.

Contemporânea. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011, p. 192-193.

⁵⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso...** *Op. cit.*, p. 604-605.

⁵⁵³ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O Dever de Motivação...** *Op. cit.*, p. 215.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, p. 216.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, p. 217.

Portanto, existem outros critérios que precisam ser considerados no ato decisório, que variam muito a depender da perspectiva teórica adotada, como a coerência e a universalidade, de Neil MacCormick ⁵⁵⁶. Saliente-se que o próprio Código de Processo fixa outros requisitos para a fundamentação adequada: o art. 926 dispõe que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Uma das justificativas para que se atribuam aos tribunais tais deveres é a necessidade de racionalização do Poder Judiciário. Em estudo divulgado pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho e Marcelo Baumann Burgos, 52% (cinquenta e dois por cento) dos juízes de primeiro grau entrevistados afirmaram que o magistrado não deve se pautar por jurisprudências e que as súmulas e os precedentes vinculantes prejudicam a independência funcional ⁵⁵⁷. Entre os juízes de segundo grau de jurisdição, os números levantados foram semelhantes ⁵⁵⁸. Na Justiça Federal, 34,5% (trinta e quatro vírgula cinco por cento) dos entrevistados responderam que esses padrões decisórios ferem a independência da magistratura ⁵⁵⁹.

A despeito da expressividade das opiniões negativas sobre os reflexos dos provimentos vinculantes em relação à autonomia funcional, a grande maioria dos entrevistados concorda que o sistema de súmulas e de precedentes vinculantes garante maior celeridade e segurança jurídica, qualidades que promovem a racionalização do Poder Judiciário ⁵⁶⁰. A pesquisa, portanto, demonstra que a observância das decisões dos tribunais é ambígua na visão dos magistrados: se a segurança jurídica e a celeridade têm sido relacionadas pela grande maioria dos ouvidos aos provimentos vinculantes, boa parte deles reputa que tais parâmetros afetam a independência funcional.

Anote-se que a independência funcional não é violada ou enfraquecida pela jurisprudência, precedentes ou súmulas vinculantes, já que a garantia assegura que

⁵⁵⁶ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. 1ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁵⁵⁷ VIANNA, Luiz Werneck; DE CARVALHO, Maria Alice Rezende; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem Somos. A Magistratura que Queremos**. Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Disponível em: [https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/#:~:text=Idealizada%20pela%20Associa%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Magistrados,Supremo%20Tribunal%20Federal%20\(STF\).](https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/#:~:text=Idealizada%20pela%20Associa%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Magistrados,Supremo%20Tribunal%20Federal%20(STF).), acesso em 24.11.2021, às 20h34min.

⁵⁵⁸ *Idem*.

⁵⁵⁹ *Idem*.

⁵⁶⁰ VIANNA, Luiz Werneck; DE CARVALHO, Maria Alice Rezende; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem Somos....** *Op. cit.*, página eletrônica.

os membros do Poder Judiciário possam decidir as causas livres de ingerências internas ou externas. A responsabilidade pelo ato decisório implica no dever de contribuir para que se dispense tratamento igualitário ao jurisdicionado, consequência da própria noção de sistema. Talvez as poucas referências que os entrevistados fizeram a autores como Hans Kelsen, Dworkin e Alexy – cerca de 6% (seis por cento) em primeiro e segundo graus de jurisdição – revelam certo déficit de compreensão dos juízes acerca do papel que os provimentos vinculantes e a própria fundamentação devem exercer ⁵⁶¹.

Os vetores do art. 926, do Código de Processo Civil, devem ser interpretados em consonância com a Teoria do Direito. A doutrina tem disputado os possíveis sentidos da coerência e da integridade, de acordo com três propostas teóricas ⁵⁶²: a primeira corrente prega que tanto a coerência quanto a integridade devem ser interpretadas em conformidade com o pensamento de Dworkin ⁵⁶³; a segunda corrente preconiza que as categorias não induzem à adoção da teoria dworkiniana, especialmente a resposta correta, sob pena de comprometimento da unidade de sentido do Código ⁵⁶⁴; e a terceira corrente entende que há convergência de conteúdo entre aos conceitos de coerência e de integridade, de Dworkin, e de consistência e coerência, de MacCormick ⁵⁶⁵.

Uma das preocupações que impediriam a adoção exclusiva da leitura dworkiniana do Código de Processo Civil seria a unidade. Existem institutos como a ponderação e a proporcionalidade (arts. 8º e 489, § 2º) que são estranhas ao pensamento de Dworkin ⁵⁶⁶. De fato, a solução por “platôs filosóficos”, que permite o emprego da filosofia para a compreensão de assuntos dogmáticos, evita o compromisso excessivo com ideias controversas como a resposta correta, abrangida pela noção de integridade ⁵⁶⁷.

⁵⁶¹ Idem.

⁵⁶² PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das Decisões...** *Op. cit.*, p. 99. Livro eletrônico.

⁵⁶³ STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. **O Que é Isto? - O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes?** 2ª ed; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

⁵⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1ª ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 873.

⁵⁶⁵ COPETTI NETO, Alfredo; ZANETI JR, Hermes. **Os Deveres de Coerência e Integridade**: A mesma face da medalha? A convergência de conteúdo entre Dworkin e MacCormick na teoria dos precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes. *Derecho y Cambio Social*. 2016, p. 16.

⁵⁶⁶ COPETTI NETO, Alfredo; ZANETI JR, Hermes. **Os Deveres de Coerência e Integridade**: A mesma face da medalha? A convergência de conteúdo entre Dworkin e MacCormick na teoria dos precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes. *Derecho y Cambio Social*. 2016, p. 15.

⁵⁶⁷ Idem.

É inegável que a filosofia dworkiniana suscita discussões intensas, sobretudo sobre a existência ou não de respostas corretas, questionamentos que dividem teóricos importantes ⁵⁶⁸. Também não se pode impor ao intérprete o dever de compreender o ordenamento jurídico brasileiro segundo a perspectiva teórica de Dworkin. Há outras propostas interessantes que disputam espaço nos discursos acadêmico e prático.

Todavia, a resposta correta como postulado, horizonte a ser perseguido pelos juízes e tribunais para a construção de interpretações melhores, com o propósito de manter os princípios de moralidade política e de adaptar os padrões decisórios às situações que pedem soluções que não podem ser atendidas pelo convencionalismo ou pelo pragmatismo, em virtude das limitações que apresentam ⁵⁶⁹, contribui para que os atos decisórios ganhem em termos de legitimidade. O que torna a teoria atraente é a capacidade de assegurar a coerência de princípio entre as sucessivas decisões, especialmente no Brasil, onde as zonas de autarquia, nas quais abunda a irracionalidade institucional, têm prejudicado tanto a segurança jurídica quanto a legitimidade dos provimentos jurisdicionais ⁵⁷⁰. Ainda que nem sempre seja sempre possível alcançar resultados tão magnânimos, vale o esforço e o engajamento das autoridades públicas para levar a sério o ordenamento.

A integridade, virtude política com dimensões legislativas e jurisdicionais, reclama a criação e a interpretação das leis de forma que expressem coerência moral, segundo a concepção explorada de Dworkin. A partir dela, os magistrados precisam tratar o sistema normativo como se expressasse conjunto coerente de princípios e encontrar nele normas implícitas entre as normas explícitas ⁵⁷¹. A prática jurídica é exercício interpretativo e as proposições jurídicas decorrem da interpretação da história jurídica, mediante elementos descritivos e valorativos ⁵⁷².

Com efeito, a integridade vai além da previsibilidade ao pedir que as decisões tenham compromissos com a visão coerente dos direitos e dos deveres das pessoas, de modo que a vinculação dos tribunais aos provimentos anteriores significa que é

⁵⁶⁸ AARNIO, Aulis. **La Tesis de La Única Respuesta Correcta y El Principio Regulativo del Razonamiento Jurídico**. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho 8 (1990), p. 32.

⁵⁶⁹ SENS, Sheila Catarina da Silva. **A Teoria Interpretativa de Dworkin**: Um modelo construtivo. v. 16 n. 31 (2013): Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas, p. 22.

⁵⁷⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as...** *Op. cit.* p. 70.

⁵⁷¹ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. **Os Precedentes Judiciais, o Art. 926 e Suas Propostas de Fundamentação**: Um diálogo com concepções contrastantes. Revista de Processo, Jan/2017, p. 346.

⁵⁷² *Idem*.

preciso dialogar com o passado ⁵⁷³. Em outras palavras, os precedentes podem ser aplicados, distinguidos e até mesmo superados, mas nunca ignorados nos julgamentos seguintes ⁵⁷⁴. Na interação com o passado, o juiz que se implica naquilo que se chama de romance em cadeia deve considerar não apenas o conteúdo explícito das decisões pretéritas, mas também os princípios nela contidos que justificam a prática como um todo ⁵⁷⁵.

A integridade não impõe obediência irrefletida aos precedentes ⁵⁷⁶; antes, amplia a responsabilidade política dos juízes e dos tribunais ao requerer que se esquadrinhem os provimentos passados para se diferenciar o que pode ou não ser legitimado de acordo com os princípios da comunidade política. O processo de justificação dos precedentes ocorre por contínua interpretação, que se renova e preserva as exigências da justiça.

Daí que a integridade demanda respeito à história institucional da aplicação dos precedentes. As rupturas do romance em cadeia, quando necessárias, pressupõem fundamentações idôneas, a fim de que se evitem arbitrariedades ou violações ao princípio do contraditório, que ocorrem quando os juízes ou tribunais ignoram as decisões políticas anteriores ⁵⁷⁷. Insista-se que as mudanças não são proibidas e a integridade não busca a segurança jurídica a qualquer custo, já que anseia fazer com que o Direito seja melhor, o que, por vezes, pode levar o intérprete a divergir de entendimentos consolidados.

Além disso, a integridade reclama que os precedentes tenham compatibilidade entre si e veda decisões salomônicas, que incorrem em inconsistências de princípio ⁵⁷⁸. William Soares Pugliese lembra que o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a união estável e o casamento devem ser equiparados para todos os efeitos ⁵⁷⁹. Anos mais tarde, o mesmo Ministro Relator da mencionada equiparação entendeu que a outorga uxória somente seria aplicável ao casamento e não à união estável, o que viola o ideal em questão ⁵⁸⁰.

⁵⁷³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Escrevendo um Romance por Meio dos Precedentes Judiciais**: Uma possibilidade de segurança para a jurisdição constitucional brasileira. A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, abr./jun. 2014, p. 188.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 189.

⁵⁷⁵ *Idem*.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 191.

⁵⁷⁷ TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do Direito e Decisão Judicial**: Elementos para a compreensão de uma resposta adequada. 2ª ed; Salvador: Juspodivm, 2020, p. 333.

⁵⁷⁸ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da Jurisprudência...** *Op. cit.* p. 110.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 110-111.

⁵⁸⁰ *Ibidem*, p. 111-112.

Decisões desse tipo rompem com a cadeia de precedentes e violam a coerência de princípio que assegura a igualdade de tratamento dos jurisdicionados: não há como se extrair qual o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, pois a união estável, ao mesmo tempo em que é formalmente equiparada ao casamento, continua a receber regulações diversas em questões específicas, como na outorga uxória. Houve ou não equiparação? Trata-se de decisão que se assemelha ao tabuleiro de xadrez ⁵⁸¹.

A coerência, por sua vez, pede que casos iguais recebam tratamentos semelhantes ⁵⁸². Os casos análogos precisam ser decididos com as mesmas regras e principalmente com os mesmos princípios aplicados nos casos anteriores ⁵⁸³. Uma das dimensões da coerência consiste na obrigação de que os tribunais observem seus próprios precedentes, o que foi incorporado ao Enunciado nº 455, do Fórum Permanente dos Processualistas Civil ⁵⁸⁴. A virtude da coerência, portanto, reforça as eficácias horizontal e vertical dos precedentes, essenciais à construção de redes inteiriças de justificação.

A coerência e a integridade afastam interpretações arbitrárias ou discricionárias, fundadas em posturas voluntaristas, que expressam a visão particular do agente decisório acerca do que lhe parece mais justo ou melhor, cujo papel é prolatar a decisão constitucionalmente adequada ⁵⁸⁵. O propósito da coerência e da integridade, segundo Alexandre Câmara Freitas, é o de assegurar a isonomia substancial: a decisão deve ser construída com a participação das partes, a partir dos provimentos anteriores (integridade), a fim de que os casos parecidos tenham aplicados os mesmos princípios (coerência) ⁵⁸⁶.

A estabilidade significa que as linhas decisórias constantes e uniformes dos tribunais não podem ser abandonadas discricionária ou arbitrariamente, como se nunca houvessem existido ⁵⁸⁷. A estabilidade também impõe aos órgãos fracionários o dever de seguir a jurisprudência da corte ⁵⁸⁸. De qualquer modo, a superação de entendimentos é possível e o próprio Código de Processo Civil indica níveis de

⁵⁸¹ *Ibidem*, p. 112.

⁵⁸² Confira-se o capítulo 1, item 1.2.

⁵⁸³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 7ª ed; São Paulo: Atlas, 2021, p. 444.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 444.

⁵⁸⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo...** *Op. cit.* p. 444.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p. 445.

⁵⁸⁷ *Idem*.

⁵⁸⁸ *Idem*.

fundamentação específicos, que preservem os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (art. 927, § 4º), pelo que as mudanças de entendimentos precisam ser justificadas e enfrentadas eventuais modulações temporais dos novos posicionamentos (art. 927, § 3º) ⁵⁸⁹.

Ainda, o dever de uniformização a que alude o art. 926 é mais bem compreendido à luz das teorizações do Direito Comercial Internacional, uma vez que o compartilhamento da disciplina por diversas jurisdições necessita de harmonização para atender ao livre mercado, conforme explica Pugliese ⁵⁹⁰, a partir da exposição de Camilla Baasch Andersen ⁵⁹¹. Aplicada ao âmbito interno, a uniformidade promove a consonância dos enunciados normativos federais, estaduais e municipais, desafio do autogoverno da federação ⁵⁹².

No âmbito do Direito Comercial Internacional, Andersen define a uniformidade como a preocupação em assegurar efeitos similares na aplicação das normas jurídicas compartilhadas por diferentes jurisdições, mesmo que esses efeitos demonstrem algum grau de variação ⁵⁹³. Cuida-se de qualidade que somente pode ser obtida na aplicação e não na criação dos enunciados normativos, já que os textos legais são desprovidos de concretude ⁵⁹⁴. O conceito de uniformidade é adequado para se explicar o enunciado normativo do art. 926, do Código de Processo Civil, de modo que o ordenamento jurídico nacional será uniformemente aplicado se garantir a produção de efeitos similares aos casos parecidos ⁵⁹⁵.

Acrescente-se que o dever de uniformidade pressupõe que o tribunal não se omita diante das divergências internas, entre seus órgãos fracionários, a respeito do mesmo assunto ⁵⁹⁶. Uma das consequências da uniformidade é o dever de editar súmulas correspondentes à jurisprudência dominante segundo as circunstâncias fáticas dos precedentes que a geraram (art. 926, §§ 1º e 2º) ⁵⁹⁷. As súmulas dos

⁵⁸⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo...** *Op. cit.* p. 440.

⁵⁹⁰ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da Jurisprudência...** *Op. cit.* p. 136.

⁵⁹¹ ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law**. Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination Provisions of the CISG. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007, p. 3.

⁵⁹² PUGLIESE, William Soares. **Princípios da Jurisprudência...** *Op. cit.* p. 136-137.

⁵⁹³ ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of...** *Op. cit.* p. 6-7.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, p. 6.

⁵⁹⁵ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da Jurisprudência...** *Op. cit.* p. 139.

⁵⁹⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. **Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais**: Uniformidade, integridade e coerência da jurisprudência. Revista da Faculdade Mineira de Direito 18.36 (2015), p. 116.

⁵⁹⁷ *Idem*.

tribunais servem para evitar que dissidências entre os órgãos comprometam a previsibilidade das decisões judiciais, fenômeno que prejudica a segurança jurídica, a isonomia e a credibilidade do Poder Judiciário ⁵⁹⁸.

O dever de uniformização, contudo, não é fim em si mesmo: a legitimidade da atuação dos tribunais depende da concretização dos ideais normativos da coerência, da integridade, da estabilidade e da coerência ⁵⁹⁹. A uniformidade é tributária de argumentos de princípio que visam a estabelecer a igualdade de respeito e de consideração.

Desse modo, o art. 489, § 1º, e o art. 926, do Código de Processo Civil, prescrevem as condições de possibilidade da fundamentação adequada, que asseguram níveis mínimos de cognoscibilidade do conteúdo decisório e de racionalidade na formação e na aplicação da jurisprudência, dos precedentes e dos enunciados de súmulas. Sem os cuidados metodológicos e principiológicos que estão explicitados na legislação infraconstitucional, protegida pela vedação do retrocesso, a garantia não cumpre a sua função de limitar o poder estatal e de justificar o exercício da jurisdição perante os indivíduos.

A despeito das exigências relacionadas à fundamentação, como as partes podem agir quando as coisas não vão bem? Constatadas crises de fundamentação, os interessados têm o direito criticar as decisões judiciais e de exigir reanálises de acordo com os instrumentos processuais adequados.

3. 3 Quais os Instrumentos Para se Exigir Fundamentação?

As medidas processuais de impugnação das decisões precisam ser compreendidas como instrumentos pelos quais o interessado pode obrigar o Judiciário a fundamentar ou a rever a fundamentação dos próprios provimentos, por meio do exercício crítico do poder assegurado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF). As crises de fundamentação expõem os destinatários a ingerências injustificadas e inaceitáveis, que, por serem coautores da produção e da aplicação do ordenamento jurídico, possuem o direito de participar da elaboração do

⁵⁹⁸ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da Jurisprudência...** *Op. cit.* p. 143.

⁵⁹⁹ *Ibidem*, p. 145.

ato decisório e de esquadriñar como se deu o exercício de parcela da soberania concedida aos juízes ⁶⁰⁰.

Os instrumentos pelos quais o interessado pode exigir a fundamentação dos atos decisórios derivam do direito fundamental de ter as pretensões fundamentadas. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais exerce papel relevante para que se viabilize esse direito, na medida em que criação de instituições e de mecanismos processuais permitem postulação em Juízo e o controle da fundamentação pelas vias recursais.

Registre-se que o direito à fundamentação confere ao jurisdicionado a oportunidade de participar ativamente do processo, produzir provas e de influenciar a decisão a ser prolatada. Em suma, o controle dos atos típicos praticados pelos juízes e pelas cortes, por meio da crítica dedicada à construção de justificativas idôneas, conecta-se com vários direitos e garantias fundamentais que introduzem elementos democráticos no processo, os quais dão ao destinatário do poder o papel de corresponsável pela forma como os seus assuntos são tratados.

A medida pertinente de impugnação pode variar de acordo com a gravidade dos defeitos de fundamentação. Embora existam divergências quanto à possibilidade de haver ou não atos processuais inexistentes, adota-se o posicionamento sustentado por Lucca ⁶⁰¹, segundo o qual, à semelhança dos atos jurídicos, as decisões judiciais devem completar o ciclo de existência, da validade e da eficácia, com o preenchimento dos pressupostos ou requisitos de cada fase ⁶⁰².

O plano da existência diz respeito aos fatos do mundo que atraem a incidência da norma jurídica, como a manifestação de vontade nos contratos ⁶⁰³. O plano da eficácia trata dos requisitos que o ordenamento jurídico estabelece para que o ato possa produzir os efeitos desejados (art. 104, CC) ⁶⁰⁴. Por fim, o plano da eficácia versa sobre os efeitos do ato, que podem ou não ter sido queridos pelos agentes ⁶⁰⁵.

⁶⁰⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. 1ª ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 79-80.

⁶⁰¹ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O Dever de Motivação...** *Op. cit.* p. 243.

⁶⁰² MIRANDA, Pontes de Miranda. **Tratado de Direito Privado Parte Geral**: Validade. Nulidade. Anulabilidade. Tomo IV. 1ª ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 66.

⁶⁰³ SCHMIDT, Jan Peter. **Vida e Obra de Pontes de Miranda a Partir de uma Perspectiva Alemã – com Especial Referência à Tricotomia ‘Existência, Validade e Eficácia do Negócio Jurídico’**. Revista Fórum de Direito Civil–RFDC, v. 3, n. 5, 2014, p. 135-138.

⁶⁰⁴ SCHMIDT, Jan Peter. **Vida e Obra...** *Op. cit.* p. 135-138.

⁶⁰⁵ *Idem*.

A inexistência, a nulidade e a ineficácia desafiam, por vezes, instrumentos diferentes ataque, com regimes jurídicos específicos.

Não ultrapassam o plano da existência as sentenças sem dispositivo, fundamentação ou relatório, o último dispensável no microssistema dos Juizados Especiais (art. 38, Lei 1º 9.099/1995). Também os vícios relacionados à congruência entre os pedidos e a sentença caracterizam inexistência e não nulidade do ato decisório ⁶⁰⁶. As decisões *infra petita* são inexistentes por ausência de dispositivo, requisito essencial da sentença (art. 489, CPC), uma vez que não existem em relação aos pedidos deduzidos ⁶⁰⁷. Ou seja, por deixarem de apreciar parte da demanda, não ultrapassam a dimensão da existência na parte em que se omitiram sobre algum dos pedidos formulados.

De modo parecido, as decisões *ultra* e *extra petita* são inexistentes em razão da falta de pedido: em ambos os casos, os provimentos exorbitam a pretensão e concedem vantagens maiores ou não requeridas pelas partes, sem que haja o respectivo processo ⁶⁰⁸. A inércia da jurisdição, característica vinculada à imparcialidade do órgão julgador, somente é afastada com a iniciativa do jurisdicionado, que procura concretizar os próprios anseios com o direito de ação, voltado a provocar o Poder Judiciário. Na falta de pedido, não há processo nem a inércia pode ser afastada ⁶⁰⁹.

Essas situações denotam graves vícios decisórios que caracterizam atos inexistentes: no caso de julgamentos *infra petita*, o dispositivo não abrange todas as demandas cumuladas; nos casos de julgamentos *ultra* e *extra petita*, há manifestação jurisdicional sem provocação, hipóteses que demonstram o não cumprimento dos requisitos atinentes ao plano da existência das decisões judiciais, em regra, dependentes de pedidos que obrigam o agente decisório a sair do estado inicial de inércia.

A par disso, outro caso de violação da congruência diz respeito à fundamentação *per relationem*, técnica pela qual o juiz adota manifestações das partes ou outras decisões como razão de decidir ⁶¹⁰. O defeito gera a inexistência e

⁶⁰⁶ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O Dever de Motivação...** *Op. cit.* p. 250.

⁶⁰⁷ *Idem.*

⁶⁰⁸ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O Dever de Motivação...** *Op. cit.* p. 251.

⁶⁰⁹ *Idem.*

⁶¹⁰ OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Nulidade da Sentença e o Princípio do Contraditório.** 1ª ed; São Paulo: Saraiva, 2004, p. 225.

não a nulidade do ato decisório, já que o magistrado está obrigado a expressar a valoração dos argumentos que o convenceram, isto é, tem o papel de ressignificar as alegações conforme a própria interpretação do Direito ⁶¹¹. A adoção pura e simples das manifestações das partes ou de outras decisões como fundamentos para se decidir é mais grave do que a argumentação genérica, vedada pelo dever de concretude, porquanto não chega a indicar o entendimento que o órgão jurisdicional formou a respeito da matéria.

Embora a fundamentação *per relationem* encontre guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ⁶¹² e tenha sido muito utilizada pelas cortes, a técnica não resiste às exigências da garantia da fundamentação, que, na qualidade de direito jusfundamental, deve ser interpretada de acordo com a máxima efetividade, fator que amplia a sua efetividade e a responsabilidade do agente decisório para que se alcancem justificativas idôneas.

Outras hipóteses de inexistência foram levantadas ainda por Pontes de Miranda, como as sentenças proferidas por quem não está investido no cargo de autoridade judiciária, não publicadas nos meios oficiais e publicadas sem que tenham sido prolatadas no respectivo processo, bem como as que revelam conteúdos que tenham impossibilidades física, lógica, jurídica e moral por romperem com o ordenamento jurídico e estabelecerem comandos inaceitáveis ou que tenham sido ditadas contra pessoa que goze de extraterritorialidade ⁶¹³.

Tais vícios configuram *error in procedendo* e podem ser atacados por meio dos recursos adequados para cada decisão, que têm finalidades corretivas, preventivas e de uniformização da aplicação do Direito, ao promoverem o reexame das matérias decididas pelo mesmo órgão ou pelo órgão superior ⁶¹⁴, a exemplo dos

⁶¹¹ *Idem*.

⁶¹² “Revela-se legítima e plenamente compatível com a exigência imposta pelo art. 93, IX, da Constituição da República, a utilização, por magistrados, da técnica da motivação *per relationem*, que se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos, mesmo as produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou por autoridades públicas, cujo teor indique os fundamentos de fato e/ou de direito que justifiquem a decisão emanada do Poder Judiciário. Precedentes” [MS 25.936 ED, rel. min. Celso de Mello, j. 13-6-2007, P, DJE de 18-9-2009. AI 814.640 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 2-12-2010, 1ª T, DJE de 1º-2-2011. HC 92.020, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 21-9-2010, 2ª T, DJE de 8-11-2010.

⁶¹³ MIRANDA, Pontes. **Tratado da Ação Rescisória**. 2ª ed; Campinas: Bookseller, 2003, p. 444.

⁶¹⁴ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**. 10ª ed; São Paulo: Saraiva, 2014, p. 43.

embargos declaratórios e da apelação ⁶¹⁵, que podem ser utilizados para combater erros de forma.

Não obstante, exauridos os prazos recursais, a ação declaratória de inexistência ou a *querela nullitatis insanabilis* continua a ser instrumento cabível para a hipótese, pois o ato decisório inexistente não se convalida com o decurso do tempo, além de ser incapaz de formar coisa julgada ⁶¹⁶, o que permite ao interessado, a qualquer momento, dada a ausência de prazos prescricionais, buscar a invalidação em Juízo ⁶¹⁷.

A ação rescisória é outra opção válida para se combater a decisão inexistente submetida aos efeitos da coisa julgada e de postular novo julgamento ⁶¹⁸. Acórdãos, sentenças, decisões interlocutórias e decisões monocráticas são passíveis de desconstituição por meio da medida, que se destina aos provimentos que versem sobre matéria de mérito ⁶¹⁹. Os provimentos acometidos de defeitos de congruência consubstanciam violações manifestas de normas jurídicas (art. 966, inc. V, CPC), uma vez que a regra da correspondência entre o pedido e a decisão reflete princípios os constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da imparcialidade, considerados normas vinculantes ⁶²⁰.

Em relação às decisões que incorrem nas hipóteses de não fundamentação previstas no art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil, caracteriza-se nulidade pela ausência de conteúdo justificatório mínimo. O dispositivo consagra as condições de possibilidade para que os atos decisórios sejam válidos, na falta dos quais se aplica a sanção do inc. IX do art. 93 da Lei Maior.

As decisões nulas podem ser atacadas por meio dos recursos para que se obtenha novo julgamento. Por se tratar de *error in procedendo*, a declaração de nulidade do provimento implica na devolução da matéria ao órgão jurisdicional inferior

⁶¹⁵ MARTINELLI; André Silva; DOMINGUES, Emmanuel; ROSA, André Luiz Figueiredo. **Um Breve Estudo sobre a Sentença Citra Petita e os seus Meios de Impugnação**. Anais do Congresso de Processo Civil Internacional. Vol. 3. 2018, p. 15.

⁶¹⁶ ALMEIDA, Odete Batista Dias. **Ações Autônomas de Impugnação: Ação rescisória e querela nullitatis insanabilis**. Revista ESTMAT. v. 3, n. 3, p. 2011, p. 133.

⁶¹⁷ MARTINELLI; André Silva; DOMINGUES, Emmanuel; ROSA, André Luiz Figueiredo. **Um Breve Estudo...** *Op. cit.* p. 20.

⁶¹⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**. 10ª ed; São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39.

⁶¹⁹ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**. 10ª ed; São Paulo: Saraiva, 2014, p. 824.

⁶²⁰ SOARES, Marcelo Negri; RORATO, Izabella Freschi. **Ação Rescisória**. 2ª ed; São Paulo: Blucher, 2019, p. 109-110.

para que reaprecie o caso ou na aplicação da teoria da causa madura em determinadas situações, a exemplo da apelação, que possibilita julgamento novo pelo Tribunal competente (art. 1.013, § 3º, CPC). A decisão substitutiva daquela nula requer a observância da *reformatio in pejus*, já que o recorrente não pode ter a posição agravada com o recurso ⁶²¹.

Na falta de recursos cabíveis, o mandado de segurança pode ser empregado para se impugnar a decisão nula. Isso porque o jurisdicionado tem o direito líquido e certo de ter as decisões relativas aos temas de seu interesse fundamentadas com requisitos legais mínimos. Em procedimentos que não estabelecem medidas recursais para determinados atos decisórios, a exemplo da Lei nº 9.099/1995, que não contempla meios de impugnação para as decisões interlocutórias, o mandado de segurança pode ser utilizado para se invalidarem as manifestações judiciais consideradas nulas.

É importante registrar que o entendimento de que as exigências da fundamentação previstas no Código de Processo Civil são inaplicáveis ao sistema dos Juizados Especiais não se sustenta à luz do princípio da isonomia: a informalidade dos Juizados não afasta o conteúdo mínimo das decisões, descrito pelo art. 489, § 1º, corolário da garantia da fundamentação, do devido processo legal e da igualdade de proteção, que condenam distinções arbitrárias baseadas na suposta simplicidade da causa para debilitarem a responsabilidade decisória dos juízes, que podem colocar em curso restrições a direitos em todos os procedimentos existentes, sejam eles mais ou menos formais.

Com o trânsito em julgado, a decisão nula deve ser desconstituída por intermédio de ação rescisória. O citado art. 966, inc. V, do Código de Processo Civil, prevê a desconstituição do provimento por manifesta violação de norma jurídica, pelo que recobre afrontas às regras e aos princípios. A decisão que incorre nos vícios exemplificados na legislação processual (art. 489, § 1º, CPC) desrespeita a regra da fundamentação, que se presta a justificar o exercício do poder estatal delegado às cortes e aos juízes. Autoriza-se, portanto, a desconstituição da coisa julgada pela ausência de justificativa do monopólio da coação pública, sobretudo porque o instituo

⁶²¹ MIRANDA, Felipe Arady. **A Fundamentação das...** *Op. cit.* p. 194.

tem a função pragmática de garantir a segurança jurídica e não se ampara pela qualidade de suas razões ⁶²².

As decisões ineficazes são aquelas que, por defeito de obscuridade, são impossíveis de serem cumpridas. Descuram da regra da clareza que deve reger a linguagem dos atos decisórios para que possam ser compreendidos pelos seus destinatários. A par dos vícios linguísticos que impedem a apreensão correta do conteúdo decisório, as decisões com comandos contraditórios são impossíveis de serem executadas. Os embargos declaratórios são pertinentes para se corrigirem os defeitos de obscuridade (art. 1.022, inc. III, CPC), os demais recursos para se obter a invalidação da sentença, que obriga o agente decisório originário a refazer o provimento ou induz à prolação imediata de ato decisório pelo tribunal responsável quando se tratar de apelação (art. 1.013, § 3º, CPC) e a ação rescisória para desconstituir a coisa julgada nesse estado.

Quanto às decisões existentes, válidas e eficazes, a ocorrência de *error in judicando* autoriza a revisão do ato por meio de recurso, instrumento de que dispõe o prejudicado para questionar o provimento perante o mesmo órgão ou perante o órgão superior. A espécie de erro abrange falhas relacionadas aos elementos fáticos e teóricos das fundamentações, que podem aplicar equivocadamente a lei, os precedentes, as súmulas e a jurisprudência ou demonstrar valorações equivocadas das provas. Os recursos, guardados os requisitos inerentes a cada espécie, possuem fito de eliminar possíveis erros que venham a comprometer a integridade, a coerência e a estabilidade das decisões judiciais. Ofertam ao prejudicado oportunidades de expressar a discordância com o exercício do poder e contribuem para a formação e manutenção dos padrões decisórios ⁶²³.

Os recursos ordinários – entre outros, apelação, agravo de instrumento e embargos de declaração – possibilitam o reexame de questões de fato e de direito. Os recursos extraordinários versam sobre questões de direito e visam a assegurar a uniformidade do ordenamento jurídico. Vícios de fundamentação podem dizer respeito à interpretação das provas – divergências fáticas – ou a interpretação de atos

⁶²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Coisa Julgada e Declaração**. In: Temas de Direito Processual Civil: Primeira série. 2ª ed; Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 62.

⁶²³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**. 1ª ed; São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico.

normativos – divergências teóricas. A adequação do instrumento varia conforme a situação enfrentada.

Em relação aos recursos extraordinários, a jurisprudência defensiva tem sido fator que dificulta o reexame dos casos por parte dos tribunais superiores. Motivada pelo grande número de processos a serem julgados, a estratégia desenvolvida pelas cortes institui óbices excessivamente formais e burocráticos para impedir o conhecimento dos recursos ⁶²⁴. O fenômeno debilita o controle da fundamentação das decisões prolatadas pelas cortes locais e regionais e enfraquece os instrumentos que viabilizam a contestação do exercício do poder, que os interessados dispõem para externar e pedir justificativas.

Por sua vez, a reclamação tem o escopo de preservar a competência dos tribunais, garantir a autoridade de suas decisões e assegurar a observância dos precedentes (art. 102, inc. I, alínea “I” e art. 105, inc. I, alínea “f”, da CF, e art. 988, CPC) ⁶²⁵. O instrumento possibilita ao interessado ou ao Ministério Público a oportunidade de impugnar as decisões que deixem de seguir os enunciados de súmulas vinculantes e de decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, bem como os acórdãos oriundos de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência com julgamentos imprevisíveis. Em parte, a medida busca combater as decisões que incorrem nas hipóteses de ausência de fundamentação descritas no inc. VI do § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil.

Se a função judicante não é meramente mecânica ou subsuntiva, a interpretação, mesmo que tenha caráter construtivo, não pode ignorar os limites textuais da lei ou os entendimentos formados pelo Poder Judiciário para expressar a opinião pessoal dos responsáveis pela decisão ⁶²⁶. Muitas decisões antagônicas contrárias ao posicionamento consolidado dos tribunais superiores têm sido verificadas, circunstância que compromete o papel de garantidores da uniformidade e a integridade do Direito que essas cortes deveriam desempenhar na jurisdição brasileira ⁶²⁷. Também as decisões tomadas pelas cortes locais em incidentes de

⁶²⁴ VAUGHN, Gustavo Fávero. **A Jurisprudência Defensiva no STJ à Luz dos Princípios do Acesso à Justiça e da Celeridade Processual**. Revista de Processo, 2016. p. 339.

⁶²⁵ AZEVEDO, Gustavo. **Reclamação Constitucional no Direito Processual Civil**. 1ª ed; Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 134.

⁶²⁶ ABBOUD, Georges; VAUGHN, Gustavo Fávero. **Notas Críticas sobre a Reclamação e os Provimentos Judiciais Vinculantes do CPC**. Revista de Processo, vol., v. 287, n. 2019, p. 410.

⁶²⁷ *Idem*.

resolução de demandas repetitivas e em incidentes de assunção de competência acabam frustradas por posturas voluntaristas.

À vista disso, a reclamação é o meio adequado para se impugnam as decisões que se afastam dos provimentos vinculantes sem a demonstração da inaplicabilidade das razões de decidir. A despeito da importância do instituto para se uniformizar o Direito, algumas advertências são importantes: (a) a reclamação não deve servir como sucedâneo aos recursos, principais meios de ataque às decisões, como se validasse manifestações *per saltum*; (b) os provimentos vinculantes não podem ser aplicados por mera subsunção e reclamação, caso banalizada, impede a construção de normas a partir do direito jurisprudencial, mediante a atuação das cortes locais ou regionais ⁶²⁸.

Os instrumentos relacionados acima têm funções repressivas porque visam a declarar a inexistência, reformar ou desconstituir as decisões desprovidas dos atributos mínimos estabelecidos pelo ordenamento jurídico ou carentes de fundamentações adequadas. Existe outro mecanismo, de caráter preventivo, que pretende impedir a multiplicação de processos com idêntica controvérsia unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica: o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976, CPC).

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer asseveram que o incidente se fundamenta nos princípios constitucionais da isonomia, da segurança jurídica e da razoável duração do processo ⁶²⁹. Dirigido ao presidente do tribunal, o pedido de instauração do incidente poder ser realizado de ofício pelo juiz ou relator ou a pedido das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública (art. 977, CPC), a fim de que seja fixada a tese pelo órgão responsável pela uniformização da jurisprudência (art. 978, CPC).

A instauração do incidente tem consequências de natureza objetiva evidenciadas na força vinculante que a tese fixada por meio do caso-piloto adquire para a análise dos casos posteriores ⁶³⁰. O instituto destina-se a manter a coerência e a higidez da ordem jurídica em termos objetivos: nem mesmo a desistência e o

⁶²⁸ *Ibidem*, p. 421.

⁶²⁹ CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; TEMER, Sofia. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, vol., v. 243, n. 2015, p. 287.

⁶³⁰ *Idem*.

abandono do processo impedem o exame do mérito (art. 976, § 1º, CPC) ⁶³¹. Recomenda-se que se instaure a medida a partir dos recursos interpostos pelas partes, sobretudo para se permitir o amadurecimento da discussão por meio do exercício do contraditório ⁶³².

A ampla e específica publicidade associada à medida possibilita que a sociedade conheça as matérias apreciadas e participe da construção da tese por meio dos instrumentos cabíveis (art. 979, CPC), a exemplo dos *amici curiae*, pessoas naturais jurídicas, órgãos ou entidades com representatividades adequadas capazes de contribuir com os debates (art. 138, CPC). A admissão do incidente e a fixação da tese não eximem o órgão jurisdicional da realização do *distinguishing*, já que a questão afetada para julgamento pode não corresponder total ou parcialmente àquela discutida no caso concreto ⁶³³.

O incidente de resolução de demandas repetitivas permite que os legitimados propugnem pela uniformidade, coerência e integridade da jurisprudência, pois os princípios aplicados no julgamento do caso-piloto acabam por incidir nos casos parecidos antes que se proliferem julgamentos diversos que violem a isonomia e a segurança jurídica. A medida garante que as demandas isomórficas, comuns em sociedades de produções massificadas, recebam soluções que as bases individuais do processo não poderiam promover ⁶³⁴.

Esses são alguns dos instrumentos que asseguram ao interessado a faculdade de impugnar as decisões judiciais e de reclamar fundamentações mais adequadas. Não somente os membros do Poder Judiciário, mas também as partes e os eventuais concernidos pelas decisões contribuem para que o Direito se torne melhor por meio da crítica ao poder que as ações, os recursos e os remédios constitucionais proporcionam.

⁶³¹ *Idem*.

⁶³² *Ibidem*, p. 291.

⁶³³ *Ibidem*, p. 295.

⁶³⁴ CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; TEMER, Sofia. **O Incidente de...** *Op. cit.*, p. 285.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve o objetivo de investigar se a fundamentação das decisões judiciais pode ou não ser considerada direito fundamental e quais são as suas condições de possibilidade. A partir das reflexões de Ronald Dworkin sobre a necessidade de legitimação da coação pública organizada, observou-se que o ideal normativo da integridade refuta a discricionariedade judicial em sentido forte e busca nos princípios – exigências da justiça ou da moralidade política – a melhor interpretação para as práticas jurídicas. À luz da integridade, a fundamentação adquire complexidade maior porque impede o preenchimento livre de lacunas ou interpretações quaisquer nas zonas de penumbra, pelo que amplia os direitos das partes e a responsabilidade decisória dos juízes.

Os desacordos no Direito não se limitam às questões semânticas ou probatórias. Frequentemente, divergências teóricas entre os intérpretes dividem os juristas e requerem investigações profundas, que identifiquem os princípios que sustentam os institutos. A interpretação construtiva, inerente ao âmbito jurídico, tenciona revelá-los em sua melhor luz ao reforçar os princípios de cada uma das práticas em disputa. A fundamentação, portanto, precisa resolver os desacordos teóricos com a exposição das fases pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa, sem incorrer no erro de procurar “pontos arquimedianos” para assegurar a neutralidade do órgão decisório. Reafirmações ou mudanças paradigmáticas devem ser expostas e justificadas no ato decisório.

O convencionalismo e o pragmatismo são insuficientes para legitimar a coação pública organizada. O convencionalismo tem a finalidade de garantir a segurança jurídica e identifica o Direito com as regras, a fim de permitir que todos conheçam de antemão os direitos e obrigações que possuem. Nos casos omissos, cabe ao juiz atuar como legislador intersticial e suprimir as lacunas do ordenamento jurídico, mediante a aplicação retroativa de regras novas. Extremo oposto, o pragmatismo prega que os juízes estão libertos das decisões políticas anteriores e que devem empreender medidas de transformação social por meio das leis, reputadas meros instrumentos de ação.

Em termos esquemáticos, o convencionalismo é conservador por manter as coisas como estão na sociedade, além de promover insegurança jurídica por meio do poder discricionário, justamente aquilo que anseia a evitar ao identificar os direitos e

obrigações com as normas. Já o pragmatismo, embora se adeque melhor para as sociedades que clamam por mudanças sociopolíticas, ignora aspectos importantes das decisões políticas anteriores que podem contribuir para a legitimidade da violência estatal e promove a instabilidade.

A integridade é a virtude política que tem duas dimensões: a legislativa requer que as leis promulgadas tenham coerência de princípio; a jurisdicional, mais importante para este trabalho, propugna que as leis sejam interpretadas de modo a expressar coerência moral. A virtude em análise amplia as exigências de fundamentação ao pedir que se adeque o Direito às demandas da vida cotidiana e que se mantenham os princípios que caracterizam a comunidade política, hábeis a assegurar futuro honroso. A partir da fundamentação, o juiz deve demonstrar de que forma conecta o passado com o presente, como se estivesse implicado em romance em cadeia. Em outras palavras, o juiz precisa fundamentar a sua contribuição com a história institucional do Direito.

Dworkin recorre à metáfora de Hércules para idealizar a forma como os juízes devem prolatar as decisões. Com capacidades sobre-humanas, Hércules estabelece esquemas de princípios abstratos e concretos para encontrar as melhores justificativas para as práticas jurídicas. Em casos difíceis, a prioridade local é incapaz de fornecer respostas adequadas. A complexidade da fundamentação aumenta consideravelmente porque até mesmo os argumentos mais prosaicos, geralmente adotados sem maiores reflexões, podem ser abandonados. Com raciocínios de fora para dentro, Hércules constrói redes de justificativas fundadas em princípios de moralidade política.

A hermenêutica dworkiniana pretende encontrar respostas corretas com base em tais princípios. A descoberta – não a construção – da verdade decorre da ideia de que há valores objetivos, independentes das opiniões ou dos sentimentos individuais a respeito deles. A objetividade da moral permite que se diferenciem os atos justos dos atos injustos em si mesmos, sem que seja necessário explorar outros campos do conhecimento. No contexto jurídico tudo se passa da mesma maneira: como as divergências sobre conceitos abstratos ocorrem em horizontes morais, a relação entre Direito e Moral é de imanência e não de transcendência. Por meio da fundamentação, os juízes precisam demonstrar que os horizontes interpretativos adotados são capazes de dar as melhores justificativas.

Em virtude da abrangência que a fundamentação adquire à luz da integridade, as decisões políticas podem ser incompatíveis com os princípios de moralidade política pertinentes. A tensão entre Direito e Democracia amplia a responsabilidade decisória dos magistrados, pois compete ao poder jurisdicional invalidar as deliberações majoritárias que estabeleçam distinções arbitrárias entre as pessoas, que devem ser protegidas contra metas coletivas que as instrumentalizem ou as tratem com menosprezo. Legitima-se a função contramajoritária das cortes a partir das justificativas decisórias desenvolvidas. Na hipótese de direitos concorrentes, incumbe aos juízes demonstrar em que medida há outros direitos individuais que também merecem ser protegidos.

Maiorias não têm o direito de ter aplicadas as leis que aprovam pela simples condição de superioridade numérica. A concepção de democracia comunitária, que deve ser reforçada por meio do controle de constitucionalidade, em conformidade com a principiologia relacionada nas fundamentações, prega que a finalidade do regime democrático consiste em garantir que todas as pessoas sejam tratadas com igual respeito e consideração. Ressoa a importância das decisões do povo, entidade autônoma dos indivíduos, com exigências próprias, que precisam ser protegidas de escolhas eventuais tendentes a desqualificar conquistas importantes, tais como os direitos fundamentais.

A competência atribuída ao Poder Judiciário para o controle de constitucionalidade não viola a igualdade política. Há condições morais a serem satisfeitas para que os procedimentos majoritários produzam decisões aceitáveis: questões estruturais e atinentes à relação entre o Estado e o indivíduo, que possui o *status* moral de membro da comunidade, precisam ser tuteladas para que as majorias não tiranizem as minorias. A visão coparticipativa da democracia entende que todos são parceiros e que a subtração de certos temas da arena política contribui para o aperfeiçoamento das instituições. Remeter desacordos referentes à dimensão substancial da democracia, a exemplo dos direitos fundamentais, a órgãos animados pelo princípio majoritário, equivaleria a enfraquecer a função de trunfos contra majorias que esses direitos exercem.

De acordo com a integridade, as cortes precisam funcionar como fóruns de princípio que ditam decisões autoritativas. A expressividade que a jurisdição constitucional assume não elimina níveis elementares de deliberação democrática. As majorias continuam a tomar decisões a respeito de temas variados e diferentes níveis

de escrutínio delimitam a extensão dos poderes dos juízes, de modo que há relevante espaço de deliberação pública.

A tutela dos direitos fundamentais confere ao Poder Judiciário legitimidade para controlar os atos decisórios de outros poderes. Direitos fundamentais justificam a própria existência do Estado Democrático de Direito e consubstanciam-se em limites normativos ao poder estatal. Como a Constituição cumpre o papel de reserva de justiça e anseia ser direito justo, os direitos fundamentais contribuem para que a ordem constitucional vigente expresse essas qualidades e seja intrinsecamente válida. Em regra, a dignidade da pessoa humana fundamenta as normas jusfundamentais, que se destinam a conferir espaço de liberdade individual e meios de vida dignos.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais contempla as funções positivas e negativas que tais direitos exercem, designadas por *status negativus*, *status positivus* e *status activus*, que se prestam a limitar o poder estatal, a garantir a exigibilidade de determinadas prestações materiais e a participação nas decisões públicas. Já a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que complementa a dimensão positiva acima descrita, abrange as garantias institucionais, a eficácia externa ou horizontal, os deveres de proteção e o direito organizatório e procedimental.

A fundamentação das decisões judiciais tem aspectos ligados às dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. A fundamentação possui características que a aproximam de direito-garantia fundamental, individualizável e voltado a proteger direitos-direitos ou direitos-liberdades. As garantias institucionais ou de organização dão suporte para que se viabilize o ato de fundamentar, o qual pressupõe tribunais, regulamentação da capacidade postulatória e distribuição da jurisdição. Quanto ao *status activus*, a fundamentação possibilita ao sujeito influência sobre o resultado do processo, já que os juízes e tribunais estão obrigados a analisar as manifestações das partes.

Também a fundamentação se relaciona com os deveres de proteção, porquanto incumbe ao Poder Judiciário tutelar direitos fundamentais e expor as razões pelas quais foram acolhidas ou negadas as pretensões. Ainda, a fundamentação depende de procedimentos que assegurem a participação das partes, definam as regras de competência, instituam sistemas recursais e estabeleçam os requisitos mínimos do seu conteúdo.

No que toca à eficácia do inc. IX do art. 93 da Constituição da República, que introduz o dever de fundamentação das decisões judiciais, as noções de força normativa da Constituição, de sentimento constitucional e de patriotismo constitucional são elementos indispensáveis para a aplicabilidade e a eficácia das disposições da Lei Maior.

Em relação à força normativa, a Constituição pode prevalecer sobre os fatores reais de poder, desde que os intérpretes estejam dispostos a segui-la. Quanto maior a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), menor a vontade de poder (*Wille zur Macht*). Três fatores concorrem para a vontade de Constituição, segundo Schier: (a) a necessidade e valor da ordem jurídica; (b) a compreensão de que a ordem demanda constante processo de legitimação; e (c) a constatação de que a ordem não é eficaz sem a presença da vontade humana. A integridade contribui para a vontade de Constituição, já que impõe aos juízes e aos tribunais o dever de construir argumentos de princípio que expressem a moralidade inerente à ordem constitucional. O ideal normativo da integridade é incompatível com o poder discricionário, que pode introduzir nas decisões fatores de poder que tendem à dominação injustificada dos destinatários dos provimentos jurisdicionais.

O sentimento constitucional tem grande valor na noção da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. A crença na justiça e na equidade do ordenamento jurídico, além da tradicional ameaça de sanção, contribui para que a Constituição seja vivida. Em relação aos atos de fundamentação, o sentimento constitucional reforça o compromisso dos magistrados com os princípios constitucionais. O elemento evita que se introduzam constituições meramente semânticas ou nominais.

Na mesma linha de raciocínio, o patriotismo constitucional prega que em sociedades plurais o vínculo político não deve se relacionar com a cultura nacional ou com a comunidade globalizada, mas sim com os valores e os procedimentos da Constituição democrática. O patriotismo constitucional, sobretudo na jurisdição constitucional, impede que fatores estranhos aos princípios da democracia liberal determinem o resultado dos julgamentos.

A partir da classificação tradicional de Silva, as normas constitucionais podem ter aplicabilidade imediata, contida ou limitada. Embora existam divergências a respeito do alcance do § 1º do art. 5º da Constituição da República, entende-se que as normas de direitos fundamentais previstas dentro ou fora do catálogo são

autoaplicáveis. O dispositivo tenciona, na leitura sugerida, subtrair as normas jusfundamentais o máximo possível do poder das maiorias, que ainda podem os regulamentar nas situações em que não haja condições de aplicabilidade imediata, em virtude do princípio da equidade.

O inc. IX do art. 93 da Constituição da República consagra norma de aplicabilidade imediata, característica dos direitos e garantias fundamentais enumerados. A cláusula de abertura material (art. 5º, § 2º, CF) permite a construção de conceito materialmente aberto de direitos e garantias fundamentais, que não se exaurem na obra do constituinte originário. A cláusula impede que o sistema constitucional de direitos fundamentais se torne anacrônico e incapaz de adaptar-se às transformações sociais. Assim, a abertura do catálogo permite que o sistema de direitos fundamentais obtenha as qualidades da integração e da adequação, as quais impedem lacunas e defasagens provocadas pelo decurso do tempo. Evita-se, com o preceito, que o originalismo, o textualismo ou outra estratégia interpretativa atribua taxatividade aos direitos fundamentais.

Para que se evitem os vícios da fundamentalização excessiva ou deficitária, alguns critérios de identificação de direitos fundamentais não enumerados, extravagantes ou atípicos são necessários. A substância e a importância preconizam que deve haver similitudes entre os direitos formais e materialmente fundamentais, já que o constituinte somente confere proteção especial aos valores mais caros à sociedade, que recebem procedimentos específicos de alteração quando são incorporados à Constituição.

Em relação aos critérios, Vieira de Andrade registra que o radical subjetivo prega que os direitos fundamentais devem ser atribuíveis a todos os indivíduos ou categorias de indivíduos. Suas funções precisam ter correlação com a tutela e a promoção de bens ou interesses essenciais. Também precisam expressar a ideia de dignidade humana, princípio que assegura a autonomia dos destinatários nos âmbitos público e privado. A doutrina indica que os direitos fundamentais atípicos classificam-se como: (a) previstos expressamente fora do catálogo; (b) oriundos de tratados internacionais de direitos humanos; (c) implícitos; e (d) decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

Os critérios expostos sugerem que a fundamentação das decisões judiciais tem caráter jusfundamental: a fundamentação destina-se a todos aqueles que buscam resolver conflitos com a intervenção do Poder Judiciário. Objetiva a proteger e a

promover bens jurídicos, pois assegura o conhecimento das razões que sustentam a coação praticada sobre interesses particulares ou públicos. Adquire projeções endo e extraprocessuais ao permitir o controle dos atos decisórios pelos jurisdicionados e pela sociedade, reserva crítica do exercício do poder estatal. A intenção específica da fundamentação é a de garantir a dignidade da pessoa humana e a de evitar coisificações, pois se desenvolve a partir das manifestações das partes, que participam ativamente do processo e influenciam os resultados. Assemelha-se, em termos de substância e importância, ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, garantias formal e materialmente fundamentais na ordem constitucional.

Outrossim, a fundamentação vincula-se ao duplo grau de jurisdição, já que contempla meios de impugnação pelos interessados e a prestação de novas justificativas em grau de recurso. Implícita na garantia da ampla defesa e na estruturação da competência das cortes disciplinadas pela Constituição 1988, a ampla defesa vem expressa na Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 8º), no Pacto Interamericano de Direitos Civis e Políticos (art. 14.5) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8.2, alínea “h”).

Outros dispositivos constitucionais reforçam o caráter fundamental da fundamentação das decisões. O inc. LXI do art. 5º prevê que a ordem de prisão depende de decisão fundamentada de autoridade judiciária competente. Já o inc. X do art. 93 estatui que as decisões administrativas dos tribunais precisam ser motivadas e tomadas em sessões públicas. No plano internacional, a fundamentação pode ser deduzida da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 1º, art. 7, item 3 e art. 8º, item 1), do Pacto Interamericano de Direitos Civis e Políticos (art. 14.1) e da Declaração Universal de Direitos do Homem (art. 10).

Segundo a classificação adotada, a fundamentação das decisões judiciais é direito-garantia fundamental expressamente previsto fora do catálogo específico da Constituição de 1988. Consequências importantes derivam da posição jusfundamental: (a) a possibilidade de o interessado reivindicar proteção e reparação judicial ao direito de fundamentação violado; (b) eficácia irradiante que obriga os órgãos jurisdicionais a darem máxima efetividade ao direito-garantia, que somente pode ser restringido em situações excepcionais e justificadas, fator que atrai a fundamentação às sentenças, decisões e até mesmo despachos que atribuam ônus aos interessados; (c) proteção especial derivada da cláusula pétrea (art. 60, § 1º, IV,

CF); e (d) densificações infraconstitucionais protegidas contra retrocessos ou ações erosivas do legislador.

A fundamentação das decisões judiciais diferencia-se do direito de acesso à informação, capaz de ser satisfeito com a revelação de dados públicos ou particulares, porque deve ser realizada com ampla participação das partes e construída com argumentos de princípio. A mera revelação dos motivos que impeliram o julgador a decidir de uma forma e não de outra é insuficiente para abranger todas as exigências normativas da garantia, que precisa ser compreendida no contexto de justificação, já que as decisões judiciais fazem lei entre as partes.

Problemas de fundamentação tem sido frequentemente apontados pelos estudiosos. O funcionamento dos tribunais e os modelos de racionalidade operantes demonstram a existências de zonas de autarquia, espaços de irracionalidade institucional em que se manifestam arbítrios. Tais discursos, embasados em argumentos de autoridade, reforçam a dominação ilegítima e não podem ser reconstruídos de modo racional, além de violarem a coerência e a integridade, qualidades do sistema de precedentes.

Do mesmo modo, a judicialização de questões antes reservadas à política precisa ser repensada. O protagonismo assumido pelo Judiciário desde 1970, com a ascensão do neoliberalismo e o enfraquecimento do sindicato, dos partidos políticos e do Estado Social, esferas que canalizavam demandas populares que agora são requeridas individualmente por meio de ações judiciais, não exime os juízes e tribunais dos deveres de fundamentação, a fim de que não se instituam voluntarismos ou autoritarismos em busca da efetividade das disposições constitucionais.

A fundamentação das decisões judiciais aproxima-se da ideia de direito à justificação, de Rainer Forst. Assim como John Rawls, Forst considera a justiça a primeira virtude da sociedade, o que permite aos seus membros construírem os princípios justificadores do poder. Os sujeitos, portanto, são coautores das práticas justificatórias e não seus meros objetos. O fundamento dos direitos humanos é o reconhecimento da pessoa moral como agente autônomo de justificação, que assegura o direito de exigir justificativas. O direito à justificação garante a crítica ao poder. Agir com dignidade significa ser reconhecido como autoridade de justificação e participar da elaboração da estrutura normativa da sociedade, apreciada segundo critérios de universalidade e de reciprocidade.

Na mesma linha, Müeller refere-se ao povo como destinatário de prestações civilizatórias do Estado, uma vez que as pessoas possuem dignidade e dispõem de tutela jurídica. Os direitos humanos, ao lado dos direitos políticos, são imprescindíveis para a legitimidade das democracias. Considerado conjunto de pessoas atingido pelo direito e pelos atos decisórios, o povo deve receber competências de decisão e sancionamento, bem como receber tratamento adequado dos agentes estatais.

O direito-garantia da fundamentação está no horizonte da justificação do exercício do poder, que precisa se efetivar com ampla participação das partes, que possuem o *status* de sujeitos de justificação. Além disso, a fundamentação representa prestação civilizatória típica do Estado de Direito, que se legitima em conformidade com as razões que articula. Assume a fundamentação o caráter de regra de tratamento que dá aos destinatários os direitos de receberem justificações normativas adequadas e de influenciarem as decisões judiciais. A dignidade da pessoa humana ilumina os propósitos da fundamentação e do devido processo legal por conferir aos sujeitos do processo respeito e consideração.

O art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil, pode ser considerado densificação infraconstitucional do direito-garantia da fundamentação. Os requisitos elencados no preceito demonstram certa reação do Poder Legislativo às práticas de fundamentação adotadas pelos juízes e tribunais. Mesmo que não veicule direito fundamental, o dispositivo goza proteção contra retrocessos e sempre esteve compreendido no art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Nem por isso o preceito é menos útil: seu grande trunfo consiste em dirimir ou atenuar as controvérsias sobre o conteúdo mínimo do ato de fundamentar.

As hipóteses do art. 489, § 1º, vedam decisões genéricas, meras paráfrases de leis, atos normativos ou precedentes. Também obrigam os órgãos decisórios a levarem a sério as manifestações das partes e os precedentes, a jurisprudência e os enunciados de súmula. O preceito não exclui outros critérios, como a necessidade de demonstração da inaplicabilidade das leis invocadas pelas partes, o dever de clareza e a universalidade das razões de decidir. Insista-se: trata o preceito dos requisitos mínimos da fundamentação.

O art. 926, do Código de Processo Civil, institui os deveres de uniformidade, estabilidade, coerência e integridade, com o escopo de racionalizar o funcionamento das cortes. A resistência de parte dos membros do Poder Judiciário em aceitar os provimentos vinculantes, demonstrada por meio de estudo divulgado pela Associação

dos Magistrados Brasileiros - AMB, prova a pertinência do dispositivo para o aperfeiçoamento da fundamentação. A teoria dworkiniana, com alguns ajustes, pode ser adotada para a compreensão do art. 926. Embora o Código de Processo Civil adote a ponderação e a proporcionalidade, categorias estranhas ao pensamento de Dworkin, a resposta correta como postulado ou horizonte a ser perseguido não viola a unidade da legislação processual.

A integridade requer que os magistrados tratem o ordenamento jurídico como expressão de conjunto coerente de princípios. As decisões necessitam exprimir visão coerente dos direitos e deveres das pessoas, de forma que se considerem os provimentos anteriores nos atos decisórios, ainda que possam ser distinguidos ou superados. Se, por um lado, a integridade reclama respeito à história institucional, por outro as rupturas do romance em cadeia demandam justificativas adequadas, fundadas em princípios. A integridade, ainda, condena as decisões que não guardam compatibilidade entre si. A coerência, por sua vez, pede que os casos semelhantes recebam tratamentos parecidos. Uma das dimensões da coerência obriga os tribunais a observarem os próprios precedentes. Integridade e coerência, em última análise, buscam a isonomia substancial.

A estabilidade significa que as linhas decisórias constantes e uniformes não podem ser abandonadas discricionária ou arbitrariamente. Superações de entendimentos demandam níveis específicos de fundamentação (art. 927, § 3º), com considerações sobre eventuais modulações de efeitos (art. 927, § 4º). Já o dever de uniformização, analisado à luz do Direito Comercial Internacional, prevê que o compartilhamento da disciplina normativa por diferentes jurisdições necessita de harmonização para atender ao livre mercado. Aplicada ao âmbito interno, a uniformidade reclama consonância dos enunciados normativos federais, estaduais e municipais. A uniformidade somente pode ser obtida na aplicação e não na criação dos enunciados normativos. Ademais, a uniformidade pressupõe que os tribunais não se omitam diante das divergências entre os órgãos fracionários e que editem súmulas correspondentes à jurisprudência dominante (art. 926, §§ 1º e 2º).

Assim, o art. 489, § 1º, e o art. 926, do Código de Processo Civil, são as condições de possibilidade da fundamentação adequada, porquanto estabelecem o conteúdo mínimo dos atos de fundamentar - mesmo que remanesçam divergências teóricas sobre a extensão do direito-garantia - e instituem ideais normativos que têm

o desiderato de assegurar a coerência de princípio e a segurança jurídica, que promovem a isonomia substancial.

As partes têm instrumentos processuais para exigir justificativas. As medidas processuais de impugnação das decisões devem ser compreendidas como instrumentos pelos quais os interessados podem obrigar o Poder Judiciário a rever ou a fundamentar os próprios provimentos. As crises de fundamentação expõem os jurisdicionados a ingerências inaceitáveis e injustificadas. Na qualidade de coautores da produção e da aplicação do ordenamento jurídico, os interessados têm o direito de participar da edição e de criticar as decisões em busca de justificativas que repute melhores para o caso. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem grande importância para que se viabilize o controle dos atos decisórios.

As decisões, assim como os atos jurídicos, devem completar o ciclo de existência, validade e eficácia. As medidas de impugnação variam de acordo com a gravidade dos defeitos de fundamentação em cada uma dessas etapas, com consequências próprias.

No grupo das decisões inexistentes inserem-se as sentenças carentes de dispositivo, fundamentação e relatório, este dispensado no procedimento sumaríssimo. Também as sentenças com vícios de congruência são inexistentes, a exemplo daquelas *infra*, *ultra* ou *extra petita*, além das que apresentam fundamentação *per relationem*. Ainda, as sentenças prolatadas por quem não está investido no cargo de magistrado, não publicadas nos meios oficiais ou publicadas sem que tenham sido prolatadas, bem como as que contenham impossibilidades de natureza física, lógica, moral e jurídica ou que tenham sido proferidas contra pessoas que gozam extraterritorialidade. Os recursos, a ação declaratória de inexistência ou *querela nullitatis insanabilis* e a ação rescisória são algumas das medidas pertinentes para combater tais vícios.

Em relação aos vícios enumerados por meio do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil, configura-se a nulidade da decisão por ausência de conteúdo justificatório mínimo. Autoriza-se a interposição de recursos, a proposição de ação rescisória por violação literal de lei e a impetração de mandado de segurança no microssistema dos Juizados Especiais, no qual, em regra, as decisões interlocutórias são irrecorríveis. Na hipótese de não fundamentação, a nulidade do ato pode ser atacada por meio dos recursos e da ação rescisória, caso tenha havido o trânsito em julgado da decisão. No âmbito dos Juizados Especiais, o *mandamus* assegura ao

litigante o direito de impugnar o provimento que não observa o conteúdo mínimo estipulado para a fundamentação. Quanto às decisões ineficazes, inexecutíveis por serem inconsistentes, os recursos, especialmente os embargos declaratórios, são hábeis a sanar os defeitos formais. A ação rescisória reserva-se para os casos em que se operam os efeitos materiais da coisa julgada.

No que concerne às decisões existentes, válidas e eficazes, os recursos ordinários e extraordinários são os instrumentos, por excelência, para a impugnação dos atos prolatados. A par disso, os interessados podem utilizar a reclamação para preservar a autoridade das decisões dos tribunais e a observância dos enunciados das súmulas vinculantes e das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, bem como a observância de acórdão proferido em incidente de resolução de demandas repetitivas ou incidente de assunção de competência.

Em caráter preventivo, o incidente de resolução de demandas repetitivas tem a finalidade de evitar a efetiva repetição de processos com controvérsias a respeito de única questão unicamente de direito e os riscos à isonomia e a ofensa jurídica que ações isomórficas podem provocar. As partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública são legitimados a requerer a instauração do incidente, a fim de que se mantenha a coerência entre os casos, que, por razões de identidade, precisam de tratamentos semelhantes.

Em vista disso, a fundamentação das decisões judiciais é direito-garantia fundamental que tutela o indivíduo de arbítrios. Suas condições de possibilidade estão expressas no art. 489 e no art. 926, do Código de Processo Civil, que estabelecem o conteúdo mínimo do ato de fundamentar e os ideais normativos que devem orientar as decisões em geral. Violado o direito fundamental à fundamentação, pode o interessado utilizar os meios processuais idôneos, que garantem a crítica ao poder, para conseguir justificativas adequadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis. **La Tesis de La Única Respuesta Correcta y El Principio Regulatorio del Razonamiento Jurídico**. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho 8 (1990), p. 23-38.
- ABBOUD, Georges; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Posner v.s. Dworkin**: Um debate sobre o lugar da teoria do direito. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord). Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro. 2ª ed; Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. Versão Kindle.
- ABBOUD, Georges; VAUGHN, Gustavo Favero. **Notas Críticas sobre a Reclamação e os Provimentos Judiciais Vinculantes do CPC**. Revista de Processo, vol., v. 287, n. 2019, p. 409-441.
- ACUNHA, Fernando; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Juiz e Historiador, Direito e História**: Uma análise crítico-hermenêutica da interpretação do STF sobre a Lei De Anistia. Novos Estudos Jurídicos, v. 17, n. 2, 2012, p. 185-205.
- ALMEIDA, Odete Batista Dias. **Ações Autônomas de Impugnação**: Ação rescisória e querela nullitatis insanabilis. Revista ESTMAT. v. 3, n. 3, p. 2011, p. 121-142.
- ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law**. Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination Provisions of the CISG. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed; Coimbra: Almedina, 2012.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed; São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDREU, Jaime de Rosas. **Una Mirada a la Evolución del Concepto de Derecho y la Fractura de la “Novela en Cadena” en Ronald Dworkin**. Revista De La Facultad De Derecho, n. 47, 2019, p. 1-32.
- AZEVEDO, Gustavo. **Reclamação Constitucional no Direito Processual Civil**. 1ª ed; Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BALKIN, Jack M. **Nine Perspectives On Living Originalism**. Yale Law School Legal Scholarship Repository. 2012.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Escrevendo um Romance por Meio dos Precedentes Judiciais**: Uma possibilidade de segurança para a jurisdição constitucional brasileira. A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, abr./jun. 2014, p. 177-207.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DA CONCEIÇÃO, Lucas Henrique Muniz; CHUEIRI, Vera Karam de. **Ratio Decidendi e Stare Decisis**: Estudo da força vinculante do precedente constitucional. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Lucas-Muniz-Da-Conceicao/publication/301419572_Ratio_Decidendi_e_Stare_Decisis_-

[_Estudo_da_forca_vinculante_do_precedente_constitucional/links/58ee9fe4458515c4aa52c7d3/Ratio-Decidendi-e-Stare-Decisis-Estudo-da-forca-vinculante-do-precedente-constitucional.pdf](#), acesso em 7.3.2022, às 21h15min, p. 142-155.

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 na Sociedade Contemporânea. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão Provisória Para o Debate Público.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª ed; São Paulo: Saraiva, 2009. Versão Eletrônica.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 9ª ed; Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **On the Limits of Constitutional Adjudication**: Deconstructing balancing and judicial activism. Heidelberg: Springer, 2010.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Elemento Vital e Garantia Interna da Constituição: Vontade de constituição, sentimento constitucional e patriotismo constitucional**. Direito, Estado e Sociedade, nº 58, jan.-jun., Rio de Janeiro, 2020, p. 1-35.

BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. **O Diálogo Inevitável Interamericano e a Construção do *Ius Constitutionale Commune***. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 24, n. 3, set./dez. 2019, p. 5-26.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 01-03-2019 PUBLIC 06-03-2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (ADI 6031, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 27/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 15-04-2020 PUBLIC 16-04-2020).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 25.936 ED, rel. min. Celso de Mello, j. 13-6-2007, P, DJE de 18-9-2009. AI 814.640 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 2-12-2010, 1ª T, DJE de 1º-2-2011. HC 92.020, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 21-9-2010, 2ª T, DJE de 8-11-2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 249841 AgR, Relator(a): ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 28/03/2006, DJ 05-05-2006 PP-00034 EMENT VOL-02231-03 PP-00457.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 235.487, rel. min. Ilmar Galvão, j. 15-6-2000, P, DJ de 21-6-2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 575.144, voto do rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 11-12-2008, P, DJE de 20-2-2009, Tema 50ç.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 18-03-1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello, ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 18-03-1994.

BRUGGER, Winfried. **A Pessoa Humana dos Direitos Humanos**. In: Cadernos de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil, 5, jan/dez 2005, p. 255-270.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; BRINA, Christina Vilaça. **Deve a Integridade Vincular o Poder Legislativo?** Uma análise das críticas de Andrei Marmor à integridade legislativa de Ronald Dworkin. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. V. 62, N. 1 (2017), p. 137-153.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**. 1ª ed; São Paulo: Atlas, 2018. Versão Kindle.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 7ª ed; São Paulo: Atlas, 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed; Coimbra: Almedina, 1993.

CALSAMIGLIA, Albert. **El Concepto de Integridad em Dworkin**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 12, 1992, p.155-176.

CALSAMIGLIA, Albert. **Ensayo Sobre Dworkin**. In: DWORKIN, Ronald. Los Derechos en Serio. 2ª ed; Barcelona: Ariel, 1989.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Chocrón v. Venezuela**, 2011. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf, acesso em 15.4.2022, às 11h12min.

CONSTANT, Benjamin. **Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos**. Disponível em: https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf, acesso em 16..3.2022, às 21h43min.

COPETTI NETO, Alfredo; ZANETI JR, Hermes. **Os Deveres de Coerência e Integridade: A mesma face da medalha?** A convergência de conteúdo entre

Dworkin e MacCormick na teoria dos precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes. *Derecho y Cambio Social*. 2016, p. 1-21.

DAL'COL, João Roberto de Sá. **Motivação das Decisões Judiciais**: O art. 489, § 1º, do CPC/2015 e a (Re)Descoberta do dever de fundamentação. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Espírito Santo, 2016.

CASALI, Guilherme Machado; LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. **As Limitações da Interpretação no Positivismo e as Contribuições de Ronald Dworkin**. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 2, n. 2, jul./dez. 2007, s/n.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Dworkin**: De que maneira o direito se assemelha à literatura? *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, jan./jun. 2009, p. 91-118.

CLÈMERSON, Merlin Clève; LORENZETTO, Bruno Meneses. **A Jurisdição Constitucional no Século XXI Entre Processo e Substância**: Um olhar sobre a experiência americana. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 3, 2015, p. 1.057-1.078.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Constituição Federal, Controle Jurisdicional e Níveis de Escrutínio**. *Direitos Fundamentais & Justiça* – ano 9, nº 32, jul.-set. 2015, p. 97-123.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Interpretação Constitucional**: Entre dinâmica e integridade. *Sequência* (Florianópolis), 2016, p. 67-92.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Teorias Interpretativas, Capacidades Institucionais e Crítica**. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 19, n. 19, 2016, p. 131-168.

COLOMBO, Silvana. **O Poder Judiciário como Guardião dos Direitos Morais ou como Árbitro do Mercado Político**: Um debate entre a concepção constitucional de democracia de Ronald Dworkin e o procedimentalismo constitucional de John Hart Ely. In: DE SOUZA, Draíton Gonzaga; et al. *Filosofia e Direito*. 1ª ed; Caxias do Sul: EducS, 2018, p. 321-349.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e Modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. 1ª ed; Curitiba: JM Editora, 1995.

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. *Revista Direito GV*, v. 5, 2009, p. 45-66.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 10ª ed; Salvador Juspodivm: 2015, v.2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. **Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais**: Uniformidade, integridade e coerência da jurisprudência. *Revista da Faculdade Mineira de Direito* 18.36 (2015), p. 114-132.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e Autocontenção Judicial de Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/2_ativismo%20soltas.pdf, acesso em 25.9.2021, às 18h51min, p. 459-473.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: Significado e correntes. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes>, acesso em 3.3.2022, às 21h11min.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed; São Paulo: Atlas, 2014.

DOBROWOLSKI, Sílvio. **Direitos Fundamentais**: A cláusula de expansão do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1998. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 13, 21 jul. 2006.

CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; TEMER, Sofia. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, vol., v. 243, n. 2015, p. 283-331.

NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **As Dimensões Paradigmáticas da Fundamentação das Decisões Judiciais**: Filosofia, história, direito e como a (in)compreensível resistência ao dever de fundamentar é uma questão de paradigma. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo, 2019.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. 1ª ed; São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho**: Justiça e valor. 1ª ed; São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Constitucionalismo e Democracia**. European Journal of Philosophy, nº 3:1, 1995.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: A leitura moral da Constituição Norte-americana. 2ª ed; São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 1ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Rights as Trumps**. In: Arguing About Law. 1ª ed; New York: Routledge, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Unenumerated Rights**: Whether and how roe should be overruled. In: STONE, Geoffrey R.; EPSTEIN, Richard A. & SUNSTEIN, Cass R.

(ed.). *The Bill of Rights in the Modern State*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1992, disponível em <https://www.jstor.org/stable/1599941>, acesso em 7.9.2021, às 22h36min.

ELY, John Hart. **Democracia y Desconfianza**: Una teoría del control constitucional. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: Uma teoria do controle de constitucionalidade. 1ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESKRIDGE JR., William N. **Dynamic Statutory Interpretation**. University of Pennsylvania Law Review, [S.l.], v. 135, 1987.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**: La ley del más débil. 4ª ed; Madrid: Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Por Uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. 1ª ed; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 3ª ed; São Paulo: Saraiva, 2000.

FORST, Rainer. **Justificação e Crítica**: Perspectivas de uma teoria política. 1ª ed; São Paulo: Editora Unesp Digital: 2019. Versão Kindle.

GARCIA, Maria. **A Desobediência Civil Como Defesa da Constituição**. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, v. 2, 2003, São Paulo, p. 11-28.

GARCIA, Maria. **Desobediência Civil**: Direito fundamental. 2ª; ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais**: A busca de uma exegese emancipatória. 1ª ed; São Paulo: Saraiva, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 1ª ed; São Paulo: Atlas, 2014.

GODOY, Daniel Polignano. **A Fundamentação das Decisões Judiciais**: O art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 e a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais. 1ª ed; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GOLDSCHIMID, Rodrigo; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Assim Chamada Abertura Material do Catálogo de Direitos Fundamentais**: Uma proposta de aplicação às relações de trabalho no Brasil. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, 17 n. 17 (2015).

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. 1ª ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; DE ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício. **O Prospective Overruling nas Supremas Cortes Brasileiras**: A possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do Novo Código de Processo Civil – CPC/2015. *Revista de Processo*, vol. 258/2016, Ago./ 2016, 28-45.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os Direitos Fundamentais Atípicos**. 1ª; Lisboa: Aequitas, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3ª ed; São Paulo: Malheiros, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, CANTARINI, Paola. **Proporcionalidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/15/edicao-1/proporcionalidade>, acesso em 31.12.2021, às 18h33min.

HABERMAS, Jürgen. **A Luta Por Reconhecimento no Estado Democrático de Direito**. In: HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: Estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade, volume I. 1ª ed; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. 3ª ed; Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. 1ª ed; Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The Cost Of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. 1ª ed; New York: Norton & Company, 1999.

JARAMILLO, Leonardo García. **¿Cómo Pensar Hoy La Tensión Entre Constitucionalismo Y Democracia?** Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba*, vol. 60, n. 2, maio/ago. 2015, p. 67-95.

KOZICKI, Katya. **Considerações Acerca do Problema da Aplicação e da Significação do Direito**. *Revista de Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba*, a. 30, n. 30, 1998, p. 433-450.

KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. **O Conceito de Direito em Hart**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1ª ed; São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>, acesso em 3.3.2022, às 20h46min.

KOZICKI, Katya; SANCHES, Fernanda Karam de Chueiri. **O Sentido da Discrecionalidade Judicial Visto a Partir de Hart e o Necessário Diálogo Com Dworkin**. Revista da AJURIS – v. 39 – n. 126 – junho 2012, p. 89-112.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**. 1ª ed; Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990.

LEAL, Mônica Clarissa Henning. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogos entre Cortes?** In: SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA, Humberto; POMPEU, Gina Marcilio. Direitos Fundamentais na Perspectiva da Democracia Interamericana. 1ª ed; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LORENZETTO, Bruno Meneses; KOZICKI, Katya. **Constituindo a Constituição: Entre paradoxos, razões e resultados**. Revista Direito GV, v. 11 n. 2 (2015): jul-dez. (22), p. 623-648.

LORENZETTO, Bruno Meneses. **Os Caminhos do Constitucionalismo Para a Democracia**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

LORENZETTO, Bruno Meneses. **O Percurso Entre Regras e Princípios**. In: FUX, Luiz. PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (org.). Direito Constitucional Eleitoral. 1ª ed; Belo Horizonte: Fórum, 2018, v. 1, p. 339-354.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes**. 3ª ed; Salvador: Juspodivm, 2019.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 3ª ed; Madrid: Tecnos, 1989.

LUTZ, Maria Luiza Scherer. **Judicialização da Política e Autocontenção: Uma leitura doutrinária sobre a atividade judicial de interpretação do Direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil, Curitiba, 2018.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. 1ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **A Crítica de Dworkin ao Convencionalismo e Sua Relevância** – Um esquema de crítica conceitual. Rio de Janeiro: Direito, Estado e Sociedade, nº 47, jul/dez 2015, p. 128-155.

MACEDO JR, Ronaldo Porto Macedo. **Do Xadrez à Cortesia**. 1ª ed; São Paulo: Saraiva, 2013.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **A Integridade no Direito e os Protocolos de Hércules**: Comentário à integridade no direito. Revista de Direito Mackenzie. v. 10, n. 2, p. 72-103.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Ronald Dworkin - Teórico do Direito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do-direito>, acesso em 1º.7.2021, às 21h28min.

MACHADO, Daniel Carneiro. **A Visão Tridimensional do Contraditório e a Sua Repercussão no Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais no Processo Democrático**. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 41, dez. 2014, p. 69-84.

MALISKA, Marcos Augusto; HUMENHUK, Hewerstton. **Autoritarismo Judicial**. XVIII Encontro Nacional do CONPEDI: Constituição e Democracia I. Brasília-DF. 2019, p. 117-132.

MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**: Abertura, cooperação, integração. 1ª ed; Curitiba; Juruá, 2013.

MALISKA, Marcos Augusto. **Há Limites Materiais ao Poder Constituinte?** Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 35, 2001, p. 247-262.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1ª ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARMELSTEIN, George. **A Eficácia Incompleta das Normas Constitucionais**: Desfazendo um mal-entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. v. 20 n. 20, jul./dez. 2016, p. 174-192.

MARMOR, Andrei. **Interpretation And Legal Theory**. 2ª ed. Oxford: Hart, 2005.

MARMOR, Andrei. **Should We Value Legislative Integrity?** In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Org.). *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

MARTINELLI; André Silva; DOMINGUES, Emmanuel; ROSA, André Luiz Figueiredo. **Um Breve Estudo sobre a Sentença Citra Petita e os seus Meios de Impugnação**. Anais do Congresso de Processo Civil Internacional. Vol. 3. 2018, 9-26.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal Comentada**. 3ª ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELO, Juliane Andréa de Hey; BONATO, Ariadne da Silveira. **Cláusula de Abertura dos Direitos Fundamentais e Status Hierárquico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. Revista Direitos Humanos e Democracia. ano 5, n. 9, jan./jun., 2017, p. 274-305.

MELO, Rúrion. **Crítica e Justificação em Rainer Forst**. Cadernos De Filosofia Alemã: Crítica E Modernidade, (22), p. 11-30.

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. **Comentário ao art. 93, IX.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** 1ª ed; São Paulo: 2013. Versão Eletrônica.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9ª ed; São Paulo: Saraiva, 2014. Versão Eletrônica.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** 4ª ed; São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Laura Schertel F. **Um Debate Acerca da Renúncia aos Direitos Fundamentais:** Para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade. *Direito Público* nº 13, jul.-ago.set./2006.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Os Direitos que Temos:** A tese da única resposta correta em Dworkin *in* Ronald Dworkin e o direito brasileiro. 2ª ed; Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. Versão Kindle.

MIRANDA, Felipe Arady. **A Fundamentação das Decisões Judiciais como Pressuposto do Estado Constitucional.** 1ª ed; Brasília: IDP, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo IV.** 4ª ed; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Pontes. **Tratado da Ação Rescisória.** 2ª ed; Campinas: Bookseller, 2003.

MIRANDA, Pontes de Miranda. **Tratado de Direito Privado Parte Geral:** Validade. Nulidade. Anulabilidade. Tomo IV. 1ª ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Estado Social, Legitimidade Democrática e o Controle de Políticas Públicas pelo Supremo Tribunal Federal.** A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, jan./mar. 2016, p. 107-136.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito.** *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 16. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Coisa Julgada e Declaração.** In: *Temas de Direito Processual Civil: Primeira série.* 2ª ed; Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito:** Dos gregos aos pós-modernismo. 1ª ed; São Paulo: Martins Fontes.

MOTTA, Cristina Reindolff da. **A Motivação das Decisões Cíveis como Condição de Possibilidade Para a Resposta Correta/Adequada.** 1ª ed; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Edição Kindle.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito:** Introdução à teoria e metódica estruturantes. 1ª ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MÜELLER, Friedrich. **Quem é o Povo?** A questão central da democracia. 3ª ed; São Paulo: Max Limonad, 2003.

NETO, Arthur Ferreira. **O Originalismo na América.** Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito /UFRGS. Porto Alegre. v. n. 4, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo.** 1ª ed; Salvador: Juspodivm, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição.** 1ª ed; Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais:** Trunfos contra maiorias. 1ª ed; Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais:** Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 1ª ed; Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes do Estado de Direito.** 1ª ed; Coimbra: Almedina: 2019.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. **Os Precedentes Judiciais, o Art. 926 e Suas Propostas de Fundamentação:** Um diálogo com concepções contrastantes. Revista de Processo, Jan/2017, p. 335-396..

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Nulidade da Sentença e o Princípio do Contraditório.** 1ª ed; São Paulo: Saraiva, 2004.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais:** A efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma Rediscussão da Teoria do Ordenamento Jurídico A Partir da Teoria do Direito Como Integridade:** O problema da completude do ordenamento jurídico. In: n: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro. 2ª ed; Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. Versão Kindle.

OURENCINI, Antônio Rogério; COSTA, Yvete Flávio da. **O Conteúdo Mínimo da Fundamentação das Decisões Judiciais no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Direitos Fundamentais Não Enumerados:** Justificação e aplicação. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Apontamentos Sobre a Interpretação Construtiva do Direito em Ronald Dworkin:** Um estudo a partir da ADPF n. 132. v. 2, n. 01, p. 157-182, 12 ago. 2016, p. 157-182.

PEDRON, Flavio Quinaud; et al. **De Que Maneira o Direito Assemelha-se à Literatura e à Interpretação Construtiva no Direito?** Revista Jurídica da UFERSA. Mossoró, v. 3, n. 5, jan./jun. de 2019, p. 133-144.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do Direito Contemporânea:** Uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom. 2ª ed; Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020. Versão Kindle.

PEIXOTO, Ravi. **O Sistema de Precedentes Desenvolvidos pelo CPC/2015:** Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing). Revista de Processo, vol. 248/2015, out./2015 p. 1-19.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das Decisões Judiciais:** O controle da interpretação e dos fatos no processo civil. 1ª ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 129. Versão Kindle.

PIEROTH, Bodo; BERNHARD, Schlink. **Direitos Fundamentais.** 1ª ed; São Paulo: Saraiva, 2012. Versão Eletrônica.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 12ª ed; São Paulo: Saraiva, 2011.

PIRES, Teresinha Inês Teles. **Teorias da Argumentação Jurídica e a Prática Discursiva do Supremo Tribunal Federal:** Metodologias analíticas e estudo de casos (C 4.070/DF e ADI 5526/DF). Revista Direitos Fundamentais e Democracia v. 24, n. 2, mai./ago. 2019, p. 102-127.

POSNER, Richard A. Law. **Pragmatism And Democracy.** Cambridge: Harvard University Press, 2003.

PUGLIESE, William Soares; DE LARA, Juliane Guiesmann. **A Motivação das Decisões Como Direito Fundamental Material.** In: ALEXANDRE, André Demetrio; et al. Interpretação da Constituição e Jurisdição Constitucional Volume 2. 1ª ed; Belo Horizonte: Arraes, 2019, p. 153.

PUGLIESE, William Soares. **Princípios da Jurisprudência.** 1ª ed; Belo Horizonte: Arraes, 2017.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Evolução Histórica do Princípio do Devido Processo Legal.** Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 46, 2007, p. 101-117.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** 1ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAZ, Joseph. **Practical Reason And Norms.** 2ª ed; Princeton: Princeton University Press: 1990.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). 1ª ed; Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROSANVALLON, Pierre. **La Legitimidad Democrática**: Imparcialidad, reflexividad y proximidad. Tradução de Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais e Suas Características**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas – nº 29 – outubro-dezembro de 1999.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª ed; São Paulo: Malheiros, 2009.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Direitos Fundamentais Atípicos**. 1ª ed; Salvador: JusPodivm, 2017.

SCALIA, Antonin; TRIBE, Laurence; DWORKIN, Ronald. **A Matter of Interpretation**. Princeton: Princeton University Press. 1977.

SCALIA, Antonin. **Common-Law Courts in a Civil-Law System**: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws in a Matter Of Interpretation. Princeton: Princeton University Press: 2018. Versão Eletrônica.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia**: Campo de tensão. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 6, 2009, p. 1-10.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**: Construindo uma nova dogmática jurídica. 1ª ed; Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SCHMIDT, Jan Peter. **Vida e Obra de Pontes de Miranda a Partir de uma Perspectiva Alemã – com Especial Referência à Tricotomia ‘Existência, Validade e Eficácia do Negócio Jurídico’**. Revista Fórum de Direito Civil–RFDC, v. 3, n. 5, 2014.

SENS, Sheila Catarina da Silva. **A Teoria Interpretativa de Dworkin**: Um modelo construtivo. v. 16 n. 31 (2013): Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas, p. 128.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Direitos e Garantias Fundamentais Extravagantes**: Interpretação jusfundamental ‘pro homine’. 1ª ed; Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

SHAPIRO, Scott. **El Debate “Hart-Dworkin”**: Una breve guía para perplejos. In: DE LA TORRE, Mariano C. Melero (ed.). Dworkin y Sus Críticos: El debate sobre el imperio de la ley. 1ª ed; Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. Versão Kindle.

SILVA, Beclaute Oliveira. **Contornos da Fundamentação no CPC Brasileiro de 2015**. In: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO; DE PEIXOTO, Lucas Buril; FREIRE, Alexandre (Org.). Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias. 1ª ed; Salvador: Juspodivm, 2015, v.2.

SILVA, Simon Riemann Costa e. **Da Redemocratização do Brasil Através das Constituições de 1946 e 1988**. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, ano 13, nº 26. Segundo semestre de 2011, p. 189-207.

SOARES, Marcelo Negri; RORATO, Izabella Freschi. **Ação Rescisória**. 2ª ed; São Paulo: Blucher, 2019.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**. 10ª ed; São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Comentário ao Art. 489, § 1º, I**. In: NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1ª ed; São Paulo: Saraiva.

STRECK, Lenio Luiz. **Comentário ao Art. 489, § 1º, II**. In: NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1ª ed; São Paulo: Saraiva.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **O Dever de Aplicação Imediata de Direitos e Garantias Fundamentais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas Interpretações da Literatura Especializada**. XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza – CE. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 1ª ed; Belo Horizonte: Letramento, 2017. Versão Kindle.

STRECK, Lenio. **Fundamentação Per Relationem – “A Técnica” Ilegal e Inconstitucional**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-16/observatorio-fundamentacao-per-relationem-tecnica-ilegal-inconstitucional>, acesso em 6.11.2021, às 9h07min.

STRECK, Lenio Luiz; JÚNIOR, Gilberto Morbach. **Interpretação, Integridade, Império da Lei**: O direito como romance em cadeia. v. 20, n. 3 (2019): Revista de Direitos e Garantias Fundamentais - Constitucionalismo e Literatura, p. 47-66.

STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. **O Que é Isto? - O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes?** 2ª ed; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª ed; São Paulo: Saraiva, 2014.

THAYER, James Bradley. **The Origin And Scope Of The American Doctrine Of Constitutional Law**. Harvard Law Review, v. 7, 1893.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do Direito e Decisão Judicial**: Elementos para a compreensão de uma resposta adequada. 2ª ed; Salvador: Juspodivm, 2020.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael C. **Interpretando La Constitución**. 2ª ed; Lima: Atías, 2017. Versão Eletrônica.

VAUGHN, Gustavo Fávero. **A Jurisprudência Defensiva no STJ à Luz dos Princípios do Acesso à Justiça e da Celeridade Processual**. Revista de Processo, 2016. p. 339-373.

VIANNA, Luiz Werneck; DE CARVALHO, Maria Alice Rezende; BURGOS, Marcelo Baumann. Quem Somos. **A Magistratura que Queremos**. Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Disponível em: [https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/#:~:text=Idealizada%20pela%20Associa%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Magistrados,Supremo%20Tribunal%20Federal%20\(STF\).](https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/#:~:text=Idealizada%20pela%20Associa%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Magistrados,Supremo%20Tribunal%20Federal%20(STF).), acesso em 24.11.2021, às 20h34min.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição Como Reserva de Justiça**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, 1997.

WALDRON, Jeremy. **Derecho Y Desacuerdos**. Madrid: Marcial Pons: 2005.

WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case Against Judicial Review**. The Yale Law Journal, 2006.

WALDRON, Jeremy. The Rise and Decline of Integrity. NYU School of Law, Public Law Research Paper, n. 19-49, 2019, p. 19-49.

WEBBER, Suelen da Silva. **O Panprincipiologismo como Propulsor da Arbitrariedade Judicial e Impossibilitador da Concretização de Direitos Fundamentais**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, janeiro/junho de 2013, p. 305-324.

VIANNA, Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete Anos de Judicialização da Política**. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, 2007, p. 39-95.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El Derecho Dúctil**: Leys, derechos, justicia. 10ª ed; Madrid: Trotta, 2011.

ZOLO, Danilo. **Teoria e Crítica do Estado de Direito**. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.). O Estado de Direito: Histórica, teoria e crítica. 1ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 2006.