

**COLEÇÃO DESIGUALDADE E A  
RECONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA SOCIAL**

**ANAIIS DO III CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA POLÍTICA**

**André Demetrio Alexandre**

**Gustavo Dalpupo de Lara**

**Katya Kozicki**

**Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira**

**Thomas Bustamante**

**Vera Karam de Chueiri**

**(ORGANIZADORES)**

**INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E  
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

**VOLUME II**



INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E  
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

VOLUME II

COLEÇÃO DESIGUALDADE E A  
RECONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA SOCIAL

ANAIS DO III CONGRESSO INTERNACIONAL DE  
DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA POLÍTICA



ANDRÉ DEMETRIO ALEXANDRE  
GUSTAVO DALPUPO DE LARA  
KATYA KOZICKI  
MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA  
THOMAS BUSTAMANTE  
VERA KARAM DE CHUEIRI  
(ORGANIZADORES)

# INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

VOLUME II



Belo Horizonte  
2019

## CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jorge Bacelar Gouveia – Portugal
André Cordeiro Leal	Jorge M. Lasmár
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jose Antonio Moreno Molina – Espanha
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	José Luiz Quadros de Magalhães
Bernardo G. B. Nogueira	Kiwonghi Bizawu
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Carlos Bruno Ferreira da Silva	Luciano Stoller de Faria
Carlos Henrique Soares	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Claudia Rosane Roesler	Luiz Manoel Gomes Júnior
Clèmerson Merlin Clève	Luiz Moreira
David França Ribeiro de Carvalho	Márcio Luís de Oliveira
Dhenis Cruz Madeira	Maria de Fátima Freire Sá
Dircêo Torrecillas Ramos	Mário Lúcio Quintão Soares
Emerson Garcia	Martonio Mont’Alverne Barreto Lima
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Nelson Rosenvald
Floribal de Souza Del’Olmo	Renato Caram
Frederico Barbosa Gomes	Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Gilberto Bercovici	Rodolfo Viana Pereira
Gregório Assagra de Almeida	Rodrigo Almeida Magalhães
Gustavo Corgosinho	Rogério Filippetto de Oliveira
Gustavo Silveira Siqueira	Rubens Beçak
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Vladmir Oliveira da Silveira
Janaína Rigo Santin	Wagner Menezes
Jean Carlos Fernandes	William Eduardo Freire

---

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2019.

**Coordenação Editorial:** Fabiana Carvalho

**Produção Editorial e Capa:** Danilo Jorge da Silva

**Imagem de Capa:** Pexels (Pixabay.com)

**Revisão:** Responsabilidade do Autor

---

321.8	Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia
C749	Política (3. : 2019)
2019	Interpretação da constituição e jurisdição constitucional/ [Organizado por] André Demétrio
v.2	Alexandre [et al.]. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. (Desigualdade e a reconstrução da democracia social, v. 2)
	390 p.
	ISBN: 978-85-8238-558-6 (v.2)
	ISBN: 978-85-8238-554-8 (Coleção)
	ISBN: 978-85-8238-559-3 (E-book)
	ISBN: 978-85-8238-555-5 (E-book)

1. Democracia social. 2. Direito constitucional. 3. Filosofia política. 4. Política. I. Alexandre, André Demétrio (Org.). II. Lara, Gustavo Dalpupo de (Org.). III. Kozicki, Katya (Org.). IV. Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). V. Bustamante, Thomas (Org.). VI. Chueiri, Vera Karam de (Org.). VII. Título. VIII. Anais do III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, 2.

CDD(23.ed.)– 321.8

CDDir – 341.234

Elaborada por: Fátima Falci  
CRB/6-700

---

### MATRIZ

Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion  
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000  
Tel: (31) 3031-2330

### FILIAL

Rua Senador Feijó, 154/cj 64 – Bairro Sé  
São Paulo/SP - CEP 01006-000  
Tel: (11) 3105-6370

**www.arraeseditores.com.br**  
**arraes@arraeseditores.com.br**

Belo Horizonte  
2019

## AUTORES

### **ANDRÉ CARIAS DE ARAUJO**

Mestre em Direito pelo PPGD-UFPR. Professor de Direito Constitucional na Escola da Magistratura do Paraná. Integrante do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia da UFPR. Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Paraná, Brasil. Endereço eletrônico: andrecarias@hotmail.com

### **ANDRÉ MATOS DE ALMEIDA OLIVEIRA**

Mestrando em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Bolsistas CAPES. Graduado em Direito pela UFMG. Brasil. andrematosalmeida@hotmail.com

### **BIANCA M. SCHNEIDER VAN DER BROOCKE**

Advogada. Doutoranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Integrante do Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia, vinculado ao PPGD da UFPR. biaschneider@hotmail.com

### **CAMILA SALGUEIRO DA PURIFICAÇÃO MARQUES**

Professora. Doutoranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Bolsista CAPES/Fundação Araucária. Curitiba, Paraná - Brasil. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Barachel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. E-mail: camila\_purificacao@yahoo.com.br.

### **CLAUDIA MARIA BARBOSA**

Professora titular na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, Paraná - Brasil. Pós-Doutora na York University, Toronto, Canadá. Doutora, mestre e graduada pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: claudia.mr.barbosa@gmail.com.

### **DEIVIDE JÚLIO RIBEIRO**

Mestre e doutorando pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG, desenvolve atividades de pesquisa em regime de dedicação exclusiva, financiadas pela CAPES/PROEX. Brasil. Endereço eletrônico: deividej@gmail.com

### **EDNA TORRES FELÍCIO**

Doutora e mestre em direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Docente do Centro Universitário Unicuritiba (Curitiba - PR) e da Faculdade de Pinhais - Fapi (Pinhais - PR). Brasil. E-mail: ednatorresfelicio.professora@gmail.com.

### **EDUARDO BRUGNOLO MAZAROTTO**

Mestrando em Direito - UNINTER. Brasil. E-mail: eduardomazarottoadv@gmail.com

### **ERNESTO ALESSANDRO TAVARES**

Mestrando em Direito do Estado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Procurador do Estado do Paraná. Brasil. E-mail: alessandropge@gmail.com.

### **GIOVANNI VIDAL GUARAGNI**

Licenciado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). E-mail: giovan.v.g@hotmail.com.

### **GUILHERME HENRIQUE CORRÊA FONTOURA**

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), aluno de Iniciação Científica sob orientação de Estefânia Maria de Queiroz Barboza e integrante do núcleo de pesquisa "Constitucionalismo e Democracia: Filosofia e Dogmática Constitucional Contemporâneas", vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. cor.fontoura@gmail.com

### **JAMES WASHINGTON ALVES DOS SANTOS**

Professor do Instituto Federal - Alagoas (IF-AL) e aluno de doutorado em Ciências Sociais pela UNESP; Araraquara, São Paulo, Brasil; james.was@hotmail.com

### **JOÃO VÍCTOR MARTINS**

Doutorando e Mestre (Bolsa CAPES) em Direito (UFMG). Graduado em Direito (UFOP). Professor de Teoria da Constituição e Direito Constitucional da FACHI/FUNCESI. Advogado. Brasil. E-mail: joao\_victormartins@hotmail.com

### **JULIANE GUIESSMANN DE LARA**

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. julianegdelara@gmail.com

### **KATYA KOZICKI**

Professora titular da PUCPR e professora associada da UFPR, programas de graduação e pós-graduação em Direito. Pesquisadora do CNPq. katyakozicki@gmail.com

### **LUCIANO MARLON RIBAS MACHADO**

Mestrando em Direito pelo Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil; Pós-graduado em Direito Civil pela UFPR/ESA; Pós-graduado em Direito Administrativo pela UNP; Bacharel em Direito pela PUC/PR; Integrante do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional - NUPECONST/UNIBRASIL; Procurador do Município de Curitiba; Advogado; lucianomachado@pgm.curitiba.pr.gov.br.

### **MARCOS ARAGÃO COUTO DE OLIVEIRA**

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Aluno do programa de Mestrado da mesma universidade. Pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pela Candido Mendes.

### **MARIA MARIANA SOARES DE MOURA**

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Acre (Junho de 2016), Advogada inscrita na OAB/AC n. 4719. Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas, especialidade Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa.

### **NATALINA STAMILE**

Pós-doutoranda do Programa da Pós-Graduação em Direito da UFPR. Doutora em “Teoria del diritto ed ordine giuridico europeo pela Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro (Itália). Professora em Filosofia e informática jurídica pela Universidade de Bergamo (Itália). E-mail: natalinastamile@yahoo.it.

### **PÂMELA DE REZENDE CÔRTEZ**

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Bolsista CAPES. Mestra em Direito (Bolsista CAPES/REUNI) e Graduada em Ciências do Estado pela UFMG. Brasil. pamela.recortes@gmail.com.

### **PAULO SILAS TAPOROSKY FILHO**

Mestrando em Direito - UNINTER. Brasil. E-mail: paulosilasfilho@hotmail.com



### **SUELLEN MOURA**

Mestranda em Direito Constitucional no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – PPGD/UFSC, Florianópolis/SC, Brasil. Contato: spmoura14@gmail.com.

### **SYLVIA MARIA CORTÊS BONIFÁCIO DE ARAÚJO**

Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba-PR, Brasil. Endereço eletrônico: sylviabonifacio@gmail.com

### **TÚLIO DE MEDEIROS JALES**

Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Constitucional e Garantia de Direitos pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

### **VINICIUS DE SOUZA FAGGION**

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Brasil. Email: vsfaggion@gmail.com

### **WAGNER VINICIUS DE OLIVEIRA**

Mestrando em direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU, bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, pesquisador pelo Núcleo de Estudos em Filosofia Antiga e Humanidades - NEFIH do Instituto de Filosofia da UFU, graduado em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2016), advogado. Brasil. E-mail: wagner.vinicius@sga.pucminas.br

### **WILLIAM SOARES PUGLIESE**

Professor do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil (Unibrasil). Mestre e Doutor em Direito pelo PPGD-UFPR. Gastforscher no Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Coordenador da Especialização de Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná (OAB/PR). Advogado. william@lxp.adv.br

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	XIII
PARTE I	
TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	1
CAPÍTULO 1	
DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	
<i>André Carias de Araujo</i> .....	2
CAPÍTULO 2	
A NECESSÁRIA LEITURA DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO À LUZ DE UMA INTERPRETAÇÃO DEMOCRATICAMENTE ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO	
<i>Deivide Júlio Ribeiro</i> .....	21
CAPÍTULO 3	
PODER JUDICIÁRIO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: A RESPONSABILIDADE POLÍTICA COMO FATOR DEMARCATÓRIO	
<i>Eduardo Brugnolo Mazarotto; Paulo Silas Taporosky Filho</i> .....	37
CAPÍTULO 4	
DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL, SEGURANÇA JURÍDICA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A ÓTICA DE Kelsen, HART E DWORKIN	
<i>Ernesto Alessandro Tavares</i> .....	51
CAPÍTULO 5	
A TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E SUAS POSSIBILIDADES DE UTILIZAÇÃO PELAS CORTES BRASILEIRAS	
<i>Guilherme Henrique Corrêa Fontoura</i> .....	68

<p>CAPÍTULO 6  INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA  JURÍDICA COMO FUNDAMENTO DA PRESCRIÇÃO  <i>Luciano Marlon Ribas Machado</i> .....</p>	87
<p>CAPÍTULO 7  FUNDAMENTOS DO PÓS-POSITIVISMO: UMA ANÁLISE DO  “NOVO PARADIGMA DO DIREITO” DE FRIEDRICH MÜLLER  <i>Marcos Aragão Couto de Oliveira</i>.....</p>	99
<p>CAPÍTULO 8  A TEORIA DA DERROTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS  E OS CONFLITOS NORMATIVOS  <i>Maria Moura</i> .....</p>	114
<p>CAPÍTULO 9  PRECEDENTES PERSUASIVOS: ENTRE A AUTORIDADE E A RAZÃO  <i>Túlio de Medeiros Jales</i> .....</p>	133
<p>CAPÍTULO 10  A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES COMO DIREITO FUNDAMENTAL  MATERIAL  <i>William Pugliese; Juliana de Lara</i> .....</p>	144
<p>PARTE II  LIBERDADES DEMOCRÁTICAS E SUAS RESTRIÇÕES.....</p>	160
<p>CAPÍTULO 11  É NECESSÁRIA UMA LEITURA MORAL DO PRINCÍPIO DA  LIBERDADE DE EXPRESSÃO? - INTERCÂMBIOS ENTRE A  MORALIDADE E A LINGUAGEM DE DIREITOS NO  DISCURSO JURÍDICO  <i>André Matos de Almeida Oliveira e Pâmela de Rezende Côrtes</i>.....</p>	161
<p>CAPÍTULO 12  OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA AUTOLESÃO E DA  HETEROLESÃO CONSENTIDA E OS PARÂMETROS À  INTERVENÇÃO PATERNALISTA  <i>Giovanni Vidal Guaragni</i>.....</p>	175
<p>CAPÍTULO 13  LIBERDADE RELIGIOSA E A TEORIA DA JUSTIÇA EM JOHN  RAWLS: REFLEXÕES SOBRE O CAMPO RELIGIOSO  <i>James Washington Alves dos Santos</i> .....</p>	193

<p>CAPÍTULO 14          POR QUE O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NÃO          ABRANGE O DISCURSO DE ÓDIO?  <i>João Victor Martins</i>.....</p>	208
<p>CAPÍTULO 15          LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO NOS          ESTADOS UNIDOS: DWORKIN, POST E BAKER  <i>Sylvia Araújo e Camila Marques</i>.....</p>	227
<p>CAPÍTULO 16          LAICIDADE E PLURALIDADE DEMOCRÁTICA: ACOMODANDO          A DIVERSIDADE RELIGIOSA  <i>Wagner Vinicius de Oliveira</i> .....</p>	245
<p>PARTE III          DEMOCRATIZAÇÃO DO CONTROLE DE          CONSTITUCIONALIDADE.....</p>	266
<p>CAPÍTULO 17          MOTIVAÇÕES POLÍTICAS E CONTROLE DE          CONSTITUCIONALIDADE: OS GRUPOS E UMA          COMPARAÇÃO CRÍTICA ENTRE DUAS VISÕES  <i>André Oliveira; Pâmela Cortes</i>.....</p>	267
<p>CAPÍTULO 18          CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMATIVO E          DEMOCRATIZAÇÃO DO JUDICIAL REVIEW NA          ÁFRICA DO SUL: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA A          CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS  <i>Bianca van der Broecke; Katya Kozicki</i>.....</p>	280
<p>CAPÍTULO 19          A CONTRIBUIÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO          TRANSFORMADOR E DIALÓGICO SUL-AFRICANO          PARA COMBATER A POSIÇÃO DO JUDICIÁRIO EM          TORNO DA ÚLTIMA PALAVRA NO BRASIL  <i>Camila Salgueiro da Purificação Marques; Claudia Maria Barbosa</i> .....</p>	295
<p>CAPÍTULO 20          OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE          ITALIANO  <i>Natalina Stamile; Edna Torres Felício</i>.....</p>	309

CAPÍTULO 21	
UMA CRÍTICA AO JUDICIAL REVIEW COMO PROCEDIMENTO DECISÓRIO PARA DIRIMIR DISCORDÂNCIAS SOBRE DIREITOS	
<i>Suellen Moura</i> .....	322
CAPÍTULO 22	
O JUDICIAL REVIEW COMO MÃO AMIGA DA DEMOCRACIA: UMA DEFESA NÃO IDEAL DA AUTORIDADE DAS CORTES	
<i>Vinicius Faggion</i> .....	338
CAPÍTULO 23	
EPISTEMOLOGIAS DO SUL APLICADA AO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO	
<i>Wagner Vinicius de Oliveira; Jaqueline Aparecida Fernandes Sousa</i> .....	358

## APRESENTAÇÃO

O Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, cujos Anais da Terceira Edição publicamos nestes volumes, consolida-se como um dos mais importantes espaços de discussão e reflexão crítica sobre os temas centrais destas áreas do conhecimento, e um fórum permanente de diálogo entre os mais relevantes grupos de pesquisa no Brasil e na América Latina, com grande potencial para formação de redes de pesquisa e monitoramento da legitimidade das instituições brasileiras e regionais.

Os anais que apresentamos consolidam uma seleção de setenta e três trabalhos apresentados no evento de Curitiba (III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política), com o tema geral “Desigualdade de Reconstrução da Democracia Social, em quatro volumes: i) Interações e Tensões entre o Direito Constitucional e a Política, ii) Interpretação da Constituição e Jurisdição Constitucional, iii) Aspectos Políticos e Históricos do Constitucionalismo e iv) Direitos Humanos e Democracia.

Os temas dos quatro volumes não poderiam ser mais atuais, em vista do momento de retrocesso dos direitos fundamentais e da democracia social em todo o mundo, o qual requer da comunidade científica e dos estudiosos da filosofia política e do direito constitucional uma agenda capaz de reconstruir os pilares fundamentais do Estado Democráticos de Direito.

Os trabalhos que apresentamos nestes quatro volumes constituem um importante esforço intelectual para este desiderato, realçando a importância da academia e da comunidade científica para a promoção da democracia e da legitimidade do poder estatal, com especial ênfase para o Brasil e a América Latina, bem como a vocação da Associação Brasileira de Direito Constitucional e Filosofia Política para a promoção da cidadania, da busca do conhecimento e do enfrentamento crítico das grandes questões político-jurídicas do conturbado momento institucional brasileiro.



**PARTE I**

**TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO  
CONSTITUCIONAL**



# CAPÍTULO 1

## DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

*André Carias de Araujo*

### 1. INTRODUÇÃO

A questão atinente à legitimidade da jurisdição constitucional situa-se no centro dos debates da teoria constitucional. Os que a questionam apontam a suposta carência de legitimação democrática da revisão judicial – a denominada dificuldade contramajoritária –, em razão dos juízes, não submetidos ao escrutínio popular, poderem invalidar as leis elaboradas pelos representantes legitimamente eleitos, muitas vezes baseados em disposições constitucionais abertas e vagas, modelando a Constituição de acordo com suas próprias preferências pessoais e políticas. Por sua vez, aqueles que a apoiam baseiam-se no argumento de que é exatamente na jurisdição constitucional que se consolida um fórum de princípios em que a democracia substantiva se afigura resguardada.

Quando a doutrina se debruça sobre o tema da última palavra sobre o significado da Constituição, normalmente o enfoque trabalhado restringe-se à avaliação de qual instituição, Corte ou Parlamento, possui melhor condição de desempenhar a aplicação e interpretação dos ditames constitucionais. Sobre essa finalidade, ora se propugna pela supremacia judicial, ora pela supremacia parlamentar. Essa tensão entre Parlamentos e Cortes, decorrente do debate sobre a quem incumbe dar a última palavra sobre o significado da Constituição, envolve, também, a discussão entre dois valores políticos: democracia e constitucionalismo.

A dinâmica das relações institucionais em um Estado Democrático de Direito, entretanto, não precisa, necessariamente, se focar na polarização dos ramos de governo, como polos de poder absoluto, detentores da última palavra sobre o sentido e alcance das disposições da Constituição. Ao revés, pode-se pensar em atores integrantes de uma cadeia contributiva. Com efeito, a necessidade de que algum órgão delibere em sede de controle de constitucionalidade não significa que essa deliberação seja permanente, ou que não possa haver alguma espécie de diálogo entre os Poderes e a sociedade.

Nessa perspectiva, contrariando a ideia de que a adoção do controle de constitucionalidade implica necessariamente um modelo de supremacia judicial, algumas experiências de dinâmicas alternativas de diálogo surgem como alternativa de uma convivência mais harmônica entre os Poderes. Reconhecem-se, dessa forma, as virtudes de cada um dos atores institucionais, sem, entretanto, torná-los absolutos, e, vale dizer, não assumindo que uma determinada capacidade institucional necessariamente gerará resultados melhores, mas sim, apostando que a interação entre as instituições na dinâmica da separação de poderes pode colaborar para a implantação de um processo deliberativo mais democrático e melhor.

Essa harmonização que viabiliza o exercício da atividade jurisdicional em conjunto com a manifestação do Poder Legislativo na interpretação da Constituição situa-se dentro de um modelo dialógico que se caracteriza pela interlocução entre as instituições e entre estas e o povo.

Na jurisdição constitucional brasileira, afigura-se viável a construção de um modelo de diálogo capaz de incentivar uma remodelação da estrutura institucional existente, de forma a viabilizar a implementação de uma dinâmica que proporcione uma postura mais cooperativa entre os Poderes institucionais e as Cortes, encorajando ainda o debate com a sociedade civil, na busca de interpretação e implementação das disposições constitucionais.

## 2. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Os diálogos institucionais constituem mecanismos que viabilizam a interação e cooperação entre Poderes estatais na solução de questões relativas à interpretação e à concretização da Constituição, sem que haja a predefinição da supremacia da atividade decisória de uma dessas instituições em face da outra.

A necessidade de que algum órgão delibere em sede de controle de constitucionalidade não implica que a decisão deva ser definitiva ou que não possa haver alguma espécie de diálogo entre os Poderes. Mais relevante do que definir quem deverá proferir a última palavra é estabelecer como se chegará a essa conclusão.

Os diálogos institucionais aparecem, assim, como experiências constitucionais alternativas. Situam-se a meio termo entre a revisão judicial das leis, e da soberania do parlamento, na medida em que mitigam a unicidade da atuação institucional em face de apenas um dos Poderes, de forma a promover uma aproximação entre discurso jurídico e político, culminando em uma necessária atuação dialógica, compartilhada, para o alcance de uma resposta melhor e mais democrática acerca do sentido da Constituição.

Em vez de focalizarem-se as disfunções dos Poderes envolvidos na interpretação da Constituição, parte-se da premissa de que os Poderes públicos devem ser exercidos de forma harmônica e interdependente. No lugar da

competição, ou conflito, em relação à última palavra, opta-se por uma postura dialógica e permanente entre as instituições, que atuam, então, como parceiras na busca do melhor sentido da Constituição, utilizando-se cada uma de suas singulares *expertises*. Nessa concepção, inexistente verticalidade ou hierarquia entre as instituições, mas sim uma cadeia de contribuições para as soluções dos dilemas constitucionais<sup>1</sup>.

Nos países em que se admite o controle de constitucionalidade, este ocorre de fora para dentro, desencorajando o exercício da experiência política pelo povo. Por sua vez, em sistemas em que o controle judicial de constitucionalidade convive com a participação do Poder Legislativo e demais atores no debate constitucional, a pluralidade tende a enriquecê-lo e, portanto, a torná-lo mais amplo, democrático.

As teorias dialógicas estabelecem a possibilidade da construção de um modelo de revisão judicial que viabiliza uma postura cooperativa entre instituições políticas e as Cortes, incentivando um debate que envolve de forma ampla a sociedade civil. Nesse caso, a última palavra acerca do sentido da norma constitucional não é de titularidade nem do Poder Judiciário, nem do Legislativo, mas é descoberta por meio de constantes diálogos institucionais, que podem incluir também a participação do povo. Viabiliza-se, desse modo, que o debate sobre questões constitucionais se torne mais amplo, aberto, transparente, autoconsciente e crítico, reforçando o potencial democrático do sistema de forma ampla. Assim, uma das principais qualidades desse tipo de mecanismo de diálogo reside na possibilidade dos diversos Poderes institucionais alcançarem acordos que erradiquem os temores e críticas atinentes à ideia de imposição de soluções que se ligam, em certas circunstâncias, à revisão judicial. Em outros termos, as soluções dialógicas prometem acabar com as tradicionais objeções ao controle jurisdicional de constitucionalidade, edificadas sobre a carência de legitimidade democrática do Poder Judiciário, afastando as críticas à última palavra judicial e contribuindo para que a política volte a ocupar um lugar proeminente na tomada de decisões<sup>2</sup>. Nesse sentido, Kent Roach, ao examinar o sistema de diálogo canadense, propugna que é preferível o diálogo franco a um monólogo, seja decorrente da supremacia judicial, seja da supremacia parlamentar<sup>3</sup>.

Pode-se dizer, assim, que, nos modelos de atuação dialógica, o resgate da altivez do autogoverno popular constitui uma de suas finalidades. Por

<sup>1</sup> Conrado Hübner Mendes. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação* (São Paulo: Saraiva, 2011), 31.

<sup>2</sup> Roberto Gargarella, "El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de lós frenos y contrapesos," *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, nº 2, Diciembre de 2013, 2.

<sup>3</sup> Kent Roach. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue* (Toronto: Irwin Law Inc., 2001), 295-296.

esse motivo, percebe-se um acréscimo no coeficiente democrático da deliberação sobre direitos ou políticas públicas no contexto do modelo dialógico, porquanto a participação dos indivíduos no processo, direta ou indiretamente, legitima a decisão, de forma que o debate angaria representatividade e legitimidade.

Tal perspectiva apresenta a vantagem de não adotar uma concepção idealizada acerca das capacidades institucionais dos Poderes Legislativo e Judiciário, como o fazem as doutrinas da supremacia parlamentar e judicial, para quem os legisladores seriam legítimos representantes da vontade popular, enquanto os juízes exerceriam o papel de intérpretes autênticos do poder constituinte originário. Ao contrário, parte-se de uma concepção realista sobre as capacidades institucionais dos mencionados Poderes, que destaca igualmente as suas virtudes e fraquezas.

### 3. TEORIAS DE DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

As teorias dialógicas, por seu atributo fundamentalmente político, são contrárias a princípios de supremacia judicial ou parlamentar. No primeiro caso, em razão do aspecto contramajoritário, amplamente trabalhado por Alexander Bickel<sup>4</sup>, e no segundo, face à limitação de abertura à comunidade de intérpretes. O espaço de atuação dessas teorias é definido por duas bases de sustentação: no sentido vertical, abarca as preocupações de se efetivarem direitos, de se considerar o caráter antidemocrático, de se opor ao ativismo judicial, e com os critérios de um processo verdadeiramente deliberativo. Por sua vez, na perspectiva horizontal, refere-se ao modo de compreender as teorias dialógicas, que possuem uma preocupação sistêmica ou conceitual<sup>5</sup>.

Conforme a sistematização elaborada por Christine Bateup<sup>6</sup>, as teorias dialógicas podem ser divididas em dois grandes grupos: i) Teorias dialógicas quanto ao método judicial, que se subdividem em a) Teorias de “aconselhamento” judicial; b) Teorias centradas no processo; e c) Minimalismo judicial. ii) Teorias estruturais de diálogo, as quais, por sua vez, subdividem-se em: a) Teoria da construção coordenada; b) Teorias de princípio jurídico; c) Teorias de equilíbrio; d) Teoria da parceria; e e) Fusão dialógica.

As teorias do “aconselhamento” judicial sustentam que o Poder Judiciário deve valer-se de “técnicas de interpretação e de construção da decisão

<sup>4</sup> Alexander Bickel. *The least dangerous branch* (New Haven: Yale University Press, 1986).

<sup>5</sup> José Ribas Vieira et al. “As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal”. Acesso em: 24.09.2016, <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33307-42498-1-PB.pdf>.

<sup>6</sup> Christine Bateup. “The dialogue promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue.” *NYU Law School Public Law Research Paper* n. 05-24. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006, 16-76.

que se revelem proativas, e que recomendem específicos cursos de ação aos poderes políticos, por meio dos quais se terá afastado o risco de violação constitucional”<sup>7</sup>. Por sua vez, as teorias centradas no processo propugnam que o Poder Judiciário analise a adequação da deliberação das decisões políticas pelo Poder Legislativo, que afetem valores constitucionais substantivos. Nesse sentido, deve o Judiciário “investigar se o legislativo teve a devida consideração com temas como direitos fundamentais, oferecendo a cada matéria a atenção, aprofundamento e maturação que sua complexidade reclame”<sup>8</sup>. Por fim, o minimalismo judicial, recomenda uma postura minimalista dos juízes, circunscrevendo-se as manifestações ao estritamente necessário para a solução do caso examinado. As expressões que sintetizam o minimalismo podem ser assim definidas, segundo a concepção de Cass Sunstein: “deixar coisas não decididas” (*leaving things undecided*), “acordos teóricos incompletos” (*incompletely theorized agreements*) e “uso construtivo do silêncio”<sup>9</sup>.

Em relação às teorias estruturais, a sua primeira subespécie denomina-se “construção coordenada”, a qual atribui a interpretação constitucional a todos os Poderes institucionais que atuam de forma compartilhada, mas com supremacia na definição de significado do texto constitucional dentro do respectivo espaço de competência<sup>10</sup>. Já as teorias de princípios jurídicos apontam que o Poder Judiciário exerce uma competência institucional especializada nas decisões de questões que envolvem princípios jurídicos. Em se configurando algum equívoco na interpretação realizada pelo Judiciário, abrir-se-ia a possibilidade de controle pelos demais ramos de governo em verdadeira dinâmica dialógica<sup>11</sup>. De outro vértice, a teoria de equilíbrio deixa de imputar aos Juízes uma competência especial para atuar com questões que envolvam princípios.

<sup>7</sup> José Guilherme Berman e Rodrigo de Souza Tavares. “Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense”, XVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, 2009, 2165. Acesso em: 12.08.2016. <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2259.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2259.pdf)>.

<sup>8</sup> José Guilherme Berman e Rodrigo de Souza Tavares. “Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense”, XVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, 2009, 2165. Acesso em: 12.08.2016. <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2259.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2259.pdf)>.

<sup>9</sup> Cass Sunstein. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, 9-10.

<sup>10</sup> José Guilherme Berman e Rodrigo de Souza Tavares. “Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense”, XVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, 2009, 2165. Acesso em: 12.08.2016. <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2259.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2259.pdf)>.

<sup>11</sup> José Guilherme Berman e Rodrigo de Souza Tavares. “Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense”, XVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, 2009, 2165. Acesso em: 12.08.2016. <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2259.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2259.pdf)>.

Aos juízes é atribuída tão somente a capacidade de atuação como mais uma das instâncias de discussão, de forma a abrir espaço para que toda a sociedade possa encontrar a melhor concepção do que se está debatendo. Por seu turno, a teoria da parceria propugna o estabelecimento de um amplo diálogo na sociedade, pautado no conjunto das contribuições do Poder Judiciário e dos demais ramos de governo sobre o sentido dos dispositivos constitucionais, como forma de consolidação do diálogo institucional. Cada ramo do Poder aprende com a atuação do outro, e todos estão legitimados para participar do processo de tomada de decisão sobre a Constituição<sup>12</sup>, inclusive agentes externos. Por fim, a fusão dialógica resulta da junção de elementos tanto da teoria de equilíbrio, como da teoria da parceria. Assim, além dos Poderes Judiciário e Legislativo se complementarem na defesa dos direitos fundamentais, um sem ofuscar o outro, ao primeiro se atribuiria a função de facilitar do debate das questões de grande repercussão dentro da sociedade, procurando viabilizar a inclusão do povo na construção de um consenso mais sólido acerca do sentido da Constituição. Além disso, a questão da dificuldade contramajoritária restaria mitigada, na medida em que, tanto juízes, como o Parlamento exporiam suas próprias perspectivas institucionais, entretanto, de uma forma interconectada, por intermédio de escuta e aprendizado mútuos, circunstância que viabilizaria o alcance de melhores respostas para as questões atinentes ao sentido constitucional em debate<sup>13</sup>.

#### 4. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

No que diz respeito ao desenho institucional vigente, os arts. 102, § 2º, e 103-A, da Constituição da República, prescrevem que os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade abstrato são gerais e vinculantes tão somente em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, não vinculando, portanto, o Poder Legislativo pelo conteúdo de suas manifestações. As decisões do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, são insuscetíveis de invalidação pelas instâncias políticas. Essa circunstância, entretanto, não inviabiliza a reversão legislativa da jurisprudência da Corte, na medida em que os efeitos vinculantes das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade

<sup>12</sup> Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto. “Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade”, *Revista de Investigações Constitucionais, Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR*, Curitiba, vol. 2, n. 3, set/dez 2015, 199.

<sup>13</sup> Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto. “Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade”, *Revista de Investigações Constitucionais, Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR*, Curitiba, vol. 2, n. 3, set/dez 2015, 199.

não se estendem ao Poder Legislativo. Portanto, no sistema constitucional brasileiro afigura-se possível a reação política contra as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, tanto pela aprovação de emenda à Constituição, como pela edição de legislação infraconstitucional. A depender do caso, uma ou outra situação ensejará reação distinta do STF.

No caso de uma emenda constitucional reverter a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ocorrerá a alteração do próprio texto da Lei Fundamental da República e, por conseguinte, do fundamento de validade da legislação ordinária, de forma que a invalidação deverá se configurar nas hipóteses de inobservância dos limites impostos pelo art. 60 da Constituição da República<sup>14</sup>.

Por sua vez, existe também a possibilidade de aprovação de legislação infraconstitucional em colisão com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (leis *in your face*). Se isso ocorrer, abre-se a possibilidade da nova lei também ser declarada inconstitucional. Todavia, o resultado pode ser distinto. Ao legislador, nesse caso, incumbe demonstrar que a retificação da posição da Corte se faz necessária, ou, ainda, evidenciar, argumentativamente, que as premissas fáticas ou axiológicas da alteração em que se assentou a jurisprudência não remanescem<sup>15</sup>. Por outro lado, a postura adequada do Supremo Tribunal Federal consiste na reflexão sobre os novos elementos que deram embasamento à nova norma, agregados pelo Poder Legislativo, ou decorrentes do debate pela opinião pública, e não na sua mera desconsideração em razão de uma suposta afronta a sua autoridade<sup>16</sup>.

Nesse contexto, conclui-se que não constitui atribuição exclusiva do Poder Judiciário a interpretação da Constituição, nem a de dar a última palavra sobre o sentido dos ditames constitucionais. O Supremo Tribunal Federal ocupa uma posição de destaque no circuito decisório, com a responsabilidade de guarda precípua da Constituição da República, sem, entretanto, que se estabeleça uma supremacia judicial, de forma que as decisões devem ser compreendidas como uma espécie de “última palavra provisória”, que encerra apenas uma das rodadas deliberativas sobre o tema debatido.

Com efeito, não é possível se pensar em um equilíbrio estático do sistema, mas sim, em uma acomodação dinâmica, de forma que se torna inevitável atribuir a alguém a “última palavra em cada rodada procedimental”. Como destaca Conrado Hübner Mendes, toda Constituição estabelece as vias para a vocalização institucional de projetos coletivos para a solução de conflitos, caminhos que têm um ponto de partida e, após estágios intermediários, alcançam um ponto

<sup>14</sup> Nesse sentido: ADI 5105, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01.10.2015, DJ 16.03.2015.

<sup>15</sup> Nesse sentido: ADI 5105, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01.10.2015, DJ 16.03.2015.

<sup>16</sup> Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. (Belo Horizonte: Forum, 2014), 409.

final. Referido ponto será final dentro de uma rodada, que sempre pode ser recomeçada. A possibilidade de recomeçar, entretanto, não é irrelevante para a reflexão acerca da autoridade democrática, na medida em que o reinício implica uma nova mobilização de diversos recursos, de tempo e esforços argumentativos, todos necessários para movimentar a máquina institucional<sup>17</sup>.

#### 4.1. Superação de decisões do STF por emenda constitucional

A via da emenda constitucional, por trazer segurança e maior aceitação à resposta dada pelo Congresso, definindo a rodada procedimental ainda que provisoriamente<sup>18</sup>, tem se configurado como a forma mais frequente, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, para a superação da interpretação constitucional. Nesse caso, não se poderia falar nem mesmo em violação à suposta prerrogativa da Corte de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição, porquanto a reforma da Constituição alcança o próprio texto constitucional interpretado. Por se tratar de norma constitucional, aprovada com quórum qualificado de três quintos dos parlamentares de ambas as casas legislativas, em sendo questionada a constitucionalidade da emenda constitucional editada em sentido diverso da decisão anterior proferida pela Corte, a postura do Supremo Tribunal Federal deve ser de comedimento e deferência à interpretação constitucional realizada pelo Congresso<sup>19</sup>.

Essa experiência pode ser exemplificada pelo caso da definição da proporcionalidade do número de vereadores dos municípios brasileiros<sup>20</sup>. O texto originário da Constituição Federal de 1988 estipulava um número mínimo e máximo de vereadores para as câmaras municipais, com base na população local, acrescentando que o referido quantitativo, a ser definido em cada Lei Orgânica do Município, deveria ser proporcional à respectiva população (CF, art. 29, inciso IV). Em interpretação a esse último dispositivo, os legisladores municipais, nas respectivas Leis Orgânicas, compreenderam restar-lhes assegurada a discricionariedade na fixação do número de vereadores, desde que respeitados os limites mínimo e máximo estabelecidos na Constituição da República.

Encaminhado o debate da questão ao Supremo Tribunal Federal, os Ministros declararam a inconstitucionalidade da Lei do Município de Mira

<sup>17</sup> Conrado Hübner Mendes. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação* (São Paulo: Saraiva, 2011), 170.

<sup>18</sup> Larry Alexander e Frederick Schauer, "On extrajudicial constitutional interpretation", *Harvard Law Review*, v. 110, n. 7, may 1997, 1359.

<sup>19</sup> Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. (Belo Horizonte: Forum, 2014), 409.

<sup>20</sup> RE 197.917, Rel. Min. Mauricio Corrêa j. 06.06.2002; DJ 07.05.2004.



Estrela, SP, que estabelecia o número de 11 cargos de vereadores para uma população de menos de três mil habitantes. Referido dispositivo constitucional estabelecia que a quantidade de vereadores dos municípios deveria ser proporcional às suas populações. Dessa forma, resolveram os Ministros preencher o conteúdo da expressão “proporcional”, valendo-se para tanto de um cálculo aritmético, a fim de encontrar uma quantidade razoável entre população e número de vereadores. Na decisão, o Min. Maurício Côrrea, Relator do caso, propôs elaborar três tabelas, uma para cada alínea do art. 29, inciso IV, da Constituição da República, estabelecendo a proporção exata de vereadores de acordo com a população dos municípios.

Acompanhando o voto do Relator, o Min. Gilmar Mendes, ratificando a relevância do critério aritmético para atender ao princípio da proporcionalidade, bem como a importância da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, e a fim de atender o princípio da segurança jurídica, resguardou o mandato dos vereadores já investidos, assim como os respectivos atos políticos decorrentes do exercício desses mandatos. O entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal estava em plena consonância com a opinião pública, que enxergava no elevado número de vereadores uma perda desnecessária de recursos públicos.

À decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal seguiu-se manifestação do Superior Tribunal Eleitoral, que reduziu de forma considerável o número de cargos, inclusive editando a Resolução n. 21.702/04, que posteriormente restou impugnada por intermédio de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade<sup>21</sup>, em cujo julgamento se confirmou a constitucionalidade da referida norma administrativa, em ratificação do entendimento originário da Suprema Corte. A mencionada Resolução somente foi implementada no pleito eleitoral seguinte, ante a modulação dos efeitos promovida na decisão do Supremo Tribunal Federal, não sem a realização de diversos protestos junto ao Congresso Nacional.

Na sequência de rodadas procedimentais, o Congresso Nacional, no esforço de superar a decisão judicial, alterou o entendimento até então consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, mediante a aprovação da Emenda Constitucional n. 58/09, suprimindo a regra da proporcionalidade e majorando o número de cargos de vereadores permitidos por município. Para mitigar os efeitos negativos perante a opinião pública, inseriu-se na Emenda um dispositivo destinado a limitar o repasse de recursos orçamentários às Câmaras Municipais. Em acréscimo, ainda, os Parlamentares previram uma cláusula de retroatividade na Emenda, de forma que, apesar de aprovada em 23.09.2009, retrocedeu seus efeitos ao pleito eleitoral de 2008, circunstância que viabilizou a criação de novos cargos eletivos, na metade da legislatura, acomodando vereadores tardios.

<sup>21</sup> ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25.08.2005; DJ 20.08.2010.

Ajuizada nova demanda direcionada a impugnar tal retroatividade<sup>22</sup>, os Ministros, em mudança de perspectiva, acolheram o pedido, para o fim de conceder a cautelar e, assim, suspender especificamente a eficácia do dispositivo que estabelecera a retroatividade, face à violação aos princípios da anualidade eleitoral, segurança jurídica, entre outros.

Na espécie, a modulação dos efeitos poderia indicar a adoção da Teoria do aconselhamento, ao se oportunizar ao Parlamento a possibilidade de apresentar uma resposta legislativa que entendesse devida, enquanto que na rodada procedimental seguinte, com a prolação da segunda decisão do Supremo Tribunal Federal, observa-se a aplicação da Teoria da parceria. Ao final, restam demonstrados alguns efeitos da Teoria estrutural, diante da pretensão do controle político efetivada sobre os atos da Corte<sup>23</sup>.

Além disso, infere-se que a interação entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal, aliada à contribuição da opinião pública, foi mais proveitosa do que a interpretação constitucional isolada de cada uma das referidas instituições, demonstrando-se, assim, de forma concreta, as vantagens dos diálogos interinstitucionais. Com efeito, como resultado dessa interação alcançou-se ao final uma solução vantajosa aos propósitos estipulados na Lei Fundamental da República, porquanto, ao mesmo tempo em que se limitaram os excessivos gastos com o elevado número de cargos de vereadores, assegurou-se a esfera de auto-organização dos municípios, sem, entretanto, deixar-se de limitar os excessos cometidos pelo Congresso Nacional, ao se impedir os efeitos retroativos da Emenda.

Solução semelhante se verificou no julgamento de diversas leis municipais que criavam a denominada taxa de iluminação pública<sup>24</sup>. Os ministros do Supremo Tribunal Federal consideraram inconstitucionais as mencionadas normas municipais, sob o argumento de que a iluminação pública não se caracterizaria como um serviço público específico e divisível, fato gerador da exação da espécie de tributo “taxa”. Em reação a essa decisão, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional n. 39/2002, instituindo, com o mesmo propósito de atender aos interesses financeiros municipais, a “contribuição para custeio da iluminação pública”.

#### 4.2. Superação de decisões do STF por maiorias legislativas simples

Com relação à possibilidade de reversão de decisões do Supremo Tribunal Federal, por meio de atos normativos infraconstitucionais, a situação se apresenta um pouco distinta, diante do maior acirramento entre Corte e

<sup>22</sup> ADI 4.307, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11.04.2013, DJ 01.10.2013.

<sup>23</sup> Cecília de Almeida Silva et al *Diálogos Institucionais e Ativismo* (Curitiba: Juruá, 2012), 121.

<sup>24</sup> RE 233.332, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 10.03.99, DJ 14.05.99.

Parlamento nessa hipótese. Do exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal podem ser extraídas decisões contraditórias sobre o tema.

Exemplo disso constitui o julgamento do caso envolvendo o foro por prerrogativa de função<sup>25</sup>. Durante décadas vigorou o enunciado contido na Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, editada ainda durante a Constituição de 1946, que ampliava o foro por prerrogativa de função para julgamento dos atos praticados durante o exercício da função pública, mesmo após o agente deixar de exercer o cargo público. Em revisão a esse posicionamento, os Ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram a inconstitucionalidade do entendimento anterior e revogaram a referida Súmula, estabelecendo que apenas durante o exercício da função pública se asseguraria o foro privilegiado<sup>26</sup>.

Na sequência de atos, no final de 2002, restou aprovada a Lei 10.628, que, alterando a redação do art. 84, § 1º, do Código de Processo Penal, novamente estendeu o foro por prerrogativa de função em relação a atos executados no exercício da função, mesmo que o inquérito ou ação judicial tenha início após a cessação do exercício da função pública. Provocado, o Supremo Tribunal Federal voltou a debater a questão e, por maioria, declarou a inconstitucionalidade da norma impugnada, sob o argumento de que uma lei não poderia servir para superar uma interpretação da Corte. Como resultado do debate, restaram exarados votos divergentes com relação ao fundamento do pedido, com distintas concepções sobre o tema.

Em condução do posicionamento prevalente, o Min. Sepúlveda Pertence reconheceu a inconstitucionalidade da aprovação pelo Congresso Nacional de lei que promova interpretação constitucional diversa da atribuída pelo Supremo Tribunal Federal. No caso, configurar-se-ia uma inconstitucionalidade tanto material, como formal, porquanto não se permite que norma inferior tenha por objeto imediato a interpretação de norma superior, sob pena de inversão da hierarquia normativa e de desvinculação entre Congresso Nacional e texto constitucional. Apesar desse entendimento, o Ministro deixou aberta a possibilidade de edição de lei idêntica à declarada inconstitucional pela Corte, na medida em que o efeito vinculante das decisões, mesmo no controle abstrato de constitucionalidade, não alcança o Poder Legislativo<sup>27</sup>. A lei editada sob essa perspectiva configuraria uma simples reabertura do debate entre Corte e o Congresso.

Por sua vez, em posicionamento oposto ao do Relator, o Min. Eros Grau se manifestou pela improcedência do pedido, apresentando voto vencido no

<sup>25</sup> ADI 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.09.2005, DJ 19.12.2006. Nos Estados Unidos, em caso semelhante veja-se: *City of Boerne v. Flores* (521 U.S. 507 1997). Nos dois casos pode se observar reações legislativas diretas às decisões judiciais.

<sup>26</sup> Inq. 687-QO, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.97, DJ 09.01.2001.

<sup>27</sup> Cf. art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99.

qual afirmou que se afigura possível que uma lei materialize uma interpretação da Constituição diversa daquela oriunda do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, não pode a norma superar uma decisão da Corte que declara a inconstitucionalidade de lei anterior. Nessa hipótese, a última palavra seria do Supremo Tribunal Federal.

Acompanhando a divergência aberta pelo Min. Eros Grau, mas com fundamento em argumentos distintos, o Min. Gilmar Mendes defendeu a postura dialógica da Corte, manifestando-se de forma favorável à abertura da interpretação constitucional aos diversos atores sociais, em especial ao legislador, cuja liberdade de conformação na concretização da Constituição deve ser ampla<sup>28</sup>. No entendimento do Ministro, não há como presumir a inconstitucionalidade de uma norma pelo simples fato de ela contrariar uma suposta “última palavra” do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Assim, independente de uma nova lei ser idêntica à outra anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou de materializar exegese diversa da por ele realizada, uma vez questionada a sua constitucionalidade, deve a Corte abrir-se ao diálogo interinstitucional e reexaminar a compatibilidade material entre a nova lei editada e o texto constitucional, podendo manter o mesmo entendimento anterior ou acolher as atuais razões do legislador. Entretanto, as leis, já no momento de sua aprovação, passariam a conservar uma presunção relativa de inconstitucionalidade, em razão de sua contrariedade à interpretação constitucional realizada precedentemente pelo Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, em outros julgamentos do Supremo Tribunal Federal observam-se decisões mais consentâneas com a posição adotada no presente trabalho, no sentido de que viabilizam a instrumentalização de diálogo interinstitucional entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

Nessa perspectiva, no julgamento do caso que tratou do instituto da desaposentação<sup>29</sup>, o Ministro Roberto Barroso, um dos incentivadores do modelo dialógico na atual composição do Supremo Tribunal Federal, implementou uma dinâmica apta a gerar um verdadeiro diálogo interinstitucional. Antes de julgar o caso, a Corte submeteu a questão a um amplo debate, com a participação da União, da sociedade civil, segurados, entidades associativas e do próprio Congresso Nacional.

Verificada a hipótese de existência de mais de uma solução possível para a questão constitucional, o Ministro Roberto Barroso, em sessão realizada em 09.10.2014, estabeleceu as premissas interpretativas que deveriam orientar a prolação da decisão e exarou um comando, condicionado a determinado

<sup>28</sup> Posição defendida no presente trabalho.

<sup>29</sup> RE 661.256, Rel. Roberto Barroso, j. 09.10.2014, DJ 13.11.2014.

período de tempo, no qual os demais Poderes poderiam se manifestar acerca da solução de uma saída normativa factível e consentânea com o fundamento do provimento judicial<sup>30</sup>. Em se caracterizando a inércia do Poder provocado, passar-se-iam a aplicar, então, em sua plenitude, os efeitos da decisão da Corte.

Em prosseguimento às rodadas procedimentais, no ano de 2015 o Poder Legislativo se movimentou no sentido de buscar uma solução para a questão. Assim, visando regulamentar de forma concreta o tema da desaposentação, o Congresso Nacional aprovou a Lei 13.183/2015. Na sequência, vetado<sup>31</sup> o dispositivo que apresentava solução ao tema, referido ato presidencial foi mantido em sessão realizada em 15.12.2015.

Em nova etapa, ultrapassada a tentativa de regulamentação normativa da desaposentação por parte do Poder Legislativo, o caso retornou à pauta do Supremo Tribunal Federal, para prosseguimento do julgamento anteriormente citado. Iniciado o exame, restou reconhecida a legitimidade da tentativa de regulamentação do tema pelo Poder Legislativo. O Ministro Gilmar Mendes pontuou que se configurou omissão a respeito da questão, esta decorreu da deliberação específica do legislador, que compreendeu não ser conveniente e oportuno chancelar e regulamentar, por razões políticas, o direito pleiteado pelos segurados – um verdadeiro “silêncio eloquente”. Em conclusão, é possível nesse caso observar que a decisão do Poder Judiciário provocou uma resposta do Legislativo, a qual restou devidamente prestigiada no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, abrindo espaço a uma verdadeira interação entre os Poderes e, por conseguinte, a uma interpretação constitucional mais proveitosa do que a eventualmente produzida por apenas um deles.

Ainda seguindo essa mesma concepção dialógica, cita-se julgamento em que o Supremo Tribunal Federal admitiu superação legislativa de decisão anterior da Corte, em mecanismo muito semelhante às leis *in your face*, do modelo canadense. Ao examinar a questão relativa à aposentadoria especial de professores e tempo de serviço prestado fora de sala de aula, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da nova lei, que alterava a interpretação de entendimento já sumulado da Corte. O debate envolvia a exegese dos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição.

<sup>30</sup> A solução também se coaduna com os postulados do minimalismo judicial, na medida em que busca resguardar a atividade legislativa.

<sup>31</sup> As razões do veto foram assim expostas: “As alterações introduziram no ordenamento jurídico a chamada ‘desaposentação’, que contraria os pilares do sistema previdenciário brasileiro, cujo financiamento é intergeracional e adota o regime de repartição simples. A alteração resultaria, ainda, na possibilidade de cumulação de aposentadoria com outros benefícios de forma injustificada, além de conflitar com o disposto no § 1º, do art. 86 da própria Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991”.

Sobre o tema, dispunha a Súmula 726, aprovada em 2003<sup>32</sup>, que, “para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço fora de sala de aula”. Em 2006, restou aprovada a Lei 11.301, que alterou o art. 67 da Lei n. 9.394/96, passando a autorizar a consideração do tempo de trabalho de assessoramento pedagógico e de direção escolar para o cômputo da aposentadoria especial de professores. Ao examinar a constitucionalidade da aludida lei, os Ministros admitiram, por maioria, a sua constitucionalidade, mesmo tendo a norma alterado a interpretação constitucional anterior da Corte, reconhecendo de forma expressa que “as funções de direção, coordenação de assessoramento pedagógico integram a carreira de magistério”, não se circunscrevendo, portanto, as funções de magistério apenas ao trabalho dentro de sala de aula<sup>33</sup>. Portanto, de forma diversa à adotada no caso do foro por prerrogativa de função, acima tratado, em que se reconheceu a inconstitucionalidade da lei apenas por ter revertido interpretação da Constituição promovida pelo Supremo Tribunal Federal, os Ministros reinterpretaram o texto constitucional, aquiescendo ao entendimento adotado pelo Poder Legislativo.

Em relevante julgamento sob a perspectiva dos diálogos interinstitucionais, envolvendo o direito de antena e de acesso aos recursos do fundo partidário às novas agremiações partidárias criadas após a realização das eleições, o julgamento acima citado, relativo à aposentadoria especial e o tempo de serviço prestado fora da sala de aula (ADI 3.772), voltou a ser mencionado. No caso, foi debatida a constitucionalidade dos arts. 1º e 2º da Lei 12.875/2013, que subtraíram dos partidos novos, criados no curso da legislatura, o acesso ao fundo partidário e ao direito de antena. A inconstitucionalidade decorreria da violação do art. 17, *caput*, e parágrafo 3º, da Constituição Federal. O detalhe relevante do caso é que a lei impugnada adveio poucos meses após o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a constitucionalidade do art. 47, parágrafo 2º, inciso II, da Lei 9.504/97 (ADIs 4.430 e 4.795), promover interpretação conforme à Constituição, para, diferentemente do que passou a prever a Lei 12.875/2013, assegurar aos partidos novos o direito de acesso proporcional à propaganda eleitoral gratuita no rádio e televisão. Daí o questionamento surgido acerca da possibilidade de correção legislativa de decisão do Supremo Tribunal Federal.

Em sua decisão, ao mesmo tempo em que reconheceu a aplicabilidade dos diálogos institucionais na sistemática constitucional brasileira, por intermédio da relação dos múltiplos intérpretes da Constituição (Legislativo, Executivo, Judiciário e segmentos da sociedade civil organizada), o Min. Relator

<sup>32</sup> Súmula 726. Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula.

<sup>33</sup> ADI 3.772, Rel. p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. 29.10.2008, DJ 27.03.2009.

Luiz Fux afastou a ideia de supremacia judicial material (definitiva), admitindo a possibilidade da reversão legislativa da jurisprudência da Corte, seja pela atuação do constituinte reformador (por emendas constitucionais), seja pela inovação do legislador infraconstitucional (por edição de leis ordinárias e complementares), exatamente como ocorreria no julgamento da ADI 3.772, que tratou da aposentadoria especial dos professores.

Em conclusão, apesar da retórica da “supremacia judicial” se encontrar presente em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, quando da interpretação constitucional pela Corte, inferem-se inúmeros casos em que se instrumentalizaram os diálogos interinstitucionais por intermédio da superação de suas decisões, por atos legislativos subsequentes, com a posterior manutenção destes últimos. A pluralidade decorrente da coexistência do controle jurisdicional de constitucionalidade, com a participação dos demais atores políticos e entidades da sociedade civil organizada, possibilita um acréscimo em seu coeficiente democrático, na medida em que a participação dos cidadãos, seja de forma direta, ou por meio de seus representantes, torna a decisão mais ampla e a legítima.

### 4.3. Outras formas de diálogos interinstitucionais

Na dinâmica das relações entre Supremo Tribunal Federal e demais Poderes, vêm surgindo novas hipóteses de arranjos institucionais aptos a viabilizar a implementação de uma postura cooperativa e dialógica. No que diz respeito aos casos de omissão inconstitucional, exemplificativamente, pode-se compreender que a técnica de decisão de apelo ao legislador leva à atuação cooperativa, porquanto o Poder Judiciário reconhece a mora do Parlamento, e indica a necessidade de colmatção de lacunas. Os diálogos interinstitucionais podem, assim, servir como mais uma forma de tratamento da omissão inconstitucional, e da regulamentação normativa de um tema específico. Exemplo dessa dinâmica pode ser evidenciado no caso do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Ao examinar o Mandado de Injunção<sup>34</sup> que discutia o tema, os ministros do Supremo Tribunal Federal se atentaram para o fato de que a simples declaração de mora do Poder Legislativo não teria o condão de materializar a força normativa da Constituição. Dessa forma, de maneira estratégica, e alterando posicionamento tradicional relativo à omissão legislativa em que apenas advertia o Congresso Nacional sobre a necessidade de regulamentar os dispositivos com eficácia limitada, a Corte engendrou uma decisão concreta. Entretanto, postergou o julgamento da demanda, a fim de desenvolver

<sup>34</sup> MI 943, Relator: Min. Gilmar Mendes, j.06.02.2013, DJ 02.05.2013.

proposta de implementação adequada ao direito de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Diante da sinalização, o Congresso Nacional, de forma célere, aprovou a Lei n. 12.506/2011 antes da devolução dos autos do processo para prosseguimento do julgamento no Supremo Tribunal Federal. Na rodada procedimental seguinte, a Corte prosseguiu no julgamento da matéria, aplicando os mesmos critérios definidos pelo Poder Legislativo aos mandados de injunção examinados, acolhendo o entendimento consolidado no Parlamento.

Durante as rodadas procedimentais, o Presidente da Câmara dos Deputados participou de reunião com Ministros do Supremo Tribunal Federal, em que restou alertado que uma manifestação judicial definitiva da Corte, no sentido de regulamentar a norma de eficácia limitada, poderia dificultar a votação da matéria no Congresso. Quando das discussões, o Poder Judiciário auxiliou o Parlamento a retomar as negociações, anteriormente suspensas, com grupos de interesses, e a encorajar um acordo entre empresários e centrais sindicais, sobre a proposta apresentada. Extrai-se disso que os diálogos institucionais podem se apresentar como uma forma efetiva e democrática de solução das questões atinentes à omissão inconstitucional no Brasil.

Outra forma de se desenvolver uma postura dialógica pelo Supremo Tribunal Federal restou evidenciada no julgamento envolvendo a dívida dos Estados, em que, inclusive, foi formada uma mesa de diálogo prévio, fato inédito na Corte. Em fevereiro de 2016, o Estado de Santa Catarina impetrou mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal, questionando o método utilizado pelo Ministério da Fazenda, quando do recálculo da dívida pública do Estado catarinense com a União<sup>35</sup>. A petição inicial pugnava, em vez da utilização da taxa Selic capitalizada para calcular o montante da dívida, pela aplicação da Selic simples, adotada para atualização das dívidas cobradas no Poder Judiciário. Pretendia-se, com o *mandamus*, impedir que a União prosseguisse no propósito de obrigar Santa Catarina a firmar o refinanciamento da dívida, utilizando a taxa Selic capitalizada, além de evitar qualquer tipo de sanção pela União, como o bloqueio no repasse de recursos de origem federal, em razão da recusa da assinatura da nova avença.

Em abril de 2016, concedida a liminar em favor do impetrante, nos dias que se seguiram, outras 15 unidades da Federação também obtiveram provimento jurisdicional semelhante, circunstância que constrangeu o governo federal a construir um acordo geral com os Estados. Em exame ao pleito, decidiu o plenário do Supremo Tribunal Federal pela suspensão do processo,

---

<sup>35</sup> MS 34023, Rel. Min. Edson Fachin, em janeiro de 2017, pendente de exame de arguição de carência de interesse de agir, diante de acordo definitivo celebrado pelos Estados e União acerca das dívidas estaduais.



com significativa repercussão política e social, para que as partes envolvidas, Estados e União, iniciassem um diálogo com a finalidade de solucionar, consensualmente, a controvérsia jurídica. Após o exame da liminar, o Min. Edson Fachin, na busca de solução cooperativa para o impasse, designou audiência com a participação do Ministro da Fazenda, Governadores de Estado e autoridades do Tesouro Nacional, da Advocacia Geral da União e da Procuradoria Geral da República. Em junho de 2016, o Ministério da Fazenda e os Governadores dos Estados celebraram acordo de repactuação das dívidas. Por conseguinte, em julho de 2016, os Ministros adaptaram a liminar favorável ao Estado de Santa Catarina – que autorizava pagamentos menores das parcelas da dívida – à avença celebrada, em junho do mesmo ano.

Em nova etapa procedimental, após meses de negociação, em dezembro de 2016, o Congresso Nacional aprovou a renegociação das dívidas dos Estados, adotando como base os argumentos originariamente apresentados na petição inicial do mandado de segurança impetrado pelo Estado de Santa Catarina, fato que viabilizou a significativa redução dos débitos, em um período de profunda crise econômica e de escassez de recursos para os governos estaduais.

Em uma dinâmica que envolveu a interação entre entes distintos, das diversas esferas da Federação, cada qual contribuindo com suas capacidades específicas, dentro de seu âmbito de responsabilidade, denota-se um esforço coordenado para a tomada de uma decisão mais qualificada, que pudesse assegurar o cumprimento efetivo dos postulados da Constituição, com aperfeiçoamento das respectivas instituições democráticas.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interferência das Cortes no espectro político torna-se visível nos países democráticos, devido à utilização cada vez maior do exercício do controle de constitucionalidade. Apesar de o Poder Judiciário ocupar historicamente uma função contramajoritária, representando um fórum de garantia dos direitos das minorias e liberdades fundamentais, diante da ampliação do papel do referido órgão na sociedade contemporânea e na organização do Estado, impõe-se uma nova perspectiva sobre sua função e capacidade institucional. Por conseguinte, o debate sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional torna-se imprescindível.

A harmonização, que permite o exercício da jurisdição constitucional em seu aspecto contramajoritário, de forma paralela à manifestação do Poder Legislativo consubstancia o denominado modelo dialógico, cuja característica fundamental se assenta nos constantes diálogos entre Judiciário, Parlamento e sociedade civil. Sua principal característica passa pela tentativa de suplantação da tensão entre democracia e constitucionalismo, a partir de uma concepção democrática de Constituição.

Por sua vez, os diálogos interinstitucionais constituem mecanismos que viabilizam a interação e cooperação entre Poderes estatais na solução de questões relativas à interpretação e à concretização da Constituição, sem que haja a predefinição da supremacia da atividade decisória de uma dessas instituições em face da outra. Com efeito, a necessidade de que algum órgão delibere em sede de controle de constitucionalidade não implica que a decisão deva ser definitiva ou que não possa haver alguma espécie de diálogo entre os Poderes. Mais relevante do que definir quem deverá proferir a última palavra é estabelecer como se chegará a essa conclusão.

Os diálogos institucionais aparecem, assim, como experiências constitucionais alternativas. Situam-se a meio termo entre a revisão judicial das leis, e da soberania do parlamento, na medida em que mitigam a unicidade da atuação institucional em face de apenas um dos Poderes, de forma a promover uma aproximação entre discurso jurídico e político, culminando em uma necessária atuação dialógica, compartilhada, para o alcance de uma resposta melhor e mais democrática acerca do sentido da Constituição.

Nesse viés, as controvérsias do sistema institucional brasileiro também podem ser solucionadas por meio de uma atividade sistêmico-dialógica, de forma a afastar o comportamento tradicional isolacionista dos Poderes instituídos, baseando-se na cooperação entre as instituições e superando-se as tradicionais teorias de interpretação constitucional, e de separação de poderes.

Como restou evidenciado, afigura-se possível a reação política contra as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, tanto pela aprovação de Emenda à Constituição, como pela edição de legislação infraconstitucional. Os diálogos institucionais já constituem um fato concreto na interação entre instituições do sistema nacional, embora careçam de melhor compreensão e fortalecimento. Não se pode afirmar, assim, que o Supremo Tribunal Federal detém o monopólio da guarda da Constituição, pois há a possibilidade de uma atuação coordenada entre os Poderes estatais e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, a partir da utilização de mecanismos já existentes, que viabilizam um processo contínuo e ininterrupto, em que cada ator institucional contribui com suas capacidades específicas, de forma a potencializar a qualidade democrática na consecução do melhor significado constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry e SCHAUER, Frederick. "On extrajudicial constitutional interpretation." *Harvard Law Review*, v. 110, n. 7, may 1997.

BATEUP, Christine. "The dialogue promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue". *NYU Law School Public Law Research Paper* n. 05-24. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006.

BERMAN, José Guilherme; TAVARES e Rodrigo de Souza. "Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense." *XVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Di-*

reito - CONPEDI, 2009. São Paulo. Acesso em 12/08/2016:[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/sao\\_paulo/2259..](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/sao_paulo/2259..)

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. “Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade”. *Revista de Investigações Constitucionais*, Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR, Curitiba, vol. 2, n. 3, set/dez 2015.

GARGARELLA, Roberto. “El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos.” *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, nº 2, Diciembre de 2013.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law Inc., 2001.

SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza e VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2014.

SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

VIEIRA, José Ribas; RÉ, Mônica Campos de; CARVALHO e Flávia Martins de. “As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal”. Acesso em 24.09.2016: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33307-42498-1-PB.pdf>.

## CAPÍTULO 2

# A NECESSÁRIA LEITURA DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO À LUZ DE UMA INTERPRETAÇÃO DEMOCRATICAMENTE ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO

*Deivide Júlio Ribeiro*

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo analisar os limites jurisprudenciais impostos para a aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição, no controle de Constitucionalidade das leis e suas respectivas consequências para esse instituto. Esses critérios são: i) não contrariar o sentido inequívoco da lei, bem como ii) não contrariar o sentido pretendido pelo legislador. Para isso, toma-se como recorte empírico duas ações de mesma natureza (ADPF) do controle de constitucionalidade concentrado, as quais foram aplicadas a mencionada técnica, onde o Supremo Tribunal Federal chegou a resultados distintos. Para testar a coerência argumentativa dos dois julgados adota-se como referencial teórico a teoria da integridade de Ronald Dworkin, para só assim chegar a uma conclusão se os limites jurisprudências aplicados à Técnica de Interpretação Conforme permitem uma leitura democraticamente adequada à Constituição.

**PALAVRAS-CHAVE:** técnica de interpretação conforme a Constituição; Controle de Constitucionalidade; Teoria da Integridade. Leitura adequada à Constituição.

## INTRODUÇÃO

A preocupação com os fundamentos do direito e da legitimidade das decisões judiciais tem fomentado um rico e intenso debate tanto no âmbito acadêmico quanto na prática jurídica, sobretudo após a instauração do paradigma do Estado Democrático de Direito. Esse pano de fundo vigente imprime a necessidade de repensar a teoria e a dogmática dos direitos fundamentais. Nesse sentido, contemporaneamente, qualquer reflexão sobre tais direitos somente faz sentido se for mediada pela linguagem, especialmente em seu viés argumentativo. Com isso, os direitos fundamentais são reconstruídos a todo o momento.

Ainda sob o advento do Estado Democrático de Direito a Constituição passa a ser o parâmetro normativo para as demais normas do ordenamento jurídico. Assume, como referência, a responsabilidade de tutelar uma sociedade complexa, plural e em constante transformação. No intuito de conciliar as transformações sociais com a abertura semântica do texto normativo e os

pressupostos democráticos, existe, no controle de constitucionalidade pátrio, a diretriz da *interpretação conforme a Constituição*, que tem como finalidade realizar um juízo de adequação entre as normas infraconstitucionais em face da Constituição.

No contexto brasileiro, mais que um princípio de interpretação, a supra-mencionada diretriz é utilizada como uma verdadeira técnica de controle de constitucionalidade. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, por intermédio de sua jurisprudência, estabeleceu limites para sua aplicação, tais como: i) não contrariar sentido inequívoco pretendido pelo legislador e ii) não se opor ao sentido literal do texto normativo. Em que pese a Técnica da Interpretação Conforme a Constituição ser contemporânea, estabelecer tais limites à sua aplicação é retornar aos critérios metodológicos da hermenêutica jurídica clássica, do contexto do Estado Liberal e Estado Social, que buscavam o sentido da norma a partir das intenções dos legisladores e da vontade da lei.

Assim, o objetivo do presente trabalho é analisar se a técnica de interpretação conforme a Constituição restrita ao sentido literal do texto normativo e à vontade do legislador representa um referencial interpretativo seguro, que possa oferecer respostas jurídicas democraticamente adequadas à Constituição.

Para isso, o trabalho foi dividido em três etapas. Num primeiro momento contextualizou-se, teórica e dogmaticamente, a técnica de interpretação conforme a Constituição e os limites jurisprudências impostos pelo Supremo Tribunal para sua aplicação.

Logo em seguida, procedeu-se um recorte epistemológico em duas decisões de ações de mesma natureza, proposta em sede de controle de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal. Ambas as ações tinham como pedido a aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição como medida viável para a análise de seus respectivos méritos. Nessas duas decisões, apesar de se valerem dos mesmos limites para se aplicar da técnica, a Corte Suprema chegou a resultados distintos em um curto intervalo de tempo. A análise das duas decisões se justifica, dessa forma, para demonstrar as possíveis falhas argumentativas, contradições e o potencial déficit democrático que o atual modo de aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição pode causar nas decisões judiciais.

Na terceira etapa, o trabalho preocupou-se, uma vez identificadas possíveis incoerências argumentativas, em apresentar uma proposta teórico-interpretativa que entende contribuir para que a aplicação da técnica de interpretação conforme esteja democraticamente adequada à Constituição. Para isso, adota-se como referencial teórico a Teoria da Integridade de Ronald Dworkin e sua interpretação criativa. Essa escolha se justifica para analisar e testar se os limites jurisprudência adotados pelo Supremo Tribunal Federal oferecem um referencial seguro para a interpretação constitucional.

Por derradeiro, após toda essa análise, é apresentado o posicionamento do presente trabalho a respeito se a aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição presa ao sentido literal do texto normativo e à vontade do legislador é capaz de oferecer respostas jurídicas democraticamente adequadas à Constituição.

### 1. O PROBLEMA: *VOLUNTAS LEGIS X VOLUNTAS LEGISLATORIS*

Sob o paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito e das transformações advindas da hermenêutica filosófica na hermenêutica jurídica<sup>1</sup>, é possível afirmar a existência de uma hermenêutica constitucional. Essa constatação deve-se ao fato de as normas presentes na Constituição possuírem determinadas características que as diferem das demais. Nesse sentido, a Constituição como referencial normativo passa a ser o filtro interpretativo, o qual orienta toda interpretação infraconstitucional.

Por outro lado, é cediço que a sociedade moderna é complexa e está em permanente mutação, pois, ao lidar com os riscos da instabilidade, ela faz da própria mutabilidade seu motor propulsor. Ao contrário das sociedades antigas, que eram rígidas e estáticas, o atual modelo social alimenta-se de sua própria transformação e, dessa forma, reproduz-se (Netto 2004, 281-282).

Em vista dessa constante dinâmica social e da possibilidade de novas interpretações do texto normativo, devido à sua textura aberta, surge a necessidade de se desenvolver critérios que possam conciliar essa abertura semântica, com os pressupostos democráticos e a estabilidade jurídica. Nesse sentido, destaca-se, dentro do controle de constitucionalidade, entre outras, a técnica de interpretação conforme a Constituição. Essa diretriz tem como finalidade realizar um juízo de compatibilidade entre uma norma infraconstitucional em face da Constituição, de modo que seu sentido esteja condizente ao todo constitucional, afastando quaisquer outros que não estejam adequados a ele (Hesse 1998, 70-75). Atualmente, de acordo com o art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999,<sup>2</sup> o Supremo Tribunal Federal utiliza-se da interpretação conforme a Constituição como uma técnica de controle de constitucionalidade.

<sup>1</sup> Para maiores detalhes ver: Poder judiciário e (m) crise: reflexões de teoria da Constituição e teoria geral do processo sobre o acesso à Justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas (Fernandes and Pedron, 2008).

<sup>2</sup> Art. 28 [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (Brasil 1998).

Ocorre que, tanto na teoria<sup>3</sup> quanto na jurisprudência do Pretório Excelso, entende-se que há limites para aplicação da mencionada técnica, uma vez que somente pode ser utilizada se não contrariar o sentido pretendido pelo legislador, e/ou o sentido literal do texto normativo. Tais restrições foram inseridas no controle de constitucionalidade das leis por meio da Representação de Inconstitucionalidade nº 1417/1987, de Relatoria dw Moreira Alves, à época Ministro do Supremo Tribunal Federal. Esta é a jurisprudência que orienta a aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição em sede de jurisdição constitucional:

“O princípio da interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonformauslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade e não apenas como regra de interpretação. A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em suas funções de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, **se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar**, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, em criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo. [...] No caso, não se pode aplicar a interpretação conforme a Constituição por não se coadunar essa com a **finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa.**” (Brasil 1987, grifo nosso)

Ao observar estas restrições à aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição percebe-se que tais limites são os mesmos utilizados pela hermenêutica jurídica clássica no contexto dos paradigmas do Estado Liberal e Estado Social, os quais buscavam, respectivamente, a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*) e a vontade da lei (*voluntas legis*). Essa busca em torno da *mens legis* e *mens legislatoris* tinha como intuito encontrar uma base argumentativa que pudesse trazer um pouco de previsibilidade e, conseqüentemente, maior segurança jurídica.

Ocorre que, atribuir o sentido de uma norma aos pensamentos e intenções de seu possível criador, assim como buscar a vontade da lei sem considerar o contexto no qual ela está inserida, incorre-se no provável erro de descon siderar as especificidades do tempo do intérprete, bem como a pluralidade da própria sociedade na qual ele e a norma interpretada estão inseridos.

<sup>3</sup> Alguns juristas entendem que a técnica de interpretação conforme a Constituição não pode contrariar a vontade pretendida pelo legislador na elaboração normativa. Nessa linha encontra-se o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes, que aduz que a vontade do legislador não pode ser substituída pela vontade do Juiz (Mendes 2008, 232).

Diante desta breve explanação a respeito dos limites jurisprudencial e doutrinário estabelecidos para aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição, o presente trabalho passa a analisar dois julgados do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, nos quais ambos utilizaram da mencionada técnica para aferir a constitucionalidade das normas *sub judice*.

## 2. OS CASOS

Inicialmente, a título de esclarecimento, é importante evidenciar que dado o universo de decisões que o Supremo Tribunal Federal possui, a escolha das duas decisões como paradigma deste trabalho justifica-se pelo fato de elas evidenciarem a ambiguidade argumentativa sustentada pela mesma Corte, em um curto intervalo de tempo, em uma mesma espécie de ação de controle de constitucionalidade, bem como pelo rico e intenso debate que fomentaram tanto no âmbito acadêmico quanto na prática jurídica.

Analisando a decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153/DF, a respeito da extensão do alcance da Anistia concedida pela Lei nº 6.683/1979, e a decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ, sobre o reconhecimento da união estável entre casais homossexuais, percebe-se que ambas se valeram da interpretação conforme a Constituição.

Sendo assim, a análise dos dois julgados se restringe a demonstrar que as limitações impostas para a aplicação da mencionada técnica não se sustentam nos argumentos levantados pelos ministros, indo de encontro aos pressupostos firmados anteriormente pela Corte em sua jurisprudência.

### 2.1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153

Em 21 de outubro de 2008 o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, valendo-se da competência que lhe fora atribuída pela Constituição Federal de 1988, ajuizou junto ao Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº (ADPF) 153/DF, a qual teve como relator o então Ministro Eros Grau. A mencionada ação foi proposta no sentido de pleitear interpretação conforme a Constituição ao §1º do artigo 1º da Lei nº 6.683/1979, de maneira a declarar que os termos “crimes políticos e conexos” não estendessem aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar<sup>4</sup> (Brasil 2010).

<sup>4</sup> Para uma análise mais detalhada a respeito da ADPF nº 153/DF ver a premiada tese de doutoramento do Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG, Emílio Peluso Meyer Neder,



Como já mencionado, a técnica de interpretação conforme a Constituição é um mecanismo que visa tão somente “homenagear o trabalho do legislador mantendo a disposição textual no ordenamento e retirando normas ou interpretações em contrariedade à Constituição.” (Meyer 2012, 76)

Na direção dessa afirmação, o Ministro Eros Grau - num dos primeiros argumentos para julgar improcedente o pedido da ação - argumentou que:

[...] No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a reescrever leis de anistia [...] Nem mesmo para reparar flagrantes iniquidades o Supremo pode avançar sobre a competência constitucional do Poder Legislativo. [...] Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá ou não de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. [...]. (Brasil 2011, 58)

Nessa passagem verifica-se a preocupação da Corte, por meio do Relator da ação, com a deferência ao legislador. Essa preocupação visa justamente impedir que o Poder Judiciário venha agir como legislador positivo, usurpando competência que não lhe fora atribuída.

Importante trazer para discussão que ao alegar que “nem mesmo para reparar flagrantes iniquidades o Supremo pode avançar sobre a competência constitucional do Poder Legislativo [...]” (Brasil 2011, 58), o ministro coloca em xeque a própria função da Corte, que é a de reforçar as condições normativas da democracia. Nesse sentido, com aquele argumento, Grau parece olvidar deste *dever institucional imposto ao Supremo pela Constituição*, adotando uma postura de autocontenção contrária a outros julgados dessa Corte (Meyer 2012, 77-83).

Para argumentar nesse sentido, o ministro parte do pressuposto de que a Lei da Anistia foi fruto de um “acordo político”,<sup>5</sup> o qual se tornou texto

---

denominada: *Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos*”.

<sup>5</sup> No que diz respeito a esse possível “acordo político” para conceder anistia de mão dupla, tanto para apoiadores quanto para opositores do regime militar, o professor Emílio assevera que: “É complicado falar em um acordo político justamente pelo fato de não mais haver oposição política efetiva. [...] o General Geisel, com base no AI-5, baixa o ‘pacote de abril’: governadores e um terço dos senadores eleitos indiretamente por colégios eleitorais formados por vereadores em sua maioria da ARENA, imunidade das Polícias Militares ao controle jurisdicional civil, criação de mais um instrumento de controle concentrado de constitucionalidade no STF - sob provocação unipessoal do Procurador-Geral da República (nomeado pelo Presidente da República, frise-se) - e a aprovação de uma nova Lei de Segurança Nacional em 1979. Diante de todo este contexto, como esta sociedade negociaria algo na anistia por ela buscada?”. (Meyer 2012, 104).

normativo e que, por tal razão, o único órgão com competência para revê-lo seria o Poder Legislativo.

Vale lembrar que na decisão a respeito da Lei nº 6.683/1979 houve o questionamento, por parte de todos os ministros do Supremo Tribunal Federal, se a anistia concedida por ela seria fruto de acordos políticos ou imposições dos ocupantes do poder (Meyer 2012, 92). Esse possível acordo seria o *sentido pretendido pelo legislador* com a promulgação da Lei, o que impediria o Supremo Tribunal Federal de contrariar essa vontade legiferante (*mens legislatoris*).

Nessa linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, seguindo o voto do Relator, no dia 29.04.2010, preso à vontade do legislador e à literalidade do texto normativo, decidiu que a mencionada Lei é compatível com Constituição Federal de 1988 e a anistia por ela concedida é ampla e geral, alcançando inclusive os agentes da repressão.

Conforme mencionado, ao se ater aos limites de aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição, o Supremo Tribunal Federal toma uma postura de autocontenção, de deferência ao legislador que em outros casos não acontece, como se verá abaixo no julgamento da ADPF nº 132/DF.

## 2.2. Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 132

Em 04 de maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ. A ação foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e almejava que aos casais homossexuais fosse aplicado o regime jurídico da união estável, haja vista que decisões judiciais lhes negavam, no dia a dia, direitos fundamentais, tais como: liberdade, igualdade e dignidade humana. Para isso, como complementação do pedido principal, foi pleiteado que ao artigo 1723 do Código Civil fosse dada interpretação conforme a Constituição, para equiparar a união estável entre casais homossexuais ao conceito de entidade familiar.

Levando em consideração os limites jurisprudenciais estabelecidos para a aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição, nesta decisão o Supremo Tribunal Federal encontraria um ônus argumentativo maior para julgar procedente o pedido da ADPF nº 132.

Ao analisar o primeiro limite estabelecido para aplicação da mencionada técnica (não contrariar o sentido literal do texto normativo), encontrava-se o possível entrave inicial. O artigo 1723 do Código Civil prescreve que “**É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (Brasil, 2002, grifo nosso).

Ocorre que o artigo 226, §3º, da Constituição, que serviu de paradigma interpretativo para o supramencionado artigo do Código Civil de 2002, prescreve

que “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (Brasil 2002, grifo nosso).

Da análise dos dois dispositivos é possível perceber que a norma comum estabelecida em ambos é: **a união estável entre homem e mulher é reconhecida como entidade familiar**. Nesse sentido, partindo da impossibilidade de contrariar o sentido literal do texto normativo para a aplicação da técnica, indaga-se: como seria possível obter nessa decisão resultado normativo diverso se ambos os artigos possuem o mesmo núcleo normativo?

O segundo critério que deve ser atendido para aplicação da interpretação conforme a Constituição consiste em não contrariar o sentido pretendido pelo legislador. Para verificar qual era a “vontade do Constituinte” ao editar o artigo 226, §3º, da Constituição, dada a impossibilidade de reconstrução psíquica e histórica de maneira perfeita, faz-se necessário recorrer a documentos que permitem fazer uma reconstrução mais aproximada da realidade à época. Para isso, será utilizados os Anais da Constituinte de 1987/1988.

A possibilidade da existência da união estável, naquele momento, consistia num avanço no que diz respeito à reconstrução do conceito de família que, até então, era enraizado numa tradição patriarcal e somente se constituía por meio do matrimônio. Sendo assim, parte da sociedade civil interessada no tema se mobilizou para fomentar a discussão, que ressoou nos debates Constituinte, conforme se pode verificar no excerto abaixo:

SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: - Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), §3º. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’ Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gays através do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no show do Fantástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e pede que se coloque no §3º dois artigos: ‘Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembleia, mas, para se evitar toda e qualquer malévola interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda. O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE: - Isso é coação moral irresistível. O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Concedo a palavra ao relator. O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: - A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo. O SR. RELATOR

(BERNARDO CABRAL): - Sr. Presidente, estou de acordo. O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Todos os que estiverem de acordo permanecem como estão. (Pausa). **Aprovada** (Palmas). (Brasil 1987, grifos nosso)

Como visto, nos debates que precederam a edição do artigo 226, §3º, da Constituição, a “vontade do Constituinte” era que apenas a união estável entre homem e mulher fosse reconhecida como entidade familiar<sup>6</sup>.

Partindo dessa análise, é possível crer que o Supremo Tribunal Federal ao aplicar a técnica de interpretação conforme a Constituição, respeitando os limites estabelecidos por sua jurisprudência, julgaria improcedente os pedidos da ADPF nº 132, mas não foi o que aconteceu.

Nessa decisão, a mencionada Corte reconheceu a união estável entre casais do mesmo sexo, na contramão do sentido literal do texto normativo e a vontade do legislador - haja vista que, nos Anais da Constituinte 87/88, a intenção dos legisladores era restringir a união estável a homem e mulher - mesmo esse direito não estando expresso no texto normativo da Constituição. A preocupação dos ministros, em seus fundamentos, era demonstrar que não se tratava de inovação ou criação, mas sim de efetivar um direito que se encontrava inserto na estrutura orgânica da Constituição e que era negligenciado pelos Poderes Públicos (Brasil, 2011).

Como demonstrado, as duas decisões em sede de controle de constitucionalidade se valeram da técnica de interpretação conforme a Constituição, inclusive dos limites impostos pela jurisprudência para sua aplicação, mas ambas chegaram a resultados distintos. Num caso, o respeito à vontade do legislador e ao sentido literal do texto normativo foram respeitados para negar provimento (ADPF nº 132); no outro caso, os mesmos limites foram ignorados para dar provimento à ação (ADPF nº 153).

Diante desta possível contrariedade constatada, passasse a analisar uma forma de interpretação que, na compreensão deste artigo, possui potencial

<sup>6</sup> Torna-se importante ressaltar que o § 3º do mencionado dispositivo normativo foi proposto pelo Bispo Roberto Augusto Lopes, um dos fundadores da Igreja Evangélica Universal do Reino de Deus. “Filiado ao Partido Democrático Social (PDS), transferiu-se mais tarde para o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), em cuja legenda candidatou-se, em novembro de 1986, a uma vaga na Assembleia Nacional Constituinte (ANC) pelo Rio de Janeiro. Eleito com mais de 54 mil votos, foi o deputado mais votado de seu partido. Empossado em fevereiro de 1987 (ano em que retornou para a Igreja de Nova Vida), foi primeiro-vice-presidente da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação; e membro suplente da Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos, da Comissão da Ordem Social. Durante os trabalhos da Constituinte, **votou contra o rompimento de relações diplomáticas com países de orientação racista, a pena de morte, a limitação do direito de propriedade, a legalização do aborto, a estabilidade no emprego, a legalização do jogo do bicho e a criação de um fundo de apoio à reforma agrária. [...]**” (Fundação Getúlio Vargas, n.d). Percebe-se, nesse caso, um dispositivo normativo com pretensão religiosa ao determinar o que é família em uma Constituição laica.

para minimizar essa contradição, auxiliar e conduzir o processo decisório da jurisdição constitucional no caminho democraticamente adequado à Constituição.

### 3. UMA INTERPRETAÇÃO HERMENÊUTICA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO

Inicialmente, antes de adentrarmos nas especificidades do referencial teórico adotado pelo presente trabalho, é importante ressaltar que, ao se falar em *interpretação constitucional adequada* tem-se em mente a busca por critérios interpretativos mínimos os quais se manifestam por meio da linguagem.

Esta, em suas diversas manifestações, especialmente escrita, é de grande importância para o direito, sobretudo pós o giro hermenêutico-pragmático<sup>7</sup>, porque, a partir dessa perspectiva, a linguagem passa a ser vista como aquilo que possibilita a compreensão do ser no mundo, substituindo a relação sujeito / objeto por uma relação pautada na intersubjetividade (sujeito / objeto / sujeito). A linguagem, assim, passa a ser elemento de mediação e construção das interações sociais (Fernandes and Pedron, 2008).

A partir deste paradigma torna-se mais evidente a limitação dos sentidos e significados ao espaço e ao tempo nos quais estão inseridos. Neste sentido, por consequência, reconhecesse a falibilidade do conhecimento. Sob essa ótica, torna-se duvidoso buscar o sentido de algo, apenas, na literalidade de seus signos ou na vontade de seus propositores, pois agir desse modo é ignorar toda a complexidade e dinamicidade presentes na sociedade moderna.

Não obstante, dado que as restrições metodológicas do presente trabalho não permitem maior desenvolvimento desta perspectiva filosófica, adota-se uma teoria da decisão que, em certa medida, valoriza esta perspectiva da linguagem. Para isso, a seguir, será feita uma análise da interpretação construtiva proposta por Ronald Dworkin, no sentido de verificar como ela pode ser útil para que a técnica de interpretação conforme a Constituição seja adequada à Constituição.

#### 3.1. Teoria da decisão e a interpretação construtiva

Dworkin concebe o direito como um conceito interpretativo que deve ser analisado de forma construtiva, o que implica dizer que ele deve ser concebido como a melhor justificativa possível das práticas jurídicas (Dworkin 1998, 06).

O autor norte-americano se opõe às denominadas teorias semânticas do direito, as quais acreditam na existência de critérios objetivos para determinar o sentido de um texto normativo. Sendo o direito uma das formas de expressão

<sup>7</sup> Para um estudo mais aprofundado ver: Investigações Filosóficas (Wittgenstein 1980) e Verdade e Método (Gadamer 2003).

da linguagem, estabelecer critérios neutros para sua efetivação é ignorar que seu intérprete faz parte das práticas jurídicas e isso seria incoerente com sua pretensão de correção. Diante desse impasse, Dworkin (1998) apresenta a sua Teoria da Integridade, que consiste na busca de uma interpretação construtiva e coerente das práticas sociais, consubstanciada em princípios político-jurídicos, constituídos pela *comunidade de princípios* e incorporados na Constituição.

Essa comunidade é formada sobre as bases do princípio moral do igual respeito e consideração. Nesse sentido, a coerção estatal somente se torna legítima se o Estado age pautado no mencionado princípio. Por tal motivo, todos os seus membros são responsáveis diretos na busca da concretização da integridade.

Ao aplicar a sua teoria à jurisdição, Dworkin cria a metáfora de um juiz com poderes sobre-humanos para demonstrar qual a postura hermenêutica se espera de um juiz real. A esse magistrado ideal, Dworkin denomina de *juiz Hércules*. Portanto, *Hércules* tem a responsabilidade política de interpretar a história institucional, com seus erros e acertos, de modo a reconstruí-la para preferir decisões que justifiquem as práticas da comunidade na qual está inserido.

Nesse sentido,

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram [...] em uma história geral digna de consta aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. (Dworkin 1998, 274)

Assumindo-se como *Hércules*, cada juiz desta comunidade avoca o papel de um romancista que escreve um capítulo de uma obra coletiva, como num *romance escrito em cadeia*, e que tem a responsabilidade de construir, da melhor maneira possível, o romance em elaboração, cuidando para que o resultado revele a essência de um único autor (Dworkin 1998, 274).

Bem, se assim o é, por que ainda se busca o sentido da norma a partir da vontade dos legisladores ou professando fidelidade ao sentido literal do texto normativo? Como já demonstrado, o texto é o ponto de partida de extrema relevância para aquele que se propõe a interpretá-lo. Entretanto, tentar lhe dar sentido a qualquer custo pode-se perder a ligação do sentido encontrado e a coerência buscada. Dessa forma, ainda que o intérprete se mantenha fiel ao texto, a interpretação não se exaure. Vale lembrar que limitar a interpretação constitucional à vontade do legislador e ao sentido literal do texto normativo é abrir mão da integridade e toda coerência que ela exige.

Para resolver essa questão, Dworkin afirma que a Constituição é criada a partir de princípios morais abstratos que embasam os critérios de correção que justificam um direito. Para demonstrar a necessidade de se interpretar o texto de maneira construtiva, ao invés de se apegar apenas a critérios semânticos orientadores, o autor elucida o exemplo a seguir: determinado aeroporto, por meio de normas internas de segurança, proibiu que seus passageiros portassem em suas bagagens de mão: facas, armas de fogo e explosivos. Os funcionários deste aeroporto, valendo-se da interpretação, chegam à conclusão de que latas de gás lacrimogêneo devem, também, ser proibidas, pois, no mesmo sentido das armas constantes da lista de proibição, o gás lacrimogêneo pode ser usado por criminosos para cometer, por exemplo, o crime de terrorismo (Dworkin 2006, 123-124).

Diante deste caso, resta a indagação: uma vez que a lata de gás lacrimogêneo não consta expressamente da lista de proibição exibida pelo aeroporto, os funcionários do aeroporto teriam autoridade para acrescentar esta arma à lista?

Se se parte apenas da literalidade do texto normativo, não resta dúvida de que o gás lacrimogêneo não se enquadraria na lista das armas enumeradas. Mas se tomarmos como pressuposto uma interpretação construtiva e coerente com o propósito de o aeroporto garantir a segurança, a integridade física e psíquica de seus passageiros, os funcionários estão corretos ao englobar o gás lacrimogênio às demais categorias de armas proibidas.

Ser fiel ao texto constitucional, nos moldes da teoria da integridade, não se resume apenas a respeitar os limites semânticos formais, mas sim verificar qual o sentido que ele possui no momento que o intérprete se propõe a efetivá-lo.

Se, por um lado, a fidelidade ao texto normativo, por si só, não é capaz de oferecer um sentido coerente com as práticas contemporâneas do intérprete, porque então não se valer da vontade do legislador e suas expectativas a respeito de como os dispositivos normativos por eles criados seriam aplicados? Essa linha teórica norte-americana que acredita que a Constituição deva ser interpretada de acordo com a vontade dos pais fundadores, ou Constituintes, denomina-se *Originalismo* (Dworkin 2006, 121).

Assim como para iniciar uma resposta de o porquê o respeito exacerbado à literalidade do texto normativo pode restringir o sentido que ele pode alcançar, Dworkin, para começar a construir argumentos contrários à busca do sentido da norma a partir da vontade do Constituinte, apresenta o exemplo abaixo:

Imagine que você é proprietário de uma grande empresa que tem uma vaga em um de seus departamentos. Você chama sua gerente e lhe diz: “Por favor, preencha a vaga para mim com o melhor candidato que se apresentar”. Aliás, você acrescenta, sem insinuar nada com uma piscadela: “saiba que meu filho é um dos candidatos ao cargo”. Suponha que você está sinceramente convencido

de que seu filho é o candidato mais qualificado. Suponha também que você não teria dado essas instruções à sua gerente se não estivesse convencido de que o fato dele ser o melhor candidato era óbvio para todos, inclusive para ela. Por último, suponha que sua gerente saiba de tudo isso: ela sabe, que se a escolha fosse sua, você indicaria conscientemente seu filho como candidato mais bem qualificado. **Não obstante, você não lhe disse para contratar seu filho. Disse-lhe apenas para contratar o melhor candidato.** E se, do ponto de vista dela, outra pessoa, e não seu filho, fosse o melhor candidato, então ela estaria obedecendo às suas instruções ao contratar o outro candidato, e desobedecendo a suas instruções ao contratar o candidato que você pretendia e previa que conseguisse o emprego. Você poderia - espero que não o fizesse - demiti-la se ela obedecesse às suas instruções desse modo. Mas você não poderia negar que ela fora leal às suas instruções, e que não o teria sido se tivesse acatado a sua opinião sobre o melhor candidato, e não a opinião dela (Dworkin 2010, 176-177).

Levar em consideração a vontade de alguém para interpretar uma ordem ou até mesmo um texto pode gerar um grande problema no seu momento de efetivação, pois está em jogo o modo como cada intérprete entende essa ordem.

Trazendo essa argumentação para a seara da teoria da decisão, Dworkin apresenta o exemplo do caso *Brown vs. Board of Education*. Em síntese, no início da década 1950 o senhor Brown tentou matricular sua filha, Linda Brown, em uma escola pública para pessoas brancas, mas a matrícula da criança foi negada. O argumento apresentado pela escola foi fundamentado na famosa decisão *Plessy vs. Ferguson*, de 1892, na qual a Suprema Corte dos Estados Unidos indeferiu o pedido de um negro que reivindicava o direito de ter assento em vagões de trem onde se encontravam pessoas brancas. Essa sentença disse que negros e brancos eram iguais, mas deveriam ficar separados.<sup>8</sup>

Não satisfeito, o senhor Brown ingressou com uma ação que teve seu desfecho em 1954, na Suprema Corte, cujo presidente à época era Earl Warren. Por unanimidade, a Corte norte-americana decidiu que a política do “separados, mas iguais” feria a Décima Quarta Emenda da Constituição, pois a segregação racial nas escolas públicas não permitia que as crianças negras tivessem as mesmas oportunidades das crianças brancas.

Ainda que a decisão tenha ficado restrita a acabar com segregação racial apenas nas escolas pública, ela foi um ponto de partida para que culminasse no fim da segregação racial nos Estados Unidos, ao menos em relação às instituições.

A partir desse caso, Dworkin chama a atenção para o equívoco que a vontade do legislador pode causar no momento de aplicação. O autor lembra que os congressistas que propuseram a Décima Quarta emenda não entendiam que

<sup>8</sup> É nesse contexto que surge a lastimosa frase segregacionista: “separados, mas iguais”.



a segregação era inconstitucional, pois o próprio redator do projeto que precedeu a Emenda afirmou para o Congresso que “[...] os direitos civis não significam que todas as crianças tenham que frequentar a mesma escola.” Dworkin também lembra que esse “mesmo Congresso deu continuidade à segregação racial nas escolas do Distrito de Colúmbia, que na época era administrado pelo Congresso Nacional.” (Dworkin 2006, 427)

Sendo assim, é possível vislumbrar que a integridade constitucional em sua plenitude pode exigir um resultado que não se poderia conseguir por intermédio da “melhor interpretação do texto constitucional, compreendido este como algo apartado da história de sua vigência, e que talvez chegasse, inclusive, a contradizer tal interpretação.” (Dworkin 2010, 168)

A teoria da integridade entende, assim, que a interpretação constitucional adequada leva em consideração tanto o texto quanto a prática do passado para a resolução de problemas constitucionais contemporâneos. Para isso, juristas e magistrados que se deparam com tais problemas devem valer-se de uma interpretação construtiva, com fundamentos em princípios convincentes e coerentes da estrutura constitucional como um todo, bem como história da sociedade sobre pálio da Constituição. Em outros termos, a interpretação adequada deve buscar a integridade constitucional (Dworkin 2010, 169).

## CONCLUSÃO

Como visto, além da incoerência argumentativa dos ministros, que se contradizem em relação aos pressupostos por eles antes firmados, a interpretação constitucional presa ao formalismo textual, com abertura apenas para a intenção do legislador, não é o bastante para uma compreensão hermenêuticamente adequada à Constituição, uma vez que limita a norma ao seu texto e intenções pretendidas, esquecendo-se da normatividade dos princípios.

Conforme demonstrado nas duas decisões apresentadas, os limites jurisprudências apresentados como pressupostos para aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição, não se sustentam, o que acaba por aguçá-la a instabilidade que eles se propõem a combater.

Uma jurisdição que leve os direitos fundamentais a sério deve-se amparar em uma leitura constitucional democraticamente adequada, que toma como ponto de partida tanto o texto quanto as práticas constitucionais do passado, mas sem abdicar do contexto no qual a compreensão do texto normativo se insere, de modo a tornar o direito tão íntegro quanto possível.

Limitar a técnica de interpretação conforme a Constituição às finalidades pretendidas pelos legisladores e à literalidade dos direitos expressos no texto normativo é ignorar a importância da dinâmica da linguagem, assim como relativizar o caráter de universalidade dos direitos, transformando-os

em instrumento de conveniência política, o que acaba por criar um déficit democrático nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Essa prática interpretativa e de decisão não oferece um referencial seguro, porque ao invés de o direito, concebido como um conjunto coerente de regras e princípios, interpretado construtivamente, dizer como se deve agir, fica-se à mercê da pretensa sensibilidade do magistrado que, para resolução do caso, recorre aos parâmetros metodológicos da hermenêutica jurídica clássica, que buscavam, em última instância, a vontade do legislador ou a vontade da lei.

Tais parâmetros, à luz da teoria da integridade, não são suficientes para atender as exigências plurais das sociedades democráticas, pois, além de ter seus olhos votados para o passado, ignora o tempo e o espaço daqueles que sofrerão os efeitos das decisões.

Nesse sentido, o presente trabalho acredita que a teoria da integridade tem potencial para auxiliar na busca por interpretação conforme a Constituição que esteja democraticamente adequada a Constituição, tendo em vista que ela não ignora a complexidade, a dinamicidade e a pluralidade da sociedade moderna.

Essas são, portanto, algumas considerações iniciais a respeito dos pressupostos para aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição no controle de constitucionalidade brasileiro, de modo a, como já mencionado no texto, fomentar o debate em torno deste tema, para que possa contribuir para o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional.

## REFERÊNCIAS

Brasil. 1979. “Lei 6883 de 28 de agosto de 1979”. Concede anistia e dá outras providências. Accessed Aug 1, 2017. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.html).

Brasil. 1987. Supremo Tribunal Federal. “Representação nº 1417/DF”. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Presidente da República. Relator Ministro Moreira Alves. Brasília/DF: 04 de maio de 1987. Accessed Aug 15, 2017. [http://www.stf.jus.br/porta\\_l/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1417&classe=Rp&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M](http://www.stf.jus.br/porta_l/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1417&classe=Rp&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M).

Brasil. 1988. “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”. 5 de outubro de 1988. Accessed Aug 8, 2017. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html).

Brasil. 1999. “Lei 9868 de 10 de novembro de 1999”. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Accessed Aug 22, 2017. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm).

Brasil. 2002. “Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002”. Accessed Aug 22, 2017. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm).

Brasil. 2010. Supremo Tribunal Federal. “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF”. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Accessed Sep 2, 2017. <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verDFPaginado.asp?id=330654&tipo=IP&descricao=ADPF2153>.

Brasil. 2011. Supremo Tribunal Federal. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132”. Arguente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Arguidos: Governador do Estado do Rio de Janeiro Tribunais de Justiça dos Estados Assembleia Legislativa do Estado Do Rio De Janeiro. Relator: Min. Ayres

Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Accessed Sep 2, 2017. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/a di4277 .pdf>.

Dworkin, Ronald. 1998. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes.

Dworkin, Ronald. 2002. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes.

Dworkin, Ronald. 2006. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da constituição norte americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes.

Dworkin, Ronald. 2010. *A justiça de Toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes.

Fernandes, Bernardo Gonçalves Alfredo. 2011. "Breve abordagem crítica sobre a questão dos Tratados Internacionais frente à Constituição e sobre a recepção da Lei de Anistia em nosso ordenamento: uma análise reflexiva sobre decisões do Supremo Tribunal Federal permeadas pelo self restraint ou pelo ativismo." *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora - RPGMJF*, no.1: 25-35. Belo Horizonte: Fórum.

Fernandes, Bernardo Gonçalves Alfredo, and Meira, Renam Sales de. 2013. "Reconstrução discursiva dos Direitos Fundamentais no Marco do Estado Democrático de Direito". In *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: Diálogos Contemporâneos*, edited by Robério Nunes dos Anjos Filho, 38-57. Salvador: Jus Podivm.

Fernandes, Bernardo Gonçalves Alfredo, and Pedron, Flávio Quinaud. 2008. *Poder judiciário e(m) crise: reflexões de teoria da Constituição e teoria geral do processo sobre o acesso à Justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Gadamer, Hans-Georg. 2003. *O problema da consciência histórica*. Trad. Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV.

Gadamer, Hans-Georg. 2003. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes.

Hesse, Konrad. 1998. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.

Mendes, Gilmar Ferreira. 2008. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

Meyer, Emílio Peluso Neder. 2012. "Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos". PhD thes., Universidade Federal de Minas Gerais.

Netto, Menelick de. 2004. "A constituição da Europa". In *Crisis e desafios da constituição*, edited by, José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey.

Wittgenstein, Ludwig. 1980. *Inverstições Filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural. [Os Pensadores].

Fundação Getúlio Vargas. n.d. "Roberto Augusto Lopes." Accessed Nov 2, 2017. <http://www.fgv.br/cpdoc/acerivo/dicionarios/verbete-biografico/roberto-augusto-lobes>

# CAPÍTULO 3

## PODER JUDICIÁRIO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: A RESPONSABILIDADE POLÍTICA COMO FATOR DEMARCATÓRIO

*Eduardo Brugnolo Mazarotto  
Paulo Silas Taporosky Filho*

**RESUMO:** O presente artigo tem como escopo principal analisar a responsabilidade política sob a ótica de Ronald Dworkin. Aplicou-se, na metodologia, estudo descritivo por meio de pesquisa bibliográfica. Examinou-se os parâmetros de responsabilidade do julgador na interpretação constitucional, momento este em que o juiz assume uma função política. No entanto, esta função poderá culminar em decisões de caráter contramajoritário, vez que **não são** provenientes de agentes selecionados por meio de procedimento eleitoral. Enfrentou-se as problemáticas oriundas deste papel político exercido pelo julgador, ao qual se aplicado de forma não balizada, pode gerar decisões ativistas e/ou arbitrárias. Concluiu-se que a responsabilidade política perfaz um parâmetro que pode evitar excessos do julgador quando exercida como objeto hermenêutico voltado à sociedade, ignorando aspectos meramente particulares e projetando não somente a função do cargo ocupado, mas sim a aplicabilidade do direito no caso concreto.

### 1. INTRODUÇÃO

A hermenêutica constitucional é um campo do direito que gera muitos debates, o que acaba ocorrendo por alguns determinados motivos, dentre os quais a indagação sobre qual seria a melhor forma de se interpretar o texto constitucional.

Métodos, formas e teorias ensejam em diversas possibilidades conferidas ao intérprete, de modo que, através de um constructo teórico que lhe dê o suporte jurídico-filosófico necessário, a interpretação passe a ser efetivamente possível, cuja qual, no campo da jurisdição, é procedida pelo julgador.

O ponto que aqui se levanta é o de que, seja qual for o suporte teórico que embasará o juízo interpretativo do julgador quando da análise da norma para que possa ser conferido um sentido de aplicação à essa, há de se levar em conta a responsabilidade política do juiz.

O juiz tem um papel específico a ser cumprido no campo jurisdicional. Alguns determinados princípios funcionam como norte para o campo em que se situa o julgador, evitando-se que quando da prolação de decisões, não pre-

valeça nessas o entendimento pessoal do juiz acerca de determinada matéria. Antes, justamente ao se considerar a responsabilidade política que permeia o cargo, há de ocorrer uma autocontenção que decorre dos princípios estabelecidos para orientar e fundamentar a figura do julgador. Dentre os princípios que podem ser apontados, tendo-se a base daquilo que enseja na necessária imparcialidade do julgador, mencionam-se aqui o da legalidade, isonomia e o da própria motivação das decisões judiciais.

O juiz não está impedido de interpretar. Não há espaço num estado democrático de direito para uma postura pautada pelo positivismo exegético. O exercício da hermenêutica faz parte da própria democraticidade. Contudo, existem limites determinados que colocam a atividade interpretativa e o seu viés dialético (onde um sujeito cognoscente busca observar e compreender um objeto cognoscível), de uma forma que respeite os parâmetros democráticos e não resulte em proposição ativista.

Métodos interpretativos são assentados como instrumentos auxiliares que o intérprete poderá se utilizar (ou até mesmo deixar de fazê-lo) diante da situação-problema e da valia que se espera em sua solução. No entanto, quando o julgador opta pela interpretação fundada em um pluralismo interpretativo, por vezes criativo, deverá carregar consigo a responsabilidade política inerente a função jurisdicional do juiz.

Sob esta ótica, o direito como atividade interpretativa e a consequente atividade judicial devem se pautar na ideia de integridade, onde são identificados os direitos e deveres a partir de pressupostos políticos, devendo necessariamente expressar uma concepção de justiça e equidade.

A preocupação maior na imposição de limites à interpretação constitucional, visa o resguardo ao Estado Democrático de Direito, na medida em que algumas formas de interpretação cujo conteúdo axiológico-valorativo é deveras carregado, como por exemplo a “Escola do Direito Livre” e o “Movimento do Direito Alternativo”, poderiam importar em afronta aos princípios democráticos da separação dos poderes, segurança jurídica, subjetivismo do intérprete, além de outros possivelmente constatados em caso concreto, ao praticar decisões contramajoritárias, ou seja, que foram tomadas por representantes não eleitos sob a via eleitoral-democrática.

Desta maneira, a hermenêutica constitucional pautada na responsabilidade política dworkiniana poderia ser considerada uma forma de balizamento das vertentes interpretativas, aplicando-se critérios políticos que virão de encontro com os interesses da sociedade e permitirão ao juiz uma atuação, ainda que não estritamente subjetiva, com liberdade para o alcance dos fins sociais da norma, o que muitas vezes sob a esteira do positivismo exegético não o seria possível.

Assim sendo, sem a ambição do esgotamento do tema proposto, o presente trabalho busca enfrentar a responsabilidade política de acordo com a

visão de Ronald Dworkin, além de abordar alguns problemas relacionados à eventual atuação jurisdicional sem reconhecimento de limites, ou seja, desconsiderando a responsabilidade política, o que pode ser consideravelmente prejudicial à um Estado tido com democrático.

## 2. A RESPONSABILIDADE POLÍTICA E ALGUMAS DIFERENCIAÇÕES NECESSÁRIAS

Conforme disposto na parte introdutória do presente manuscrito, a hermenêutica constitucional é tema que merece considerável estudo no âmbito jurídico, especialmente pela razão de que será ela quem determinará as possibilidades interpretativas dos operadores do direito.

Por responsabilidade política deve se entender por aquele conceito que legitima a função jurisdicional do juiz, orientando-o a agir de modo coerente enquanto munido de uma dada função que enseja no cumprimento escorreito do dever que decorre daquele cargo ocupado. Diz-se no sentido dworkiniano do termo, ou seja, a responsabilidade política deve resultar no fato de que quando da análise e julgamento de um dado caso, as razões que amparam e fundamentam o decisório do julgador devem ser pautadas em argumentos de princípio político.

Antes do enfrentamento específico do tema em questão, impende traçar uma importante diferença acerca do tema responsabilidade com o objetivo de delimitar melhor o presente objeto de estudo.

Ao contrário do que dispõe a responsabilidade política do juiz, não se pode confundir a responsabilidade decorrente de atos políticos propostos por agentes eleitos. Ainda que o juiz seja conceituado pela doutrina como um agente político, sua função é jurisdicional, de modo que aqui não se aplica a responsabilidade de atos propriamente considerados políticos (fora da seara jurisdicional).

Com o fito de trazer uma diferenciação da temática acima mencionada, imperiosos os argumentos de Agnes Heller e Ferenc Feher na obra “A condição política pós-moderna”. No âmbito político, aqui ignorando o exercício da jurisdição, segundo os autores e se utilizando da teoria de Max Weber, o agente político não deve fundar suas ações na moral, mas sim pautar suas escolhas na ética da responsabilidade.

De acordo com a ética da responsabilidade, caberia ao agente político medir seus atos sob a égide dos resultados que provavelmente engendrarão e estar preparado para as consequências dos atos tomados, sejam elas pretendidas ou não. (Heller and Fehér 1987, 47)

Neste sentido, as consequências acabam por serem consideradas em seus mais diversos significados e após sopesadas, por vezes ignoradas. Tal pensamento se dá em um campo onde justiça e injustiça são tidos como fins últimos e por

isso o agente político que age de acordo com a “ética da responsabilidade” deve excluí-las de consideração quando da tomada de decisão.

A referida visão pode ser acrescentada de mais um elemento: a necessidade do agente em deixar de lado aspectos apaixonados que desvirtuam sua razão.

Neste viés, o filósofo norte-americano Michael Walzer dispõe que todo e qualquer avanço político e social exige convicção racional (razão), que irá estabelecer uma espécie de balizamento das energias apaixonadas, diferenças e convicções. (Walzer 2004, 133).

Desta feita, pode-se observar que a responsabilidade no âmbito da política acaba por figurar de forma bastante diversa daquela exercida em sede de poder jurisdicional. Nota-se que na política há uma abertura muito maior para preceitos valorativos e opções que se fundem na razão, em projeções que visem justiça, resultados propriamente ditos e suas consequências.

Importante trazer tal delimitação, na medida em que o contrário ocorrerá com a responsabilidade política do juiz, conforme será trabalhado no transcorrer deste manuscrito, vez que este não encontrará um amplo campo valorativo-axiológico na interpretação, tendo sua hermenêutica conduzida sob a baila de critérios específicos.

No caso da teoria dworkiana, estariam os princípios do sistema normativo na condição de elementos protagonistas, juntamente da legislação posta, a fim de concorrer as atividades jurisdicionais sob a égide da responsabilidade política.

### 3. A RESPONSABILIDADE POLÍTICA DE DONALD DWORKIN

Ronald Dworkin foi um respeitado e notório autor que contribuiu enormemente para com o Direito num alto nível de abrangência. Suas preocupações não se estabeleceram especificamente para com a dogmática, a estrutura do Direito enquanto posta. Antes, o referencial primevo, a base, o todo, o chão, enfim, o sustentáculo no qual o Direito se firma foram as molas propulsoras que deram ensejo à grandiosa produção acadêmica de Dworkin.

Dentre tantas contribuições para com o Direito, cujas reflexões refletiram amplamente no mundo todo, continuam a surtir efeitos e certamente assim permanecerão futuramente, mencionando-se aquela que provavelmente seja a sua ideia mais conhecida, a saber, a observância do *direito como integridade*, tem-se o seu constructo teórico que foi estabelecido como *responsabilidade política do julgador*, cuja proposta é aquela que será abordada no presente escrito.

Por responsabilidade política do julgador deve se entender aquela inerente da função jurisdicional que é ocupada pelo juiz. A partir do momento em que o julgador assume sua função, passa a representar o Estado enquanto atuante. Sua fala, suas decisões, devem se balizar de acordo com aquela estrutura jurídica que erige e direciona o seu agir jurídico. As convicções pessoais

do julgador não devem interferir em sua atuação. Dizendo de maneira direta: não interessa o que acha a pessoa do juiz sobre determinado caso ou jurisdicionado. O que importa é o Direito (visto como *integridade* nessa perspectiva dworkiniana) tal qual ele se constitui em uma dada sociedade. Convicções morais e políticas da figura do julgador devem ser expurgadas do seu ato decisório. Vale apenas aquelas convicções que se sustentam e se definem dentro do próprio campo jurídico – o Direito aqui deve ter um determinado grau de autonomia a fim de que esse processo funcione adequadamente. É dizer que essa “convicção” não é aquela de cunho pessoal do juiz. É uma forma de agir dentro dos limites determinados pela autonomia do direito. Vale pontuar que “o Direito não ignora a moral, pois o conteúdo de seus princípios depende dessa informação. Todavia, quando o Direito é aplicado, não podemos olvidar dos princípios, tampouco aceitar que eles sejam qualquer moral” (Streck 2017, 686).

Por “convicção” aqui dita deve se compreender enquanto um princípio, enquanto um modelo de excelência. Esse princípio do agir jurisdicional, que contempla o exercício hermenêutico, possui como base os próprios princípios que constituem o universo jurídico dentro daquele grau de autonomia que deve lhe ser assegurado.

Nesse ambiente no qual a responsabilidade política deve se fazer presente, surge também a proposta de um modo adequado de se ler e interpretar o Direito adequadamente: a *leitura moral*, essa que é

é uma teoria que trata de como certos dispositivos constitucionais devem ser interpretados ou “lidos” – de quais perguntas devem ser feitas e respondidas para que possamos saber o que esses dispositivos significam e exigem. Não é uma teoria sobre quem deve fazer essas perguntas ou quem deve dar a resposta a ser aceita por todos. Por isso, a leitura moral é só uma parte – uma parte importante – de uma teoria geral da prática constitucional. (Dworkin 2006, 52)

A moral que é contemplada pela teoria dworkiniana não deve ser confundida com aquela moral individual (ou coletiva) do ser humana. É preciso saber distinguir a que moral se refere Dworkin quando estabelece a sua *leitura moral da Constituição*. Para o autor, “a leitura moral é uma estratégia aplicável por advogados e juízes que ajam de boa-fé, e nenhuma estratégia de interpretação pode ser mais do que isso” (Dworkin 2006, 16).

A responsabilidade política do juiz deve levar em conta essa diferenciação. Uma coisa é a moral adotada pela pessoa do julgador – a qual não deve ser levada em conta nos atos jurisdicionais por ele praticados. Outra é a moral da qual fala Dworkin. Daí a ideia de outro conceito estabelecido por Dworkin, o *agulhão semântico*, que aqui se aponta enquanto modo de demonstrar a cautela que deve se ter no diálogo entre interlocutores que falam sobre algo, achando



que estão falando sobre a mesma coisa, porém, na verdade, cada um desses diz sobre coisa diversa – sem que se deem conta. Para Dworkin, o aguilhão semântico seria uma espécie de crença em que todos os participantes de um mesmo contexto deveriam ter uma mesma concepção sobre do que se trata esse contexto e em que ele consistiria, resultando daí a interação e o entendimento que possuem entre si. É por isso que aduz que:

Suas vítimas são as pessoas que têm uma certa imagem do que é a divergência e de quando ela é possível. Elas pensam que podemos discutir sensatamente se (mas apenas se) todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas, mesmo que não possamos afirmar com exatidão [...] que critérios são esses. (Dworkin 2014, 55)

A *leitura moral* nada mais é do que uma forma de interpretação jurídica, ou seja, uma das bases teóricas da qual o julgador pode dispor quando do exercício da hermenêutica constitucional. Dworkin cria e estabelece todas as diretrizes de como se dá essa *leitura moral*, conferindo ao julgador uma possibilidade concreta de agir adequadamente em seu processo de interpretação do Direito, ou seja, respeitando-se e se pautando na responsabilidade política a que a função clama. De qualquer modo, vale mencionar que a proposta de Dworkin da *leitura moral* deve ser analisada dentro do contexto em que se situa, uma vez que ambientalizada numa tradição diversa do Brasil, ou seja:

não precisamos fazer a leitura moral da Constituição reivindicada por Dworkin para a Constituição norte-americana, porque temos uma Constituição que incorpora toda essa rica tradição. [...] Não quero dizer que os princípios existem como princípios simplesmente porque a autoridade da Constituição assim os instituiu. Ao contrário, a Constituição é considerada materialmente legítima justamente porque fez constar em seu texto toda uma carga principiológica que já se manifestava praticamente no seio da nossa comum-unidade. (Lenio 2017, 577)

Questão que se assemelha a essa forma de concepção, a qual pode ensejar em dubiedade, também é encontrada em Dworkin quando o autor fala em *argumentos de princípio político* - estes que fundam e orientam as decisões judiciais. Assim, “quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de argumentos de princípio e não de políticas, [...] Dworkin apenas aponta para os limites que devem constar no ato de aplicação judicial” (Streck 2017, 521). O problema nesse ponto se aproxima da já mencionada confusão que pode acabar se estabelecendo sobre termos, palavras e nos conceitos – tal qual a *responsabilidade política* que aqui se trata. Ao falar em *argumentos de princípio político*, por exemplo, tem-se que “o vocabulário desse debate sobre a política judicial é muito primário” (Dworkin

2005, 6). Nesse ponto, expondo que em certas discussões há de se ter a cautela na definição de critérios e distinções específicas sobre conceitos próprios, o autor aduz que:

O debate negligencia uma distinção importante entre dois tipos de argumentos políticos dos quais os juízes podem valer-se ao tomar suas decisões. É a distinção [...] entre argumentos de princípio político, que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político, que exige que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público. A visão correta, creio, é a de que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político. (Dworkin 2005, 6)

Assim sendo, “*não devemos confundir estratégia com justiça, nem fatos da vida política com princípios de moralidade política*” (Dworkin 2002, 394), ou seja, a *responsabilidade política* da qual fala Dworkin - e aqui se fala - não deve ser confundida com quaisquer outros entendimentos que possam se estabelecer sobre o termo.

Destaca-se assim a importância de se fazer não somente leituras pontuais, isoladas e não se contemplando o todo. Antes, uma leitura abrangente das ideias, das propostas, dos autores, é de relevante importância para que seja possível uma compreensão mais concreta daquilo que se analisa. Com Dworkin não é diferente, clamando-se a atenção para que sua proposta seja lida de acordo com o que foi estabelecido quando de seu constructo teórico.

#### 4. AS CONSEQUÊNCIAS DE UMA ATUAÇÃO ISENTA DE RESPONSABILIDADE POLÍTICA

Superado o conceito e entornos da responsabilidade política no âmbito jurisdicional, impende enfrentar os potenciais reflexos da não aplicação de tal instituto na hermenêutica.

A responsabilidade política tem como um de seus pilares a vinculação da função jurisdicional à democracia, constituindo os elementos da responsabilidade formas de garantir seu viés democrático e por consequência, evitar que decisões tidas como “contra majoritárias” afastem os ditames básicos de um Estado Democrático de Direito.

Assim, ao vincular o exercício da jurisdição à necessidade de fundamentação das decisões e mais, estar o operador do direito afeito à legislação posta e princípios reconhecidos no Estado, se observa uma forma de resguardo das garantias democráticas que se fundam em uma legislação previamente aprovada por representantes eleitos sob a via democrática.

Neste íterim, uma das possíveis consequências da ausência do estrato de responsabilidade política na atuação jurisdicional pode pousar no fenômeno do ativismo judicial, bem como resultar no que a doutrina chama de das decisões judiciais errôneas e/ou arbitrárias. Nesse sentido, “*inúmeros exemplos de terrae brasilis apontam para a permanência - em plena democracia e em pleno paradigma constitucional - de um serôdio protagonismo judicial, pelo qual o Judiciário diz o que quer sobre o texto jurídico*” (Streck 2014, 311).

No que concerne a primeira consequência apontada, temos que o ativismo judicial poderá ser visualizado, resumidamente sem o intento de esgotamento do tema, quando houver uma interpretação extensiva da Constituição e que extrapole as normas vigentes, não se exaurindo no caso de decisão judicial que se caminhe no sentido disposto na legislação, como seria o caso de uma sentença em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

É o que diz Strapazzon e Goldschmidt,

No Brasil, por seu turno, é essa última versão de ativismo judicial descrita por Dworkin que parece ser a mais frequentemente utilizada, tanto no âmbito do Poder Legislativo, quanto nos meios acadêmicos especializados e na imprensa. Ativismo judicial tem um sentido de infração. Contudo, as decisões judiciais que recusam a aplicação literal do texto constitucional, que recusam a aplicação da suposta vontade do legislador, que não seguem rigorosamente os métodos canônicos de interpretação ou que contradizem interpretações constitucionais do Poder Legislativo (...). (Strapazzon and Goldschmidt 2013)

Desta feita, não se pode confundir o ativismo judicial com as funções primárias das Cortes Constitucionais relacionadas ao controle de constitucionalidade, cujo qual exercerá suas atribuições de controle como um dos elementos relacionados ao sistema de pesos e contrapesos, bem como em total harmonia entre os demais poderes, o que por si só não constituirá ativismo judicial propriamente dito, uma vez que “*uma hermenêutica constitucional emancipadora deverá ser orientada pelo conceito de justiça que se deduz dos valores e dos princípios consagrados na Constituição*” (Barboza 2007, 204).

De acordo com Luiz Roberto Barroso, o ativismo judicial vai além da mera hermenêutica constitucional:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da

Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (Barroso 2008, 04)

Diante destas considerações, por muitas vezes pode restar confundido o controle de constitucionalidade ou outras prerrogativas formais do Poder Judiciário, com o ativismo judicial. Entretanto, necessário destacar que o ativismo resulta de uma interpretação extensiva do texto legal ou, de modo contrário, a partir da desconsideração de dado imperativo normativo, que constituiria uma interpretação restritiva da norma.

É neste sentido que a responsabilidade política pode originar práticas ativistas. Vejamos que o juiz pautado sob tal responsabilidade, entendendo a função jurisdicional, seus limites e diretrizes, saberá conduzir a hermenêutica na senda destes ditames, não sobrepujando a legislação, tampouco os princípios que integram o sistema normativo.

São em situações típicas de ativismo judicial em que podemos nos deparar com uma potencial afronta ao Estado Constitucional e Democrático, vez que poderia estar o Poder Judiciário invadindo a alçada de outro Poder cujo qual é constituído por representantes eleitos pela via democrática.

De outro norte, a ausência da responsabilidade política poderá trazer à baila um segundo elemento que pode ser considerado problemático, qual seja, as decisões arbitrárias/errôneas, o que de qualquer modo não se confundem com o ativismo judicial supramencionado.

Estas duas situações são distintas, conforme anotam Strapazzon e Goldschmidt:

Na realidade, decisões judiciais erradas (CRFB Art. 5o. LXXV) não deveriam ser denominadas de ativistas. O erro pode sim ser denominado de ilícito ou de inconstitucionalidade. Mas não de ativismo. A decisão judicial que viola o direito ao igual tratamento das leis e dos Tribunais ou que viola uma Súmula Vinculante, em idêntico tema, deve ser considerada, simplesmente, como inválida e errada. O termo ativista, nesses contextos, em nada aprimora o entendimento do que é o direito, nem do que é o ativismo. (Strapazzon and Goldschmidt 2013)

Continuamente, Strapazzon *and* Goldschmidt (2013) *apud* DWORKIN, (2007, 451-452), ao investigarem os entornos do ativismo judicial, apresentam a doutrina de Ronald Dworkin que faz diferenciar o conceito de ativismo judicial de eventuais arbitrariedades esporadicamente constadas em decisões, conceitos estes que possuem bastante proximidade:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões

anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

A potencial arbitrariedade que poderá ser verificada eventualmente em decisões ativistas é medida que pode ser maléfica ao Estado Democrático e quando o exercício jurisdicional não é tomado sob o viés da responsabilidade em comento, abre-se margem para arbitrariedade nas decisões.

Existem diversas formas de intervenção do Poder Judiciário que são paralelas ao Estado Constitucional e que podem ser reconhecidas como elementos integrantes de um sistema constitucional.

Porém, a crítica pousa quando a atuação judicial é politizada de forma arbitrária, que se coloca sobrepujando prerrogativas institucionais de outros Poderes e impondo, de modo coercitivo, a posição do Poder Judiciário em matérias que não são de sua alçada sem argumento legítimo que sustente tal medida.

Decisões que importem em desvio de finalidade, abuso de poder ou afronta aos interesses da sociedade podem ser consideradas arbitrárias e nesta esteira, serem consideradas o subterfúgio do ativismo judicial.

O Estado Constitucional comporta diversas formas de hermenêutica jurídica, sendo que todas deverão ser conforme os princípios basilares presentes na Carta Magna. O Poder Judiciário e suas decisões exaradas se revestem do princípio do livre convencimento do juiz, entretanto, este não poderá se utilizar de interpretação que vá na contramão de preceitos constitucionais, devendo sempre observar o caso concreto, pautando-se nos princípios que integram o sistema normativo e nos próprios limites da atuação jurisdicional.

Segundo Ferraz (1994, 14-15), o juiz ativista acaba saindo da esfera da legalidade pura, do positivismo na visão mais dogmática, para enfrentar o caso observando a finalidade que deveria ser intentada, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupado com as finalidades políticas dos quais o juiz não mais se exime.

É neste sentido em que a responsabilidade política se mostra deveras importante, pois será ela quem irá conduzir a jurisdição nos limites e ditames constitucionais e democráticos, afastando a jurisdição de atuação propriamente política e trazendo aos jurisdicionados segurança jurídica.

Teria o princípio do livre convencimento uma limitação que impediria magistrados de agirem em desrespeito à Carta Constitucional e eventualmente, à legislação infraconstitucional. Esta limitação repousaria nos princípios regentes do Estado Constitucional e que fundam-se de igual forma na responsabilidade política do juiz.

Por essas razões que a responsabilidade política acusa que a atividade do juiz, ao aplicar o direito, não se mostra neutra, mas ao mesmo tempo igualmente não é discricionária. De tal modo que deve ser fundada sob a imersão de regras e princípios (aqui considerados aqueles implícitos e explícitos) que integrem o sistema.

Logo, o exercício da jurisdição deve ser talhado de acordo com o sistema jurídico e ainda que traga aspectos inovadores em sua decisão e se funde na liberdade funcional, não poderá contrariar valores políticos do Estado.

Nesta senda Mezzaroba (2013, 340) defende a diferenciação das funções institucionais dos agentes eleitos e juízes, sendo que estes últimos quando obrigados a interferir em determinadas políticas, deverão decidir visando sempre a proteção dos bens constitucionais (direitos fundamentais), o que se espera da jurisdição sob a baila da natureza de responsabilidade em debate:

Os juízes constitucionais brasileiros são uma evolução e consequência deste tempo de *responsividade democrática* (NONET; SELZNICK; PHILIP, 1978; DAHL, 1997). Contudo, a atuação dos juízes constitucionais não deve ser confundida com a dos políticos eleitos, como sugere a crítica dos teóricos do ativismo judicial (RAMOS, 2010). Juízes constitucionais também são diferentes dos juízes ordinários, como *não* percebeu o principal teórico do garantismo (FERRAJOLI, 2007, p. 77, v. II, tradução nossa). São diferentes dos políticos eleitos porque devem decidir, sempre, de modo a proteger os bens constitucionais (bens fundamentais). Além disso, não podem resolver os conflitos como fazem os políticos, isto é, com base, exclusivamente, em mediação de interesses (FISS, 1979, p. 13-14). Não se vinculam ao direito legislado (como juízes ordinários) nem definem a agenda de suas decisões (como os políticos eleitos), que são estabelecidas pelos postulantes judiciais. Eles, não têm poder de eleger prioridades sociais para nelas intervir (como os políticos eleitos), pois os processos judiciais são decididos apenas se a sociedade demandar justiça em relação a eles.

Destarte, a hermenêutica judicial deve respeitar os ditames democráticos do Estado em questão, atribuindo ao Poder Judiciário um funcionamento técnico, diferentemente do que acaba por ocorrer aos agentes eleitos, que tomam decisões por vezes visando finalidades, na forma da teoria Weberiana acerca da ética da responsabilidade no âmbito político.

Ao Judiciário, compete preservar e garantir o funcionamento harmônico dos poderes, salvaguardando o Estado Democrático a partir de uma atuação soberana e independente, mas que preze por limites quando do ato de julgar.

## 5. CONCLUSÃO

Conforme se observou, há a necessidade latente de os juízes darem por conta da responsabilidade política que permeia a sua função. Essa responsabilidade deve

nortear toda a sua atuação jurisdicional, direcionando o seu trilhar no exercício hermenêutico de modo que leve em conta e respeite os basilares que fundam e definem o seu campo de atuação. A cautela é necessária, já que:

Não se quer colocar o Poder Judiciário como salvador da pátria ou como protagonista de um processo de transformação e de redução de desigualdades em nossa sociedade, mas que ele atue junto com os outros poderes, e possa, por meio da efetivação dos direitos fundamentais sociais, melhorar o processo democrático existente. (Barboza 2007, 207)

Necessário deixar claro que o ato de julgar leva em conta um juízo interpretativo, o qual está presente no proceder hermenêutico. Não se fala em exegese, sequer sendo possível cogitar um cenário no qual o julgador seja impedido de interpretar. Esse exercício hermenêutico faz parte do cenário jurisdicional. Somente através de juízos interpretativos concretos e coesos é que se faz possível dar concretude às promessas e direcionamentos estabelecidos pela Constituição. O que não se pode, contudo, é permitir que esse juízo seja livre, sem quaisquer amarras. Há arestas que devem definir os limites intransponíveis do ato decisório, e essa definição é procedida por algumas teorias sólidas que existem, norteando como a decisão judicial, principalmente quando no âmbito da jurisdição constitucional, pode e deve se dar. Conhecer e respeitar esses limites é a base daquilo que se entende por *responsabilidade política* do julgador.

É por isso que pode se dizer que “aos operadores do direito caberá formular uma hermenêutica constitucional dotada de estruturas lógicas e mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas constitucionais, tendo sempre em vista que “o Direito existe para realizar-se”” (Barboza 2007, 200). Uma das hipóteses em essa estruturação de uma fórmula que permita dar a concretude à realização dos direitos, merecendo ser observada, portanto, devendo ser aplicada, é aquela que diz respeito à interpretação daquilo que vem a ser a fundamentalidade material dos direitos humanos. Essa fundamentalidade é explanada por Barboza (2014, 130) enquanto norte a ser seguido na atuação jurisdicional do julgador, explicando a autora que:

Quando se fala em fundamentalidade material dos direitos humanos se está a falar no conteúdo material destes direitos, que tem em comum o respeito e a promoção da pessoa humana e que os caracteriza como fundamentais, dotados de supremacia a ponto de limitar a atuação de todas as esferas de governo ao mesmo tempo que lhes impõem um fio condutor em sua atuação.

A questão, portanto, diz respeito aos limites impostos ao ato de decidir. Na jurisdição constitucional, onde o julgador fala pelo Estado o que significa determinada norma, quais os critérios de sua aplicabilidade, os efeitos e

reflexos que serão estabelecidos num dado caso concreto, as observâncias que deverão ser adotadas pelos demais agentes e jurisdicionados para com relação àquele conteúdo que naquele ato se diz significar determinada coisa, a *responsabilidade política* é condição de possibilidade para que esse agir, o qual se dá pela hermenêutica constitucional, seja procedido sem excessos.

Diante disse, pode-se arrematar que:

A constituição é uma obra inacabada e que tende a se rebelar contra seus criadores. A tarefa do jurista é pôr em marcha essa tendência dispersiva do texto sem permitir que se esvaia o sentido de norma ou que se destrua a engenharia original dos fundadores. É tentar domar o mito e decodificá-lo juridicamente. É nesse contexto que deve ser analisada a jurisdição constitucional. (Streck 2017, 462)

Todo cuidado é pouco nesse sentido. Ao julgador, compete observar a verdadeira função do cargo que ocupa, tendo ciência dos reflexos que o seu decidir na jurisdição constitucional produz na sociedade como um todo. É se firmar pelas diretrizes de base coesas e concretas que estabelecem o seu *múnus*. É ter em conta os limites intransponíveis em seu agir. É saber separar o seu 'eu' individual do seu 'eu' enquanto julgador – relegando toda e qualquer convicção de cunho estritamente pessoal que interfira numa hermenêutica que esteja de acordo com o grau de autonomia do Direito. É ter *responsabilidade política*.

## REFERÊNCIAS

- Barboza, Estefânia Maria de Queiroz. 2007. *Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum.
- Barboza, Estefânia Maria de Queiroz. 2014. *Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva.
- Barroso, Luís Roberto. 2008. "Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática" *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, December 22, 2008. [http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=4](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4).
- Dworkin, Ronald. 2002. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes.
- Dworkin, Ronald. 2006. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes.
- Dworkin, Ronald. 2014. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- Dworkin, Ronald. 2005. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes.
- Ferraz Jr., Tércio S. 1994. "O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?" *Revista Usp*. São Paulo, nº 21.
- Heller, Agnes and Fehér, Ferenc. 2002. *A condição política pós-moderna*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Mezzaroba, Orides and Strapazzon, Carlos Luiz. 2012. "Direitos fundamentais e a dogmática do bem comum constitucional". *Sequência (Florianópolis)*, Florianópolis, no. 64: 335-372. <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p335>
- Strapazzon, Carlos Luiz and Goldschmidt, Rodrigo. 2013. "Teoría constitucional y activismo político: Problemas de teoría y de práctica con derechos fundamentales sociales" *Rev. Fac. Derecho Cienc. Polit. - Univ. Pontif.*



*Bolívar, Medellín*, v. 43, no. 119: 567-624. <[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0120-38862013000200004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-38862013000200004&lng=en&nrm=iso)>.

Streck, Lenio Luiz. 2014. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Streck, Lenio Luiz. 2017. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva.

Walzer, Michael. 2008. *Política e paixão; rumo a um liberalismo mais igualitário*. São Paulo: Martins Fontes.

## CAPÍTULO 4

# DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL, SEGURANÇA JURÍDICA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A ÓTICA DE KELSEN, HART E DWORKIN

*Ernesto Alessandro Tavares*

**RESUMO:** A insegurança jurídica causada pelas decisões judiciais originalistas é uma das principais pautas de investigações positivistas, devido as consequências que a discricionariedade judicial poderia representar para a estabilidade da ordem jurídica. Mas a sociedade evolui e o direito deve acompanhá-la. Cercado de valores morais e políticos, o intérprete e aplicador da norma não pode ficar adstrito ao texto legal, é preciso captá-los e transformá-los em decisões mais justas. Mas a consagração dos princípios no conceito de direito não chancela a prolação de decisões judiciais descomprometidas com a vontade da maioria externadas nos atos do legislador.

É sob este olhar que se propõe investigar em que termos a discricionariedade judicial exercida pelo Supremo Tribunal Federal se contrapõe ao princípio democrático e compromete a segurança jurídica e a liberdade dos indivíduos, em particular sobre o prisma de dois teóricos do positivismo (Hans Kelsen e Herbert Hart), para os quais o juiz deve observar a soberania do Legislativo e decidir dentro das fronteiras do texto normativo, por um lado e, de outro, averiguando de que modo a inserção de argumentos de política e não de princípios na justificação das decisões judiciais se distancia da defesa da democracia como teorizado por Ronald Dworkin, tendo como parâmetro dois casos emblemáticos julgados pela Suprema Corte brasileira em que houve flagrante embate entre atos do Legislativo e do Judiciário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Discricionariedade judicial. Segurança Jurídica. Supremo Tribunal Federal. Princípio democrático.

**ABSTRACT:** *The legal uncertainty caused by the originalist judicial decisions is one of the main guidelines of positivist investigations, due to the consequences that judicial discretion could represent for the stability of the legal order. But society evolves and law must accompany it. Surrounded by moral and political values, the interpreter and applicator of the norm can not be attached to the legal text, it is necessary to capture them is to turn them into more just decisions. But the consecration of the principles in the concept of law does not seal the delivery of judicial decisions uncommitted with the will of the majority expressed in the acts of the legislator. It is under this perspective that it is proposed to investigate in what terms the judicial discretion exercised by the Federal Supreme Court is in opposition to the democratic principle and compromises legal certainty and freedom of individuals, in particular on the prism of two theorists of positivism (Hans Kelsen and Herbert Hart), for which the judge must observe the sovereignty of the Legislature and decide within the boundaries of the normative text, on the one hand, and, on the other hand, ascertaining how the insertion of arguments of policy, not of principles in the justification of judicial decisions distance from the defense of democracy as theorized by Ronald Dworkin, having as parameter two emblematic cases judged by the Brazilian Supreme Court in which there was a flagrant clash between acts of the Legislative and Judiciary.*

**KEYWORDS:** *Judicial discretion. Legal Security. Federal Supreme Court. Democratic principle.*

## 1. INTRODUÇÃO

Muito se criticou e ainda se critica o positivismo jurídico por ter uma visão apegada à norma jurídica e desconsiderar a existência do direito ter

uma dimensão moral e política. Porém os críticos que se propuseram a criticar o positivismo não tiveram a mesma tenacidade quanto a defesa da segurança jurídica.

Partidários do positivismo jurídico, tanto Hans Kelsen, como Herbert Hart admitiam que a criação judicial do direito contribui para desconstituir a segurança jurídica que a lei proporciona, em razão da criação de direitos *ex post facto* com eficácia retroativa por órgão distinto do Legislativo.

A superação da centralidade do direito fundada na lei é um dos objetivos da teoria de direito de Ronald Dworkin ao considerar que o direito é composto por regras e princípios. Mas para além de admitir a existência de valores morais no direito, Dworkin defende que as decisões judiciais devem se apoiar em argumentos de princípio e não de política e que a justificação judicial se desenvolva de forma coerente, equânime e consistente.

Porém, um ponto de convergência entre os três autores está a defesa do princípio democrático, base da segurança jurídica, consistente na garantia da vontade da maioria externada nos atos do Legislativo e na Constituição que não podem ser comprometidos por decisões judiciais originalistas, sem que ao menos seja demonstrada alguma razão ou fundamento de ordem superior que possam substituí-los através de atos proferidos por àqueles que não representam a maioria, mas, sim a minoria.

Assim, o que se propõe neste ensaio é analisar, a partir da teoria de direito de dois dos expoentes do positivismo (Kelsen e Hart) e do conceito de direito de Ronaldo Dworkin, em que termos referidos autores convergem em proteção do princípio democrático como meio de se garantir a estabilidade do sistema jurídico frente a franca ampliação da discricionariedade judicial demonstrada em dois casos emblemáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em que houve embate entre o Judiciário e Legislativo no tocante à interpretação e aplicação das normas jurídicas sob a ótica do texto constitucional.

A análise parte dos fundamentos teóricos do positivismo e das principais balizas das teorias de direito de Hans Kelsen, Herbert Hart e Ronald Dworkin, passando pela investigação da convergência dos autores no tocante a salvaguarda do princípio democrático como fundamento da segurança jurídica frente à discricionariedade judicial, e, ao final, confrontando as mesmas com a postura do Supremo Tribunal Federal em dois casos em que houve a superação de atos do Legislativo pelo Judiciário em sede de jurisdição constitucional.

## 2. O POSITIVISMO JURÍDICO E A SEGURANÇA JURÍDICA.

Até o final do século XVIII o direito se via diante da dualidade: direito positivo e direito natural. Estas duas espécies não seriam distinguidas por al-

um critério de qualidade, mas de graduação conforme o momento histórico,<sup>1</sup> em que ora o positivo se elevaria pautado no princípio da especialidade, ora o natural baseado na sua origem divina.

Durante o período medievo a sociedade era constituída de várias ordens jurídicas parciais, em que cada agrupamento social dispunha sobre sua organização. Com a passagem para o Estado moderno, houve o monopólio estatal do poder de estabelecer as leis que regem a todos, do controle de quais normas não criadas diretamente pelo Estado poderiam ser consideradas direito (normas consuetudinárias) e a institucionalização dos órgãos competentes para a aplicação do direito, os magistrados e árbitros.

No Estado primitivo os magistrados e árbitros poderiam decidir as contendas pautados no direito positivo ou natural, diante da pluralidade normativa e da escolha dos julgadores pela sociedade. Com o monismo jurídico e a institucionalização da escolha dos juízes no Estado moderno, os julgadores passam a ser órgãos do Estado e a eles somente era dado aplicar as regras reconhecidas como direito pelo próprio Estado.<sup>2</sup>

Esta consagração do monopólio da criação das leis no Estado era teorizada por Thomas Hobbes fundada na ideia de que os indivíduos devem transferir força e poder para um homem ou assembleia de homens, os quais teriam o poder de criar as leis que regeriam todos os indivíduos que consentissem<sup>3</sup> e assim por fim à constante insegurança que viviam os indivíduos em seu estado de natureza.

A onipotência do legislador está presente tanto nos Estados absolutistas (primitivo) como nos liberais (moderno), inexistindo distinção significativa sob o prisma da criação das leis. A distinção estava centrada nos poderes intermediários, como o Judiciário. Segundo Bobbio, no absolutismo o legislador tem poderes plenos e ilimitados, o que destituiria dos juízes qualquer poder de criar normas individuais distintas das leis. Já no Estado liberal os poderes dos juízes também eram reduzidos, mas não aniquilados.<sup>4</sup>

É a partir desse ponto que se inicia um longo debate sobre os limites do Poder Judiciário em atuar nos interstícios da norma jurídica, contrapondo-se ao princípio democrático que estrutura e fundamenta o Estado Democrático

<sup>1</sup> Norberto Bobbio, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. (São Paulo: Ícone, 1995), 25.

<sup>2</sup> Bobbio, op. cit., 28.

<sup>3</sup> Thomas Hobbes, *Leviatã*, tradução de Maria Beatriz Nizza da Silva, Cláudia Berliner e João Paulo Monteiro (São Paulo: Martins Fontes, 2003), 147.

<sup>4</sup> Nesse sentido, explica Bobbio que “a liberdade do juiz de pôr normas extraíndo-as do seu próprio senso da equidade ou da vida social pode dar lugar a arbitrariedades nos confrontos entre os cidadãos, enquanto o legislador, pondo normas iguais para todos, representa um impedimento para a arbitrariedade do poder judiciário”. (Bobbio, op. cit., 38)

de Direito. Com essa premissa, Montesquieu desenvolveu a sua teoria da Separação dos Poderes, fundada na afirmação de que o magistrado deve se ater à norma.<sup>5</sup>

Por outro lado, deixou-se uma grande lacuna em aberto: e os casos que não estão previstos na lei, como se resolverão? Mesmo se apegando a centralidade legal no legislador, os próprios positivistas reconhecem que a norma jurídica não é o suficiente para abarcar todos os acontecimentos.

A partir dessa constatação os jusnaturalistas passam a defender a possibilidade dos juízes buscarem fundamentos no direito natural quando as leis se demonstrarem omissas ou incompletas, pois “o direito positivo não destrói, mas sim recobre, ou submerge o direito natural; se, portanto, há um “buraco” no direito positivo, através deste se vê aflorar o direito natural; ou, se se preferir, a “submersão” do direito natural não é total, porque, acima do nível do direito positivo, algumas ilhotas ainda afloram”.<sup>6</sup>

De outra ponta, deixar a livre discricção do magistrado o preenchimento das incertezas ou indeterminações da lei, para os positivistas, constituía um flagrante atentado à segurança jurídica e a estabilidade do ordenamento jurídico, algo que desde a instituição das primeiras democracias ensejava preocupação, o que deu origem ao período da codificação das normas, tendo como expoentes dessa nova fase Jeremy Bentham e John Austin, flagrantemente contrários à criação judicial do direito.

A partir deste breve esboço da gênese do positivismo jurídico, pode-se extrair que não era apenas a limitação do poder que impelia os teóricos a defender a centralização da criação das leis no Estado. Ao lado deste objetivo, estava o controle da atuação das autoridades públicas como forma de evitar a insegurança jurídica e o comprometimento da estabilidade da ordem normativa que se conquistou com a inserção da democracia nos Estados modernos, principalmente diante da atuação discricionária dos magistrados, a ponto de Montesquieu afirmar: “os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”.<sup>7</sup>

Preocupação esta que também se manteve na teoria de direito de dois dos expoentes do positivismo jurídico (Hans Kelsen e Herbert Hart), que apesar de reconhecerem a existência de discricionariade judicial, não deixaram de

<sup>5</sup> Segundo Montesquieu, “Mas, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos”. Charles de Secondat Montesquieu, *O Espírito das leis*, tradução de Cristina Murachco (São Paulo: Martins Fontes, 1996), 170.

<sup>6</sup> Bobbio, op. cit., 42.

<sup>7</sup> Montesquieu, op. cit., 175.

anotar a imprescindibilidade de limites para o seu exercício como meio de garantir a segurança jurídica.

### 3. POSITIVISMO JURÍDICO EM KELSEN E HART

#### 3.1. Conceito de direito e interpretação jurídica em Hans Kelsen

A partir da fixação da ideia de que direito é somente o positivado pelo Estado, o positivismo jurídico passa a voltar a sua atenção para definir “o que é o direito”, objetivo o qual Hans Kelsen passa a desenvolver o seu conceito de direito pautado em um princípio metodológico fundamental que ele anuncia já no prefácio de sua “Teoria Pura do Direito”, que é considerar objeto da ciência jurídica apenas a norma jurídica, excluindo “toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto”.<sup>8</sup>

A partir de um corte epistemológico e axiológico, Kelsen confere cientificidade à teoria do direito e ao mesmo tempo autonomia diante das demais ciências, característica esta que se atinge pelo fato de centrar o estudo da norma jurídica no sistema jurídico a que pertence e por desconsiderar que o direito é composto por valores morais ou políticos.

Mesmo centrando o direito na norma jurídica, Kelsen reconhece que a sua aplicação não é um ato mecânico e sem sentido, mas restringe a interpretação da norma jurídica a tão somente o que se amoldasse a uma das possíveis de serem extraídas da “moldura de interpretações”, sob pena de ser inválida.<sup>9</sup>

Mesmo que a Constituição se situe no ápice do ordenamento, todas as normas inferiores criadas a partir dela gozariam de relativa indeterminação quando do exercício da interpretação. Isso importa dizer que, ao mesmo tempo que as normas superiores vinculam a forma de produção e aplicação das inferiores, também deixam ao intérprete relativa liberdade quanto a interpretação e aplicação.<sup>10</sup> Do mesmo modo, o próprio órgão a quem foi atribuída competência para criar normas jurídicas (*v.g.* Legislativo) também poderá deixar, explícita ou implicitamente, margem de liberdade interpretativa ao aplicador através da ambiguidade dos conceitos e palavras ou da generalidade da norma jurídica.

O problema é que esta indeterminação poderia corromper a segurança jurídica que a norma jurídica almeja estabelecer e, deixar para o juiz o poder de decidir discricionariamente o que entende por direito, fatalmente ruirá o

<sup>8</sup> Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. (São Paulo: Martins Fontes, 1998), XI.

<sup>9</sup> *Ibid*, 390.

<sup>10</sup> Kelsen, 388.

ordenamento jurídico. Apesar disso, no tocante a interpretação judicial do direito, Kelsen entende que qualquer juízo acerca da “mais correta” não seria algo a ser elucidado pela teoria, mas de política do direito.<sup>11</sup> Para ele, tanto o magistrado como o legislador criam direito novo, situando a distinção entre os dois apenas no grau de liberdade deste que seria mais amplo.<sup>12</sup>

É nesse ponto que se situa a preocupação no tocante à discricionariedade judicial, pois deixar ao livre talante dos juízes interpretar a norma jurídica incorrer-se-á em atentado ao texto normativo a pretexto de se estar fazendo a Justiça no caso concreto. Daí é que exsurge a questão: quem deve fazer a Justiça, o legislador ou o julgador?<sup>13</sup>

Além do mais, não se centrando-se a discussão acerca da centralidade do direito na norma jurídica, Kelsen também esboçava preocupação com o comprometimento com a democracia e, conseqüentemente, com a liberdade individual. Segundo o autor austríaco a democracia se funda em dois postulados da razão prática, a liberdade e igualdade.<sup>14</sup>

A organização da sociedade representou que todos delegariam poderes a outrem para que elessem as normas que regeriam a todos, que ao mesmo tempo limita e confere liberdade e todos se encontrariam em igualdade. Assim, pois, “o cidadão só é livre através da vontade geral e de que, por conseguinte, ao ser obrigado a obedecer ele está sendo obrigado a ser livre”.<sup>15</sup>

Se o direito, ao contrário, for criado através de decisões judiciais, não se poderá dizer que haverá liberdade nem igualdade, pois só após a prolação do veredicto final é que o indivíduo saberá se a sua conduta se amoldou ou não à interpretação da norma jurídica conferida pelo Judiciário e também não se poderá dizer que o direito será aplicado de forma isonômica.

Desse modo, observa-se que a partir da teoria de direito de Kelsen, apesar de admitir a possibilidade de a norma jurídica ser interpretada pelos juízes se valendo da discricionariedade judicial, é possível se extrair que a fixação de limites ao caráter inovador do magistrado centrado na “moldura de interpretações” tem como propósito não só garantir a salvaguarda do produto do Legislativo, ato este editado debaixo do princípio democrático que consagra a vontade da maioria, mas conferir segurança jurídica e liberdade a todos, evitando o elemento surpresa que advém das decisões judiciais originalistas.

<sup>11</sup> Ibid., 393.

<sup>12</sup> Conforme Kelsen, “uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação”. (Ibid., 278)

<sup>13</sup> Ibid., 281.

<sup>14</sup> Kelsen, Hans. *A democracia*, (São Paulo; Martins Fontes, 2000) p. 27.

<sup>15</sup> Ibid., p. 34.

### 3.2. A teoria de direito de Herbert Hart e a discricionariedade judicial

Herbert Hart já ao principiar a sua obra “O conceito de direito” discorre sobre o intenso debate sobre “o que é direito”, anunciando que para ele um sistema jurídico é composto de um conjunto de regras, o que tanto pode abranger aqueles que afirmam que o direito decorre de ordens baseadas em ameaças, como pelos que o veem como constituído por meros hábitos de obediência (obrigações morais), uma vez que “todos falam de igual forma do direito contendo regras, se é que não consistindo largamente em regras”.<sup>16</sup>

Para Hart nem todas as regras detêm natureza obrigatória (não facultativa), mas por outro lado atinge à todos, sendo que sistema jurídico é constituído de regras primárias e regras secundárias. O fundamento de um dado ordenamento se encontra na forma como os indivíduos e as autoridades identificam quais são estas regras, cujos critérios para tal identificação se encontrariam no que ele denominou regra de reconhecimento.

Mas o problema é que, sendo o direito um fato social, ele é passível de ser modificado ou adaptado pelos operadores do direito através da interpretação, principalmente diante da ambivalência e incertezas dos conceitos jurídicos, o que ele denominou “textura aberta”. Esta particularidade do direito é inevitável diante da incapacidade do legislador prever tudo no texto legal.<sup>17</sup>

Por esta razão o direito deve regular, preferencialmente, categorias de pessoas, atos, coisas, circunstâncias, o que poderá ocorrer tanto pela obra dos legisladores (regras) como dos tribunais (precedentes), ambas se diferenciando apenas pelo grau de generalidade, mas se identificando pela possibilidade de zonas de incertezas o que chancelaria a possibilidade do juiz criar direito *ex post facto* e comprometer a segurança jurídica.<sup>18</sup>

Tal incerteza se apresentaria principalmente nos casos difíceis, naqueles em que a regra não é clara e que permitem mais de uma solução.<sup>19</sup> Nos *hard cases* não seria admissível que a decisão judicial se afastasse da essência da norma, o que para Hart representaria o “núcleo de significados” pré-estabelecidos. Seria este o limite imposto ao aplicador da regra do qual não poderia se distanciar, sob pena de comprometer a estabilidade do ordenamento jurídico.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Herbert Lionel Adolphus Hart, *O conceito de direito*, 3ª ed. tradução de A Ribeiro Mendes, (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994), 13.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 141.

<sup>18</sup> *Ibid.*, 139.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 144.

<sup>20</sup> *Ibid.*, 159.



#### 4. CONCEITO DE DIREITO E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL EM RONALD DWORKIN

Contrapondo o sistema jurídico apenas composto de regras se situa a teoria de Ronald Dworkin fundada nos direitos humanos individuais.<sup>21</sup> Em defesa de seu conceito de direito constituído de regras e princípios, Dworkin dirige diversos ataques às teorias positivistas, principalmente a desenvolvida por Hart no tocante ao reconhecimento da existência da discricionariedade judicial.

Seu raciocínio é construído a partir da análise de como os operadores do direito racionalizam o que é um direito ou uma obrigação, principalmente quando se está diante de casos difíceis em que o debate sobre a interpretação do direito não se centra apenas nas regras, mas também em critérios ou padrões que não são regras, os princípios que podem oferecer outras orientações ao intérprete sem que tenha que buscar solução fora do sistema jurídico. Além disso, ao contrário das regras, os princípios ofereceriam novos horizontes para a aplicação do direito que dificilmente poderiam ser descobertos apenas através das regras.

Isso porque os princípios não estão sujeitos ao juízo “tudo ou nada”, como as regras<sup>22</sup>, mas a uma dimensão de peso ou importância<sup>23</sup> que permite a ponderação entre eles, apesar de admitir que “às vezes, as regras ou princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma”.<sup>24</sup>

Mas mesmo se valendo dos princípios inexistente a discricionariedade judicial, tal como apresentada por Hart, uma vez que o juiz ainda estaria com seu poder criativo contido frente à princípios superiores e de observância obrigatória. Para superá-los, só diante de casos extremos que suscitasse um princípio mais relevante que supere a doutrina da supremacia do Poder Legislativo e dos precedentes.<sup>25</sup>

É a partir dessa ótica que Dworkin desenvolve a sua teoria dos direitos e rejeita a existência de discricionariedade judicial, defendendo a distinção entre argumentos de política (*policy*) e argumentos de princípios, em que no primeiro caso a justificação de uma decisão política se pauta no fomento ou proteção de um objetivo da comunidade como um todo, ao passo que no

<sup>21</sup> Ronald Dworkin, *Levando os direitos à sério*, Trad. Nelson Boeira. (São Paulo: Martins Fontes, 2002), VIII-XIV.

<sup>22</sup> *Ibid.*, 39.

<sup>23</sup> *Ibid.*, 42.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 44.

<sup>25</sup> Segundo Dworkin, “As doutrinas da supremacia do Poder Legislativo e do precedente inclinam em favor do *status quo*, cada uma delas na sua própria esfera, mas não o impõe. Os juízes, no entanto, não têm liberdade para escolher entre os princípios e as políticas que constituem essas doutrinas – também neste caso, se eles fossem livres, nenhuma regra poderia ser considerada obrigatória”. (Dworkin, *op. cit.*, 2002, 60)

segundo a decisão política objetiva respeitar ou garantir um direito de um indivíduo ou grupo.

Os magistrados não devem decidir como base em argumentos de política, posto não serem legisladores, mas em argumentos de princípios. Ao contrário dos legisladores que estão submetidos a pressões de todos os matizes, os juízes não sofrem as influências que decorrem de um sistema político democrático, sendo que a criação judicial do direito *ex post facto* daria ensejo a situações injustas com a imposição de novas obrigações só reveladas após a prolação da decisão judicial.

A limitação do apetite do juiz em criar direito novo, discricionariamente, a partir da sua concepção pessoal se encontraria nos princípios que subjazem tanto as regras como os princípios, ambos integrantes do próprio sistema jurídico.<sup>26</sup> E, mesmo nos casos das decisões originalistas, a segurança jurídica estaria resguardada ao exigir-se do julgador a justificação das razões pelas quais os precedentes devem ser superados ou modificados<sup>27</sup>.

Portanto, em oposição ao positivismo jurídico e a ideia de poder discricionário dos juízes que lhe permitiram criar o direito, Dworkin constrói a sua teoria da decisão judicial propondo que é possível encontrar a resposta correta para todos os casos, inclusive para os *hard cases*, baseando-se no reconhecimento dos direitos humanos individuais que seriam preexistentes ao direito institucionalizado e que o desfecho para todos os casos pode ser extraído do próprio sistema jurídico sem que se comprometa a segurança jurídica.

Para tanto, teoriza o direito composto não só por regras, mas também de princípios, sejam estes implícitos ou explícitos, a partir dos quais se possa identificar a moralidade das leis e instituições de modo a que se possa construir uma justificação coerente e equânime das decisões judiciais em seus dois sentidos (vertical e horizontal), devendo a decisão judicial ter coerência próxima ao de um novelista ao escrever um romance, em que as decisões posteriores interprete as passadas de modo a lhe dar um sentido coerente devendo passar pelo teste da adequação, tal como o crítico literário faz em seu ofício.<sup>28</sup>

## 5. A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL, SEGURANÇA JURÍDICA E A SUPREMA CORTE BRASILEIRA

Da exposição da gênese do positivismo e das teorias do direito de Kelsen, Hart e Dworkin buscou-se demonstrar que, apesar das discordâncias teóricas

<sup>26</sup> Dworkin, op. cit., 2002, 164-165

<sup>27</sup> Ibid., 191.

<sup>28</sup> Ronald Dworkin, *O império do direito*, 2ª ed. Trad. Jeferson Luiz Camargo. (São Paulo: Martins Fontes, 2007), 277.

quanto ao conceito de direito e da existência ou não de discricionariedade dos juízes quando proferem decisões, existe uma convergência no que toca à preocupação com a segurança jurídica e a preservação da estabilidade da ordem jurídica que decorreria da observância dos atos emanados do Legislativo.

Para positivistas como Kelsen e Hart a defesa dos atos do legislador também tem outra importância prática, a defesa da democracia. Isso porque, a segurança jurídica decorre da existência de uma regime em que todos ao mesmo tempo governam e são governados pelas leis e não pelos homens expressadas pela vontade da maioria. Segundo Kelsen “a democracia, no plano da idéia, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo”.<sup>29</sup>

Consequentemente, se o direito não é instituído pelo corpo de homens eleitos pelo povo para reger a todos, mas por aqueles a quem a Constituição atribuiu a competência para aplica-las, o Judiciário, é inegável que haverá comprometimento não só da democracia, como da liberdade dos indivíduos. Isso porque, sendo os homens governados pelas leis, seu comportamento de antemão já está regulado na norma e assim poderão decidir sobre seus próprios atos. Ao revés, se o direito foi criado através das decisões judiciais, como saber previamente qual postura a ser adotada pelo indivíduo?

É esse o pesadelo que Hart contrapõe ao nobre sonho: a frustração da expectativa dos litigantes em ver os juízes aplicarem aos seus casos a lei existente e não fazer nova lei, mesmo quando o texto legal ou as disposições constitucionais aparentemente não oferecerem uma interpretação clara e determinada.<sup>30</sup>

Esse dilema também é considerado por Dworkin quando analisa a existência ou não da discricionariedade judicial, tanto é que ele não a admite. Seu argumento é o de que o magistrado irá encontrar a solução, até mesmo para os *hard cases*, no próprio ordenamento jurídico que na sua acepção é integrado por regras e princípios.

Para Dworkin a Constituição é a “mãe e guardiã da democracia”<sup>31</sup> e é a partir dela que se torna possível a sua existência e protegido tanto o direito da maioria como da minoria através da sua interpretação, mas sempre observando-se a coerência e a integridade nas decisões judiciais. Admite que cabe ao Judiciário e não ao Legislativo interpretar a Constituição e isso em nada representa ofensa ao princípio democrático, pois “o constitucionalismo – a teoria segundo a qual

<sup>29</sup> Hans Kelsen, 2000, p. 35.

<sup>30</sup> Herbert Hart, *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*. (Sibley Lecture Series, 1977) Paper 33. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.uga.edu/lectures\\_pre\\_arch\\_lectures\\_sibley/33](http://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/33)>. Acesso em: 05 de maio 2018, p. 978.

<sup>31</sup> Ronald Dworkin, 2007, p. 476.

os poderes da maioria devem ser limitados para que se protejam os direitos individuais – pode ser uma teoria política boa ou má, mas (...) não parece justo ou coerente permitir que a maioria julgue em causa própria”.<sup>32</sup>

A sua preocupação se centra no tocante à interpretação e aplicação da norma jurídica que destoe dos princípios maiores regedores do sistema jurídico e crie direito novo *ex post facto*, tornando-se o Judiciário um tirano que suplantaria a democracia e, como decorrência, a segurança jurídica e a liberdade dos indivíduos.

Para evitar esse mal Dworkin desenvolve a ideia de uma direito como integridade, no sentido de que os juízes devem buscar “encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade”<sup>33</sup>, sendo que, ainda que não for possível extrair uma interpretação clara dos precedentes ou da lei, o juiz “deve fazer uma escolha entre interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta uma melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade”.<sup>34</sup>

Cotejando o ponto de vista de referidos autores com a prática judicial do Supremo Tribunal Federal, observa-se que de fato há um comprometimento da segurança jurídica e da liberdade dos indivíduos, corolários do princípio democrático que estrutura o Estado Democrático de Direito.

Um dos casos que merece atenção é o julgamento ocorrido no Supremo Tribunal Federal que deu ensejo a criação da Súmula Vinculante n. 26<sup>35</sup> que decorreu do julgamento do Habeas Corpus n. 82.959-7/SP<sup>36</sup>, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, em que restou assentado ser possível a progressão de regime prisional nos casos de crimes tipificados como crimes hediondos. O caso em questão discutia a constitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei n. 8.072/90<sup>37</sup>, que determinava que os condenados pela prática de crimes tipificados na Lei

<sup>32</sup> Ronald Dworkin, 2007, p. 223.

<sup>33</sup> Ibid., p. 305.

<sup>34</sup> Ibid., p. 306.

<sup>35</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 26: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico*, acesso em 14 dezembro, 2017. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>.

<sup>36</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.959-7. Relator: Marco Aurélio – Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 1º de set. de 2006, acesso em 14 dezembro, 2017, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>.

<sup>37</sup> Id. Lei n. 8.072, de 26 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 jul. 1990. Seção 1, p. 14.303.

de Crimes Hediondos deveriam cumprir a pena no regime integralmente fechado, vedando-se a progressão do regime prisional.

O texto normativo não ensejava qualquer dúvida quanto à sua aplicação ou interpretação. A arguição de sua inconstitucionalidade fundou-se na existência de conflito entre a regra e os princípios constitucionais da isonomia, individualização da pena e da dignidade da pessoa humana.

Não se nega que as decisões judiciais em algum sentido devem ser políticas e que não há qualquer violação ao princípio democrático em razão disso, entendimento que Dworkin também defende ao afirmar que o Judiciário exerce um papel relevante neste sentido ao “dar voz” as minorias que dificilmente encontrariam ressonância no Legislativo.<sup>38</sup>

A tensão havida no caso cinge-se ao fato da Corte Suprema ter desconsiderado todos os precedentes que acenavam em sentido contrário, se distanciando da “moldura de interpretações”, desconsiderado o núcleo de significados da norma jurídica e o julgamento ter se distanciando da coerência, consistência e integridade nos moldes que propôs Dworkin. O que prevaleceu foi puramente a discricionariedade judicial, isso porque os mesmos argumentos trazidos pelo Ministro Marco Aurélio no Habeas Corpus n. 82.959/SP, julgado em 2006 foram os mesmos já rejeitados no Habeas Corpus 69.657/SP<sup>39</sup> em 1992.

Mesmo que se tenha alterado a composição da Corte em 2006<sup>40</sup>, foram os argumentos de política (política criminal) que prevaleceram. Afirmou-se que em 2006 o contexto político e social não denunciava a necessidade da manutenção do agravamento no regime de cumprimento de pena, dada a ocorrência de “mutação constitucional” a ponto de justificar a alteração do *status quo* dos precedentes do tribunal, mesmo sendo inegável que no Brasil a taxa de criminalidade é crescente.<sup>41</sup>

Ainda que os ministros que atuaram no julgamento ocorrido em 2006 tenham apresentados argumentos fundados na melhor interpretação constitucional, equivocaram-se ao se embasar em argumentos de política criminal para

<sup>38</sup> Ronald Dworkin, *Uma questão de princípio*, Trad. Luís Carlos Borges. (São Paulo: Martins Fontes, 2000), 31-32.

<sup>39</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 69.957. Relator para acórdão: Francisco Rezek – Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 18 de jun. de 1993, acesso em 14 dezembro, 2017, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71896>.

<sup>40</sup> No julgamento do HC 69.657, em dezembro de 1992, a composição do Tribunal Pleno era integrada pelos Ministros Francisco Rezek, Moreira Alves, Néri da Silveira, Octávio Galotti, Paulo Brossard, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. Quando do julgamento do HC 82.959, em fevereiro de 2006, era composto por Marco Aurélio, Carlos Velloso, Ayres Britto, Cezar Pelluso, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Nelson Jobim, Eros Grau, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello.

<sup>41</sup> Alexandre dos Santos Cunha et al, *Reincidência criminal no Brasil*. (Rio de Janeiro: IPEA, 2015), acesso 17 dezembro, 2017, <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba-385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>.

“criar” uma nova interpretação jurídica de natureza geral e vinculante. Isso porque, um dos pressupostos para a edição de súmula vinculante, segundo o art. 2º da Lei n. 11.417/06, é a existência de *reiteradas decisões sobre matéria constitucional*, circunstância esta inexistente no que se refere à possibilidade ou não de progressão de regime com relação à prática de crimes hediondos, dado que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acenava pela constitucionalidade da regra contida na Lei n. 8.072/90.

Em outro julgamento, a Corte Suprema apreciou o tema referente a cobrança de mensalidades escolares em cursos de pós-graduação *latu sensu* em universidades públicas ao julgar o Recurso Extraordinário n. 597.854, relatado pelo Ministro Luiz Edson Fachin, em 26 de abril de 2017.<sup>42</sup>

Na ocasião, o relator consignou a possibilidade de as Universidades Públicas cobrarem mensalidades em cursos de especialização *latu sensu*, ao argumento de que a gratuidade do ensino consagrada no art. 206, VI da Constituição Federal<sup>43</sup> não veda tal prática, limitando-se à graduação e pós-graduação *stricto sensu*.

Segundo o decidido, tal distinção seria necessária em razão de a Constituição diferenciar ensino, pesquisa e extensão, sendo possível captar recursos privados com relação aos cursos de pesquisa e extensão, uma vez que eles não estão abrangidos no conceito de manutenção e desenvolvimento do ensino público que são remunerados por recursos públicos. Até então, o Supremo Tribunal Federal não tinha realizado a análise do tema.

Não haveria demasiada polêmica sobre o tema não fosse o fato do Legislativo ter rejeitado, em 29 de março de 2017, a Proposta de Emenda Constitucional n. 395/14<sup>44</sup> que tinha por objetivo alterar o art. 206 da Constituição Federal de 1988 e permitir a cobrança de mensalidades escolares nos cursos de especialização e de extensão ministrados em Universidades Públicas.

A simples análise do contexto temporal entre as duas decisões políticas demonstra à exaustão o uso indevido da discricionariedade judicial como meio de se ditar as diretrizes políticas que devem ser implementadas pelo Poder Legislativo ou Executivo. Sequer poderia argumentar-se que houve “mutação constitucional” ou outra motivação de fundo principiológico que sustentasse o afastamento da decisão tomada pelos legisladores em tão pouco tempo (menos de um mês!).

<sup>42</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. *Universidades públicas podem cobrar por cursos de especialização*, acesso 14 dezembro, 2017, <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341686>.

<sup>43</sup> Id. Constituição (1988). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988, p. 1.

<sup>44</sup> Id. Câmara dos Deputados. Câmara Notícias. Educação e Cultura. *Câmara rejeita PEC que autorizava universidade pública a cobrar por curso lato sensu*, acesso 15 dezembro, 2017, <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/EDUCACAO-E-CULTURA/528130-CAMARA-REJEITA-PEC-QUE-AUTORIZAVA-UNIVERSIDADE-PUBLICA-A-COBRAR-POR-CURSO-LATO-SENSU.html>.

Esses dois julgamentos levados a efeito no Supremo Tribunal Federal trazem à tona a discussão sobre até que ponto as decisões judiciais comprometem não só a segurança jurídica como a liberdade dos indivíduos, dois postulados que decorrem diretamente do princípio democrático. Como os indivíduos podem amoldar seus comportamentos de modo seguro se as regras que servem para dar segurança e liberdade a todos de forma isonômica têm seus sentidos alterados ao sabor do entendimento pessoal de apenas 11 julgadores, que ora acenam para um sentido, ora para outro?

Definitivamente a postura da Suprema Corte brasileira não se compreende na ótica de quaisquer dos autores ora em exame. É importante salientar que tanto Kelsen, como Hart e Dworkin defendem a necessidade de um Tribunal Constitucional que proteja a Constituição. Mas por outro lado, os mesmos também desenvolvem suas teorias no sentido de que a atuação judicial deve ser realizada dentro de certos limites e o principal de deles é a sua conformação com as regras e princípios que fundamentam o próprio sistema jurídico e não meras convicções morais ou pessoais do julgador.<sup>45</sup> Como diria Hart, a decisão deve estar em harmonia “com os princípios ou razões subjacentes reconhecidamente já estabelecidos no direito existente”.<sup>46</sup>

Isso porque um sistema jurídico fundado no princípio democrático confere estabilidade, segurança jurídica e liberdade a todos os indivíduos. Se não se tem mais a norma jurídica ou uma decisão judicial íntegra e coerente com seus precedentes, não se pode dizer que há liberdade.

Não se resumindo à estabilidade jurídica, é importante também se observar o ativismo judicial sob o prisma da equidade, pois “a democracia supõe igualdade de poder político, e se decisões políticas genuínas são tiradas do legislativo e entregues aos tribunais, então o poder político dos cidadãos individuais, que elegem legisladores mas não juízes, é enfraquecido, o que é injusto”.<sup>47</sup>

É indiscutível o papel do Judiciário no contexto da organização do Estado brasileiro e da necessidade de sua atuação em casos envolvendo omissões inconstitucionais por parte dos demais Poderes, principalmente após o constitucionalismo em que os valores constitucionais passaram a ser considerados como dotados de força normativa a fim de conformar os preceitos constitucionais à vontade de constituição e não um mero “conselho” ou dirigismo normativo.

A incerteza é *autopoietica* do direito, nota da qual se extrai o raciocínio de que a legislação a pretexto de edificar alguma segurança jurídica de certo

<sup>45</sup> Hart, 1977, op. cit., p. 979.

<sup>46</sup> Hart, 1994, op. cit., 354.

<sup>47</sup> Ronald Dworkin, 2007, p. 30.

modo incorre na própria insegurança normativa, transformando o Judiciário em uma “terceira câmara legislativa”.<sup>48</sup>

Assim, extrai-se da postura da Suprema Corte brasileira, tendo como parâmetro os casos trazidos à discussão, que há um certo descompasso entre a observância do princípio democrático e o exercício da jurisdição constitucional nos termos em que Kelsen, Hart ou Dworkin endereçavam em suas doutrinas no que toca aos limites ao exercício da discricionariedade judicial, a ponto de comprometer não só a segurança jurídica, mas a liberdade de ação dos indivíduos em um Estado que se qualifica como Democrático de Direito.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o berço histórico do positivismo jurídico se constata que, ao lado da preocupação com a separação entre direito e moral, o exercício da atividade judicial constituía uma ameaça à segurança jurídica e a liberdade dos indivíduos através da discricionariedade judicial.

Apesar de Kelsen, Hart e Dworkin divergirem acerca do conceito de direito, o mesmo não se dá no tocante aos perigos que a discricionariedade judicial poderia representar não só para a estabilidade do sistema jurídico, mas como para a própria democracia, fundamento da segurança jurídica e da liberdade de ação dos indivíduos.

Seja através da “moldura de interpretações” de Kelsen, do “núcleo de significados estabelecidos” de Hart ou da teoria descritiva-justificadora de Dworkin fundada em argumentos de princípios, referidos autores têm entre si como objetivo defender a estabilidade do sistema jurídico frente ao apetite inovador dos julgadores.

Mas ao contrário do que se pôde extrair de referidos teóricos é prática judicial do Supremo Tribunal Federal que, apesar de se fundar em uma jurisprudência principialista, tem se posicionado como se fosse um segundo legislador ou administrador ao reconstruir o direito através de interpretações jurídicas, ditar as políticas públicas e gerir as necessidades sociais da sociedade brasileira através de argumentos políticos desconcertados e incoerentes.

Ainda que não se conforme com um Judiciário omissivo ou alheio aos valores constitucionais, também não há como ser passivo diante de uma atuação que comprometa ainda mais a segurança jurídica e tolha dos indivíduos a liberdade de agir de forma segura. Não se defende um retrocesso nos moldes dos positivistas, mas não se pode acomodar com o decisionismo de plantão

<sup>48</sup> Inocêncio Martires Coelho, “Indeterminação do direito e segurança jurídica”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, ano 9, n. 31, 882-888.



e a inclusão das decisões sobre pautas políticas nas mãos daqueles a quem a Constituição não outorgou tal atribuição.

A pequena amostra da prática judicial da Corte Suprema brasileira evidencia quão longe se está da doutrina de Kelsen, Hart ou Dworkin no que toca à preocupação com o princípio democrático, a segurança jurídica e a liberdade individual, ao renegar os precedentes e o contexto jurídico e social que está por traz de cada decisão judicial ou norma jurídica derrocada sem qualquer consideração à coerência, integridade ou equidade que as impeliam.

## REFERÊNCIAS

Bobbio, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

Brasil. Câmara dos Deputados. Câmara Notícias. *Educação e Cultura. Câmara rejeita PEC que autorizava universidade pública a cobrar por curso lato sensu*, acesso em 15 dez, 2017, <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/EDUCACAO-E-CULTURA/528130-CAMARA-REJEITA-PEC-QUE-AUTORIZAVA-UNIVERSIDADE-PUBLICA-A-COBRAR-POR-CURSO-LATO-SENSU.html>.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1988)*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.072, de 26 de julho de 1990. *Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 jul. 1990. Seção 1, p. 14.303.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. *Universidades públicas podem cobrar por cursos de especialização*, acesso em 14 dez, 2017, <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341686>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 26: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico*, acesso em 14 dezembro, 2017, <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 69.957*. Relator para acórdão: Francisco Rezek- Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 18 de jun. de 1993, acesso em 14 dezembro, 2017, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71896>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 82.959-7*. Relator: Marco Aurélio - Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 1º de set. de 2006, acesso em 14 dezembro, 2017, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>.

Coelho, Inocêncio Martires. *Indeterminação do direito e segurança jurídica*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, ano 9, n. 31.

Cunha, Alexandre dos Santos et al. *Reincidência Criminal no Brasil*. RJ: IPEA, 2015, Relatório de Pesquisa, p. 11, acesso em 17 dezembro, 2017, <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>.

Dworkin, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. 2ª ed. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Hart, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 3ª ed. Trad. A Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

\_\_\_\_\_. *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*. (Sibley Lecture Series. 1977) Paper 33, acesso em: 05 de maio 2018, [http://digitalcommons.law.uga.edu/lectures\\_pre\\_arch\\_lectures\\_sibley/33](http://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/33).

Hobbes, Thomas. *Leviatã*. Tradução de Maria Beatriz Nizza da Silva, Cláudia Berliner e João Paulo Monteiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. *A democracia*. São Paulo; Martins Fontes, 2000.

Montesquieu, Charles de Secondat. *O Espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

# CAPÍTULO 5

## A TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E SUAS POSSIBILIDADES DE UTILIZAÇÃO PELAS CORTES BRASILEIRAS

*Guilherme Henrique Corrêa Fontoura*

**RESUMO:** Atualmente sobressaem no Direito Constitucional as discussões sobre a quem compete dizer o sentido da Constituição e até onde o povo pode ou deve decidir. Nesse passo, este trabalho pretende dar um panorama acerca do embate entre a Supremacia Judicial e a Supremacia Legislativa e, como solução, apresentar a Teoria dos diálogos constitucionais. Em relação a este tema o artigo propõem-se a analisar a teoria e refletir sobre as condições históricas de aplicá-la no Brasil. Para tanto, emprega-se majoritariamente uma revisão doutrinária de conceituados autores, nacionais e estrangeiros, que abordam o tema de Jurisdição Constitucional para, a partir de uma visão ponderada, observar suas opiniões e criticar posicionamentos que não garantam a participação popular nos veredictos de casos de grande relevância moral. A informação contida no trabalho não se debruça especificamente às decisões tomadas pelos tribunais, mas dedica-se à reflexão das teorias citadas e da história do Brasil. Dessa forma, o que se obtém como resultado não é o modo como os Tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal, decidem, mas como os teóricos devem empenhar-se na construção de uma teoria dialógica que leve em conta o desenvolvimento histórico da cidadania do povo brasileiro para, então, incluí-lo nos debates e nos juízos constitucionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Diálogos Constitucionais; Jurisdição Constitucional; Direito Constitucional.

### 1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário no Brasil, especialmente o Supremo Tribunal Federal (STF), teve pouca ou nenhuma participação e atuação em casos de grande desacordo moral antes de 1988. Com a redemocratização do país, o Supremo conseguiu alcançar a posição de guardião da constituição e a segurança de sua independência judiciária<sup>1</sup>. A partir de então é facilitado por diversos fatores, tais como a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a universalização do acesso à justiça<sup>2</sup>, a Corte passou a demonstrar um posicionamento ativo em questões moralmente relevantes. Essa atuação do STF, e também de outras

---

<sup>1</sup> Rodrigo Brandão, *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017), 110-177.

<sup>2</sup> Loiane Prado Verbicaro, "Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil," *Rev. direito GV*, vol.4, n.2, (2008): 390.

instâncias do Judiciário, tem gerado forte debate acerca de qual instituição é mais apta a responder corretamente casos controvertidos.

As propostas de Supremacia Judicial e Legislativa, ainda que opostas, possuem um ponto em comum: enaltecem a instituição que consideram melhor, ignorando todos os argumentos que os críticos fazem ao seu escolhido<sup>3</sup>. Em contrapartida a esses posicionamentos, tem crescido o número de adeptos à Teoria dos diálogos constitucionais<sup>4</sup>, concebida no Canadá por Peter Hogg e Alison Bushell (1997). Esses autores propõem, em síntese, que as decisões do Judiciário não constituem um “veto sobre a política da nação, mas sim o início de um diálogo sobre a melhor forma de conciliar os valores constitucionais com a realização de políticas sociais e econômicas em benefício da comunidade como um todo”<sup>5</sup>. Os autores canadenses, portanto, entendem que os veredictos judiciais podem ser questionados pela via legislativa, rejeitando, inclusive, as críticas à legitimidade democrática da Suprema Corte<sup>6</sup>.

Contudo, tais propostas ainda deixam a participação popular à margem desse diálogo, não tecendo formas de inserção do povo nas discussões constitucionais. Nesse sentido, o autor Miguel Godoy, em sua Tese de Doutorado recém-publicada, busca enfatizar a importância da participação pública nos debates acerca do significado da Constituição<sup>7</sup>.

Feitas essas observações iniciais, cabe definir o objetivo do presente artigo que, partindo das ideias de Godoy, busca refletir e problematizar a Teoria dos diálogos constitucionais. Para tanto, expõe-se a referida Teoria com mais detalhes, sem fugir das críticas que lhe foram feitas<sup>8</sup>, e observa-se como esse conceito pode ser vislumbrado no Brasil. Por fim, critica-se um diálogo constitucional que não possua o povo inserido em seu seio, mas também se critica a sua inserção de forma descolada da realidade. Da mesma forma que Roberto Brandão, em “Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?”, almejou analisar a teoria dialógica e sua recepção no Brasil<sup>9</sup>, este artigo pretende ater-se à realida-

<sup>3</sup> Corando Mendes discorre detalhadamente sobre as críticas e elogios tecidos por cada uma das correntes. Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. (São Paulo: Saraiva, 2011).

<sup>4</sup> Dentre eles temos os autores tupiniquins que serão abordados ao longo do artigo: Conrado Hübner Mendes, Miguel Gualano de Godoy e Rodrigo Brandão.

<sup>5</sup> Peter W. Hogg and Allison A. Bushell, “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All),” *Osgoode Hall Law Journal*, vol.35, n.1 (1997): 105.

<sup>6</sup> Hogg and Bushell, “The Charter”, 105.

<sup>7</sup> Miguel Gualano de Godoy. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. (Belo Horizonte: Fórum, 2017.)

<sup>8</sup> Nesse sentido ver: Christopher P. Manfredi and James B. Kelly. “Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell,” *Osgoode Hall Law Journal*, vol.37, n.3, (1999).

<sup>9</sup> Brandão em diversos momentos de seu livro enfatiza que o objetivo de sua pesquisa é “extrair conclusões pertinentes à nossa realidade”.

de da sociedade brasileira e às reais possibilidades de existência de um diálogo entre Legislador x Juiz x Povo.

## 2. EXPANSÃO DA ATUAÇÃO DO STF

Antes de 1988 o Brasil alternou entre período democráticos (1891/1930 e 1946/1964) e períodos autoritários (1930/1945 e 1964/1988), sendo que nos primeiros o país era governado pelas elites conservadoras que influenciavam na manutenção de uma Jurisprudência desigual no STF e que não atendia aos direitos fundamentais. Enquanto que nos momentos autoritários, o Poder Executivo agigantava-se de tal modo que qualquer decisão da Suprema Corte que lhe fosse contrária faria com que reagisse imediatamente, inclusive, realizando graves ataques institucionais à Corte<sup>10</sup>.

Somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil conseguiu garantir condições que facilitariam a atuação da Suprema Corte sem que esta corresse o risco de ser frontalmente atacada e contrariada. Nesse sentido, Loiane Verbicaro e Rodrigo Brandão apresentam diversos fatores que proporcionaram a expansão da atuação do STF.

Quanto às condições políticas, a CR trouxe à tona uma ordem democrática combinada com a separação dos poderes. Isso permitiu ao Judiciário atuar de forma independente, sem interferências externas, combinada com uma divisão das atribuições e fragmentação do poder, legitimaram-no e o autorizaram a agir como barreira na atuação discricionária do Legislativo.

Brandão dá ênfase ao “sistema de governo presidencialista, o sistema eleitoral proporcional com lista aberta para os Legislativos federal, estadual e municipal e o federalismo” como condições que fragmentaram de tal forma o Poder Executivo que seria impossível a atuação dos períodos autoritários retornar<sup>11</sup>. Nesse sentido, Loiane Verbicaro, ainda em 2008, faz análise detalhada da desproporcionalidade da representação política no Brasil, que prejudica a execução de políticas públicas pelo governo, gerando um vácuo que é, em geral, preenchido pelo Judiciário<sup>12</sup>.

Por outro lado, a Constituição de 1988 trouxe um conjunto de normas abertas, programáticas e indeterminadas, o que gera grande margem interpretativa para o julgador criar direito. Desvincula-se, pois, de um modelo formalista, oitocentista, em que todos os direitos estariam abarcados pelo ordenamento, não existindo brechas pelas quais o Judiciário pudesse decidir. Depreende-se disso que a separação dos poderes, por mais que persista e seja

<sup>10</sup> Brandão, *Supremacia judicial*, 111-147.

<sup>11</sup> Brandão, *Supremacia judicial*, 148-153.

<sup>12</sup> Brandão, *Supremacia judicial*, 143-158. Ver também: Verbicaro, *Um estudo*, 401-403.

uma das características principais, não é tão rígida a ponto de transformar o Juiz em mero reproduzidor de normas. Há margem para interpretação, há espaço para relativização e criação do direito no caso concreto<sup>13</sup>.

O sistema misto de controle de constitucionalidade criado com a Emenda Constitucional n. 16/1965, que combina o modelo concentrado e abstrato europeu com o modelo incidental e difuso estadunidense, mantido com a CR/1988 e somado à ampliação do rol de legitimados, para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, permite que, praticamente, qualquer questão relevante venha a ser decidida no STF.

Com isso o Judiciário se torna uma nova arena política para os vencidos na deliberação do Congresso Nacional<sup>14</sup>. Contudo, Verbicaro ressalta que os Legisladores vencidos “*não estão autorizados a converter o Tribunal Constitucional em uma terceira ‘Casa Legislativa’, capaz de reverter as decisões tomadas na arena majoritária, mas não acatadas pela minoria parlamentar vencida*”<sup>15</sup>.

Loiane Verbicaro e Rodrigo Brandão ainda analisam diversos outros fatores internos que possibilitaram a expansão do Judiciário no Brasil, tais como a hipertrofia legislativa, a possibilidade de o Poder Executivo editar Medidas Provisórias, o constitucionalismo brasileiro da efetividade, dentre outros que, embora importantes para o objeto do presente artigo, não podem ser abordados de forma minuciosa<sup>16</sup>.

Por fim, tem-se que a expansão da atuação do STF ao decidir questões constitucionais relevantes está intimamente ligada às mudanças trazidas pela Constituição de 1988. Ademais, a experiência dos vizinhos do Brasil revela que a judicialização da política depende de muitos fatores que – combinados – proporcionam a expansão do Judiciário. Portanto, mesmo as características mais importantes, como a democracia, não são suficientes por si só para garantir o ativismo judicial<sup>17</sup>.

### 3. SUPREMACIA JUDICIAL *VERSUS* SUPREMACIA LEGISLATIVA

A quem cabe a última palavra sobre o que diz a constituição? Esta pergunta, nas últimas décadas, levou muitos teóricos a tecerem diversas teorias

<sup>13</sup> Verbicaro, “Um estudo,” 394-397.

<sup>14</sup> Brandão, *Supremacia judicial*, 153-154.

<sup>15</sup> Verbicaro, “Um estudo,” 398.

<sup>16</sup> Para mais, ver: Brandão, *Supremacia judicial*, 148-177; and Verbicaro, “Um estudo,” 393-403.

<sup>17</sup> Nesse sentido, Rodrigo Yepes em “A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos”, *Sur, Rev. int. direitos human*, vol.4, n.6 (2007): 52-69 revela que, embora a Colômbia fosse uma democracia e não tenha passado por ditaduras militares a Corte Constitucional só conseguiu exercer um controle de constitucionalidade efetivo a partir da Constituição de 1991. Antes disso, o país passou por 42 anos de instabilidade política, com o uso abusivo do estado de sítio e regimes de exceção (destes 42 anos, 35 transcorreram sob estado de sítio).

como respostas, dentre elas cabe expor, ainda que brevemente, a Supremacia Judicial e a Supremacia Legislativa, revelando conceitos, posições doutrinárias e argumentos.

Como a própria nomenclatura já sugere, cada uma das teorizações busca valorizar um dos agentes institucionais como o mais apto para trazer as melhores respostas. Por um lado, o Legislativo seria o agente capaz por estar exposto à responsabilização pública (*accountability*), em contraposição ao Judiciário, instituição que poderia ser considerada mais apta em decorrência de seu isolamento político. Temos, deste modo, defensores tanto da competência do Judiciário para resolver casos controvertidos, como defensores do Legislativo.

Antes de avançar no tratamento da doutrina da Supremacia Judicial, cabe diferenciá-la de judicialização da política e do ativismo judicial. Segundo Rodrigo Brandão, a supremacia judicial exige que o Judiciário tenha a última palavra sobre o sentido da constituição, sendo aceitável que o legislador tenha a primeira<sup>18</sup>.

Estefânia Barboza e Katya Kozicki<sup>19</sup>, professoras de Direito na Universidade Federal do Paraná, explicam que a judicialização da política é, na verdade, uma transferência das decisões do Poder Legislativo e Executivo acerca das políticas públicas. Ativismo Judicial, por outro lado, resume-se em o “*quanto seus juízes estão dispostos a desenvolver o direito*”<sup>20</sup>. O ativismo não se confunde com uma ideia de um Judiciário agigantado, que busca atropelar vereditos Legislativos e Executivos e impor-se no cenário nacional, mas em uma disposição a responder às questões morais que são colocadas diante de si<sup>21</sup>. A Supremacia Judicial também difere do monopólio, pois este significa que a voz do Judiciário é a única para definir a constituição<sup>22</sup>.

Brandão ainda apresenta três conceitos para a Supremacia Judicial: formal, material e em sentido amplo. O primeiro significa que uma decisão da Corte somente pode ser alterada por emenda constitucional, o segundo consiste em enorme dificuldade prática para reverter uma decisão da Corte e, o último, assemelha-se a uma judicialização da política, pois significa uma hiperconstitucionalização e hiperjudicialização em que a maioria dos conflitos políticos torna-se judicial<sup>23</sup>.

Conrado Hübner Mendes apresenta diversos argumentos a favor do Judiciário e contrários ao Legislador, cabendo citar alguns deles para permear a

<sup>18</sup> Brandão, *Supremacia Judicial*, 20.

<sup>19</sup> Estefânia Maria de Queiroz Barboza and Katya Kozicki, “Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas,” *Rev. direito GV*, vol.8, n.1, (2012): 59-85.

<sup>20</sup> Barboza and Kozicki, “Judicialização da política”, 79.

<sup>21</sup> Barboza and Kozicki, “Judicialização da política”, 60-65.

<sup>22</sup> Brandão, *Supremacia Judicial*, 20.

<sup>23</sup> Brandão, *Supremacia judicial*, 323

discussão. Para a Supremacia Judicial, juízes e cortes possuem melhores condições para responder determinadas questões, pois são agentes externos e imparciais que buscam proteger direitos fundamentais contra ataques da maioria. O legislador, por outro lado, possui diversas falhas representativas e sua atuação está muito mais destinada à uma audiência externa – objetivando à reeleição – do que propriamente uma discussão profunda acerca dos direitos fundamentais. Ademais, a regra da maioria é falha, pois trata as preferências políticas de modo estático, concomitantemente à produção de um resultado arbitrário<sup>24</sup>.

É facilmente perceptível, portanto, que a Supremacia Legislativa apregoa para si a competência de dizer o sentido da constituição, inclusive o de ter a última palavra sobre o seu significado. Segundo este posicionamento, as eleições conferem certa responsabilização aos eleitos, ainda que mínima. Porém, essa representatividade democrática estaria ausente no Judiciário, assim como a imparcialidade e o distanciamento político<sup>25</sup>. Nesse passo, Brandão argumenta que a citada Supremacia faz uso do modelo atitudinal para criticar a atuação do Judiciário que, em síntese, propõe que os juízes não tomam seus posicionamentos tendo como guia o direito, mas sim suas preferências ideológicas<sup>26</sup>.

Tais visões acerca da resposta para a pergunta do início do tópico parecem falhar em alguns pontos. Primeiramente, é falho considerar que a Jurisdição Constitucional é dúbia: “à *uma instituição tudo, à outra, nada*”. Em segundo é ao posicionar-se, cada uma das doutrinas, de forma excessivamente otimista em relação ao intérprete escolhido, supervalorizando todas as suas capacidades e desmerecendo qualquer vantagem da outra instituição. Da mesma forma que o Juiz não pode ser visto como um “*heróico e impassível defensor dos direitos fundamentais*” o legislador não pode ser tido como “*virtuoso e de espírito público*”<sup>27</sup>, pois “*nem a lei representa necessariamente a vontade majoritária, nem decisões de inconstitucionalidade são necessariamente contramajoritárias*”<sup>28</sup>.

## 4. DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS

### 4.1. Introdução

As visões expostas anteriormente não merecem mais os holofotes. Por isso, o jurista deve pensar em novos meios de responder à pergunta de quem deve ter a última palavra sobre a constituição. Conrado Mendes afirma que

<sup>24</sup> Mendes, *Direitos fundamentais*, 70-88

<sup>25</sup> Mendes, *Direitos fundamentais*, 92-103.

<sup>26</sup> Brandão, *Supremacia Judicial*, 254.

<sup>27</sup> Mendes, *Direitos fundamentais*, 104.

<sup>28</sup> Brandão, *Supremacia Judicial*, 255.



não há sistema que garanta procedimentos justos ou mesmo instituição infalível, por isso mesmo seria prudente vincular ambas as instituições para que, no uso de suas capacidades, possam construir, juntas, a melhor resposta para os problemas que venham a surgir.

É certo que apenas essas constatações não são suficientes para construir uma teoria dialógica, até porque, por vezes, a relação entre Judiciário e Legislativo é conflituosa – e não amistosa. Contudo, é importante pensar se existem e quais seriam os meios de possibilitar a construção de uma resposta mais consistente para as questões de amplo desacordo moral. Por fim, não é sábio que se garanta o poder de detentor da última palavra à uma instituição simplesmente por sua posição institucional. A decisão que diz o sentido da Constituição deve fundamentar sua vinculação em seu conteúdo, em seu amplo debate, deliberação e participação e não meramente no órgão emissor.

É para isso que o presente artigo se propõem: através de uma pesquisa doutrinária estrangeira, e principalmente nacional, fazer uma releitura acerca da possibilidade de aplicação da Teoria dos diálogos constitucionais pelas cortes brasileiras. No sentido de que a construção não seja meramente teórica ou alienígena, desvinculada do desenvolvimento histórico nacional, mas que pretenda enxergar as reais possibilidades e usos da própria teoria no Brasil.

Por fim, tem-se como premissa para as críticas tecidas que um diálogo genuíno não pode ser fruto de uma imposição normativa e que não haverá diálogo constitucional se não for facultado ao principal interessado nas questões debatidas a possibilidade de participar da discussão e das decisões.

#### 4.2. Os diálogos no Canadá

Em 1997 Peter Hogg e Allison Bushel, respectivamente, professor e aluno na Osgoode Hall Law School of York University em Toronto, no Canadá, publicaram um importante artigo, onde analisaram diversos vereditos de inconstitucionalidade da Corte Suprema do Canadá. Os autores concluíram que 80% das decisões geraram uma sequência legislativa, a maioria em menos de dois anos. Isso significa que a decisão da Corte cria a possibilidade de interação institucional e não funciona como uma palavra final, o que demonstra ser plenamente possível a abertura de um diálogo acerca do tema<sup>29</sup>.

Os autores explicam que quando uma decisão revoga ou modifica uma ação legislativa, provoca-se um debate público em que os valores discutidos tomam um papel proeminente. Como a discussão é ampliada para outros setores da sociedade, o legislativo, órgão competente para atuar nos processos

<sup>29</sup> Brandão, *Supremacia Judicial*, 336-37.

dialógicos, pode responder de modo mais amplo e completo que o judiciário. Segundo eles, é fundamental para a existência de um diálogo a possibilidade de reversão da decisão pela via legislativa, pois sem sua existência não é possível viabilizá-lo<sup>30</sup>.

Os juristas da Osgoode Hall Law School entendem o diálogo constitucional como uma resposta do Legislativo ao Judiciário, não se caracteriza, necessariamente, em uma reversão da decisão dos juízes. Portanto, é possível que o Legislador não enfrente o Judiciário buscando reverter totalmente o já decidido, mas que altere o seu projeto inicial, sempre observando o contraditório do processo judicial<sup>31</sup>. Essa concepção, como se verá adiante, foi duramente criticada por Christopher Manfredi e James Kelly, que entendem o diálogo como uma rejeição, pelo Legislativo, da decisão judicial<sup>32</sup>.

Haveria, segundo os precursores da teoria dialógica, quatro facilitadores dos processos dialógicos no Canadá: as Seções 1 e 33 da Carta Constitucional – computando os dois primeiros – e a existência de direitos qualificados e de igualdade – computando os dois últimos<sup>33</sup>. A doutrina nacional, em geral, tem conferido maior destaque à análise das seções 1 e 33, dada sua maior discrepância em relação ao ordenamento brasileiro. A Seção 1 sujeita os direitos fundamentais aos limites razoáveis prescritos por lei e a Seção 33 permite à autoridade legislativa competente criar uma lei (ou reeditá-la) que colida com direitos fundamentais sem a interferência dos tribunais<sup>34</sup>.

Brandão discorda de Hogg e Bushell ao se referir à Seção 33, pois enquanto para estes a Seção 33 pode impor a visão da maioria e, posteriormente, ser revertida – como foi o caso de *Ford v. Quebec*, em 1988<sup>35</sup>, para o autor brasileiro a referida seção trata-se de uma “*piscina suja*”, destinada a manter uma supremacia legislativa ao permitir que seus atos violem direitos fundamentais<sup>36</sup>. Nessa linha, os autores citados concordam que a cláusula foi pouco utilizada justamente devido ao seu alto custo político.

Os autores de Osgoode, ao cabo de seu artigo, revelam que desejam também defender a atuação do judiciário, pois reconhecem que há “*algumas circunstâncias em que o tribunal terá a última palavra*”, especificamente quando o objetivo da lei é inconstitucional e as forças políticas impedem a ação legislativa ou nos casos em que a seção 1 não se aplica<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> Hogg and Bushell, “The Charter,” 79-82.

<sup>31</sup> Hogg and Bushell, “The Charter,” 79-82.

<sup>32</sup> Godoy, *Devolver a constituição*, 159.

<sup>33</sup> Hogg and Bushell, “The Charter,” 82.

<sup>34</sup> Hogg and Bushell, “The Charter,” 83-84.

<sup>35</sup> Hogg and Bushell, “The Charter,” 83-84.

<sup>36</sup> Brandão, *Supremacia Judicial*, 298-299.

<sup>37</sup> Hogg and Bushell, “The Charter,” 92.

Em vista disso, extrai-se o principal da ideia de Hogg e Bushell: as decisões do Tribunal quase sempre deixam espaço para uma resposta, qualquer legislação é um exemplo de resposta formadora do diálogo e nela a decisão judicial deve ser observada pelo legislativo. Portanto, a crítica dos direitos fundamentais da Carta Constitucional como limite ao legislador, com base em violação da legitimidade democrática, não pode ser sustentada, pois o *judicial review*, verificador da referida violação, não é um veto à deliberação democrática, mas o início de um debate com vistas a conciliar diferentes interesses<sup>38</sup>.

Certamente, Hogg e Bushell encontraram oposição no Canadá à respeito de sua teoria dialógica. Neste sentido, cabe apresentar o diálogo travado entre os teóricos já apresentados e Manfredi e Kelly, professores de Ciência Política na McGill University no Canadá. Estes autores concordam que o Judiciário e o Legislador possam dialogar produtivamente sobre o significado dos direitos e das igualdades protegidos pela Carta Constitucional, contudo entendem que o diálogo previsto na Carta é muito mais complexo e menos extenso do que o relatado pelos juristas da Osgoode Hall Law School<sup>39</sup>. Para tanto, questionam os dados empíricos trazidos pelos autores, afirmando que muitas das respostas do legislativo seriam, na verdade, apenas uma conformidade do órgão para com a decisão judicial e concluem que apenas 33% dos juízos analisados por Hogg e Bushell constituíram um diálogo genuíno<sup>40</sup>.

Pela via normativa, afirmam que Hogg e Bushell consideram o judiciário como o detentor da interpretação correta da Carta, pois o legislativo deveria sempre observar suas decisões ao proferir suas respostas. Por fim, e no mesmo sentido, sustentam que apenas incorporar uma interpretação judicial na resposta legislativa não enfrenta o monopólio interpretativo judicial<sup>41</sup>.

Em réplica, Hogg reanalisa alguns casos para responder as críticas empíricas e para contrapor-se às críticas normativas elabora que não há nada de ilícito em esperar que o legislativo siga as interpretações judiciais, pois nenhum valor democrático é derrotado quando, concomitantemente, uma liberdade civil é respeitada. Afirma, também, que não defende o monopólio da interpretação judicial, pois os posicionamentos do tribunal geralmente recebem uma resposta. Por outro lado, concorda que quando o legislativo apenas ratifica uma decisão tomada pelos juízes é complicado sustentar a existência de um diálogo, porém junto a isso sustenta que o legislativo possui liberdade de escolha sobre como irá proceder quando deparado por uma decisão judicial<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Hogg and Bushell, "The Charter," 105.

<sup>39</sup> Manfredi and Kelly, "Six Degrees," 524-525.

<sup>40</sup> Manfredi and Kelly, "Six Degrees," 521.

<sup>41</sup> Manfredi and Kelly, "Six Degrees," 522-524.

<sup>42</sup> Peter W. Hogg and Allison A. Thomson, "Reply to 'Six Degrees of Dialogue'". *Osgoode Hall Law Journal*, vol.37, n.3, (1999): 529-536.

Os argumentos canadenses acerca dos processos dialógicos começaram em 1997 e encontrou opositores e apoiadores, permanecendo fértil. Seria possível relatar muitos autores que escreveram sobre o tema<sup>43</sup>, porém o debate acima exposto é suficiente para algumas conclusões importantes que condizem com o objetivo do artigo. São elas: (i) para a existência de um diálogo é, obrigatoriamente, necessária a existência de meios que possibilitem uma resposta dos órgãos competentes; (ii) a observância e consideração das diferentes opiniões e posicionamentos é importante para que uma resposta legislativa seja construída; (iii) diálogos constitucionais ocorrem, ainda que não haja consenso acerca de sua complexidade; (iv) o Canadá busca a construção de um diálogo constitucional há algum tempo e, mesmo assim, não existe consenso acerca de suas características, portanto, não é exigível que no Brasil exista atualmente uma cultura dialógica e de consideração mútua.

Por fim, ressalva-se que o Canadá possui um histórico de Supremacia Legislativa enquanto que o Brasil tem desenvolvido uma cultura de Supremacia Judicial, ainda que existam divergências acerca desta constatação. Dito isso, não se pode esperar que o Brasil siga os mesmos passos do Canadá ou que construa o mesmo nível de reação legislativa, como apresentado por Hogg e Bushell.

#### 4.3. As propostas pátrias de Brandão, Godoy e Mendes <sup>44</sup>

Rodrigo Brandão, Miguel Godoy e Conrado Hübner Mendes são adeptos da Teoria dos diálogos constitucionais e revelaram suas ideias em teses de doutorado que vieram a se tornar importantes livros para a pesquisa do tema. Todavia, embora os três autores sejam adeptos da teoria, cada um deles adotou um viés diferente que merece ser estudado e considerado na pesquisa.

Brandão, afirma que no Brasil não existe supremacia judicial em sentido amplo, pois existem mecanismos suficientes para reagir politicamente à uma decisão do STF<sup>45</sup>. Os principais métodos formais seriam as Emendas Constitucionais e a Legislação ordinária. Contudo, existem outros mecanismos que se destinam a constranger o Tribunal e frequentemente evitam a tomada de decisões contramajoritárias. Como exemplo, o autor cita a dificuldade de aplicação dos vereditos judiciais devido às incompreensões de seu teor e o modo de nomeação dos juízes da Suprema Corte<sup>46</sup>. Por outro lado, rejeita as propostas de

<sup>43</sup> Para tanto, ver: Rainer Knopff; Rhonda Evans; Dennis Baker; and Dave Snow. "Dialogue: Clarified and Reconsidered," *Osgoode Hall Law Journal*, vol.54, n.2, (2017): 609-644; Kent Roach. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. (Toronto: Irwin Law, 2001).

<sup>44</sup> Diante da magnitude da bibliografia dos autores não será possível esmiuçar os argumentos dos autores.

<sup>45</sup> Brandão, *Supremacia Judicial*, 404.

<sup>46</sup> Contudo, Brandão afirma que, no Brasil, o método de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal possui deficiências deliberativas. Vide: Brandão, *Supremacia Judicial*, 288-292; and 326-327.

Larry Kramer no sentido de normatizar os ataques institucionais ao Tribunal. Segundo Brandão, as Cortes devem ser independentes para defender ataques aos direitos fundamentais<sup>47</sup>.

No que diz respeito a doutrina adotada, Brandão diferencia a teoria da construção coordenada dos diálogos constitucionais e aponta a sua preferência pela segunda, pois, ainda que a superação legislativa de decisão de inconstitucionalidade seja algo complexo, é uma via para expressar a reação pública, constituindo-se, segundo ele, como uma melhor alternativa em relação aos ataques institucionais e à não implementação das determinações<sup>48</sup>.

Brandão analisou algumas decisões judiciais e tirou algumas conclusões importantes, são elas: (i) a reforma de decisão do STF através de Emenda Constitucional possibilita uma interação entre o Tribunal e o Congresso onde cada uma das instituições faz uso de suas capacidades e contribui para o resultado final<sup>49</sup>; (ii) enquanto a EC altera o texto constitucional e consequentemente o objeto de interpretação da Corte, a lei ordinária busca alterar a interpretação desta. Nesse sentido, ainda que aprovada, a lei nasce com “presunção de inconstitucionalidade”. De qualquer forma, a legislação ordinária constitui via que possibilita esta modificação do já interpretado<sup>50</sup>.

O autor não deixa de criticar certos aspectos da política nacional e não projeta uma visão romântica sob sua proposta, todavia entende que o Brasil possui um cenário fértil para o desenvolvimento das teorias dialógicas e acredita que estas irão garantir o cumprimento dos direitos fundamentais e da vontade do povo.

Entretanto, Brandão não apresenta métodos de participação popular direta, mantendo a linha de uma participação indireta, seja pela débil representação política, por meio de reação pública às decisões ou pelo apoio popular à Corte. Ademais, apesar de sugerir a adoção da democracia deliberativa como participação do indivíduo nas deliberações, parece não incluí-lo, ao menos explicitamente, nos processos dialógicos institucionais.

Nesse mesmo sentido caminha o autor paranaense Miguel Gualano de Godoy que, em sua dissertação de mestrado, já propunha uma inserção do povo nas discussões e deliberações democráticas, enquanto a Constituição apenas regeria a forma como esta participação deveria ocorrer<sup>51</sup>. Cita o autor, inclusive, práticas de democracia deliberativa funcionais, mesmo em grandes

<sup>47</sup> Brandão, *Supremacia Judicial*, 285.

<sup>48</sup> Brandão, *Supremacia Judicial*, 340; and 350-352.

<sup>49</sup> Brandão, *Supremacia Judicial*, 357-370.

<sup>50</sup> Brandão, *Supremacia Judicial*, 371-383.

<sup>51</sup> Miguel Gualano de Godoy, *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. (São Paulo: Saraiva, 2012), 110.

idades como Curitiba e Porto Alegre<sup>52</sup>. Em relação ao controle de constitucionalidade já afirmava em 2012 que deveria ser promovida a ampliação do processo democrático. A atuação do STF, portanto, deveria ser excepcional: promover um diálogo institucional e a inclusão de todos os interessados<sup>53</sup>.

Provavelmente inspirado por suas pesquisas no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Godoy pesquisou em seu Doutorado sobre os fundamentos da Supremacia Judicial, refutando-a e propondo um diálogo institucional que fosse mais aberto às opiniões públicas<sup>54</sup>.

Ao contrário de Brandão, que analisou a história constitucional brasileira e a possibilidade de reação às determinações judiciais para afastar a presença da Supremacia Judicial no país<sup>55</sup>, Godoy tenta desconstruir as origens históricas (*Marbury versus Madison*) e normativas do controle de constitucionalidade para afirmar que a Supremacia Judicial no Brasil, ainda que reafirmada pela Suprema Corte, não passa de uma falácia<sup>56</sup>.

Godoy apresenta em seus primeiros capítulos que deseja incluir, de fato, o povo na deliberação. Para tanto, rejeita que o constitucionalismo popular coadune com ideias de ditadura da maioria mas sim que aponte para uma aproximação popular à “*casa de máquinas da Constituição*”. Um leitor despercebido entenderia que, para Godoy, o único meio de inserção do povo seria uma reforma governamental, contudo não é esta a sua proposta<sup>57</sup>.

O autor entende que a reforma governamental e política são vias para permitir a participação popular<sup>58</sup>, contudo revela outras medidas que já são utilizadas e que permitem uma deliberação democrática e inclusiva. Portanto, Godoy não enseja, necessariamente, uma inserção radical do povo na discussão, mas que se pensem nas medidas funcionais e em novas que possam produzir efeitos úteis.

A sua proposta de diálogo constitucional vem munida de uma análise das virtudes ativas e passivas dos juízes e das capacidades institucionais do Judiciário e do Legislativo. Para tanto, não escolhe uma teoria dialógica em específico, mas unifica algumas teorias a fim de alcançar um produto da relação entre o empirismo – análise das capacidades institucionais, por exemplo – e normativismo – normatização de métodos dialógicos<sup>59</sup>. Godoy não aponta

<sup>52</sup> Godoy, *Constitucionalismo e democracia*, 120-131.

<sup>53</sup> Godoy, *Constitucionalismo e democracia*, 134-151.

<sup>54</sup> Miguel Gualano de Godoy, *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. (Belo Horizonte: Fórum, 2017).

<sup>55</sup> Rodrigo Brandão, *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017).

<sup>56</sup> Godoy, *Devolver a constituição*, 45-104.

<sup>57</sup> Godoy, *Devolver a constituição*, 104-112.

<sup>58</sup> Godoy, *Devolver a constituição*, 104-112.

<sup>59</sup> Godoy, *Devolver a constituição*, 149-174.

nem mesmo para uma última palavra provisória, por outro lado, rejeita a ideia de última palavra e entende o diálogo como uma construção coordenada, conjunta e colaborativa<sup>60</sup>.

Quanto à participação popular nos diálogos, o jurista paranaense, sugere que esta ocorreria através da inclusão do povo no debate durante a formação de uma nova lei e, principalmente, por meio das audiências públicas e admissões de *amicus curiae*.

Contudo, a análise detalhada das decisões do STF que fizeram uso das audiências públicas e *amicus curiae* revelou que sua relevância nos votos tem sido marginal. Com efeito, os juízos são mais individuais do que compartilhados com os interessados nas discussões. A constatação que se faz é que, embora existam meios de integração do povo no debate, estes são ineficazes para incluí-lo de fato nos processos de tomada de decisão. Contudo, a causa não estaria totalmente perdida, pois nos casos em que há participação pública na criação de leis, quando permitida, os resultados produzidos são aprazíveis<sup>61</sup>.

Independentemente, a pesquisa de Godoy revela a importância dos processos dialógicos para que as decisões sejam tomadas de forma inclusiva e participativa. Ademais, explicita a importância da participação popular nestes diálogos, tendo o povo como mais um intérprete acerca do significado da constituição. Contudo, Godoy não apresenta outros meios para realizar essa inserção, parecendo aceitar, silenciosamente, as medidas ineficazes que têm sido utilizadas. Como o próprio autor relata “o STF não é uma corte dialógica, mas um tribunal que se vale de instrumentos dialógicos”<sup>62</sup>.

Conrado Hübner Mendes, também não traz nenhuma proposta de inclusão popular nos veredictos constitucionais, porém a sua tese de doutorado é de extrema relevância para aquele que deseje estudar a teoria dialógica e entender as críticas construídas à Supremacia Judicial e Legislativa. Aliás, é importante também conhecer as rejeitadas noções de guardião entrincheirado e guardião acanhado, inclusive visualizar a união da teoria dialógica com as virtudes ativas e passivas de ambas as instituições<sup>63</sup>.

A pesquisa referida de Mendes ainda não analisa a historicidade do desenvolvimento do Judiciário no Brasil, como o fez Roberto Brandão, tampouco estuda o desenvolvimento do *Judicial Review* nos Estados Unidos, como Miguel Godoy. Mendes se propõe a expor as virtudes e defeitos de cada poder, expondo as visões da Supremacia Judicial e Legislativa, dando ênfase à observação de que

<sup>60</sup> Godoy, *Devolver a constituição*, 84-97.

<sup>61</sup> Godoy, *Devolver a constituição*, 181-208.

<sup>62</sup> Godoy, *Devolver a constituição*, 206.

<sup>63</sup> Conrado Hübner Mendes. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. (São Paulo: Saraiva, 2011).

cada uma delas defende uma determinada instituição e condena outra. A partir disso, analisou como a separação dos poderes contribui para um diálogo entre os legislativo e judiciário.

Por meio da descrição dos argumentos a favor e contra de juízes, cortes e legisladores, conclui-se da leitura de Conrado que não há, entre os agentes, maior ou menor capacidade para discutir questões constitucionais. Na verdade, ambos possuem diversas qualidades que, se usadas em conjunto, podem contribuir para o alcance de uma decisão justa. Por isso, os poderes não devem se sobrepor, mas atuar em conjunto em busca da resposta.

Dessa forma, não há uma última palavra incontroversa acerca das questões constitucionais, pois nessas matérias não se pode afirmar algo de forma definitiva no tempo. As decisões que definem o sentido da Constituição são, na verdade, uma última palavra provisória acerca do tema. São provisórias, pois o tempo pode revelar que os juízos foram equivocados ou mesmo devido à possibilidade de sua reversão<sup>64</sup>.

Contudo, da mesma forma que as instituições possuem virtudes, possuem também falhas que devem ser consideradas. Assim, é aceitável que as decisões em algum momento se equivoquem e, por isso mesmo, é importante que sejam provisórias. Perpetuar-se uma decisão incorreta apenas porque o órgão que a decidiu é o detentor da última palavra parece absurdo. Portanto, para Conrado Mendes, a última palavra provisória alcançada por meio do diálogo transmite, também, uma ideia de errar por último.

O autor entende que a separação dos poderes cria um arranjo de flexibilidade *a priori* no controle de constitucionalidade, mas que não há uma definição própria do poder atribuído à revisão judicial. Nesse sentido, os limites de atuação dos poderes e sobre como devem agir, se passiva ou ativamente, surgirá no caso concreto, com o decorrer do tempo<sup>65</sup>. Conrado considera também que a interação entre os poderes pode, eventualmente, ser adversarial, porém essa forma de relação seria prejudicial ao debate. Contudo, afirma que a interação entre os poderes é consequência da estrutura institucional e da separação dos poderes, o que determina que ela somente seja inviabilizada caso os poderes insistam para que assim o seja, colocando em disputa a última palavra<sup>66</sup>.

Partindo da provisoriedade das determinações, cada decisão que constitui uma última palavra é apenas o fim de uma rodada procedimental, transmitindo uma ideia de provisoriedade e continuidade no tempo. Com uma nova rodada procedimental e novas interações deliberativas construir-se-ia uma nova última palavra provisória.

<sup>64</sup> Mendes, *Direitos fundamentais*, 208-213.

<sup>65</sup> Mendes, *Direitos fundamentais*, 203-208.

<sup>66</sup> Mendes, *Direitos fundamentais*, 208-212.



No que diz respeito a definição do guardião entrincheirado e do guardião acanhado, tem-se que o primeiro transmite a visão de que o Judiciário é a última trincheira a proteger os direitos, como um herói que irá proteger o cidadão dos excessos. Essa visão messiânica das Cortes é duramente criticada por Conrado, pois mistifica o Judiciário e o torna alguém que jamais será, um Salvador. Por outro lado, também critica essa posição hierárquica das Cortes, garantindo-lhe a última palavra, pois impede que uma cultura dialógica se desenvolva, bem como vai contra à separação dos poderes. O guardião acanhado é aquele que se posiciona sempre de modo passivo, silencioso, decide com medo ou mesmo utilizando mecanismos para não-decidir (voto-vista). Ambos não contribuem para um diálogo entre os poderes, pois o primeiro entende que é o detentor da última palavra e que possui o monopólio sobre a constituição e o outro, prefere afastar-se da discussão e não cumpre seu papel dentro da separação dos poderes<sup>67</sup>.

Após a análise de alguns casos brasileiros, distintos dos analisados por Rodrigo Brandão e Miguel Godoy, Conrado conclui que não existe um diálogo genuíno no Brasil entre o STF e o Congresso. Isso se deve, inclusive, pela cultura enraizada do guardião entrincheirado no país. Independentemente, as instituições argumentam entre si de alguma forma e, até certo ponto, consideram os argumentos contrários<sup>68</sup>. Todavia, o STF e o Congresso devem contribuir como instituições na interação deliberativa e, conforme o caso, aplicar as suas diferentes virtudes de modo prudencial para construir uma decisão final, porém provisória e justa<sup>69</sup>.

#### 4.4. Posicionamento final e crítica histórica

Conrado Mendes acerta quando afirma que a divisão entre Legislativo *versus* Judiciário coloca um ônus muito pesado sob cada instituição, criando dificuldades democráticas para construir uma resposta. Por outro lado, como atestam Godoy e Brandão, não há fundamento constitucional para conceder a última palavra sobre o sentido da Constituição ao Judiciário, mesmo que esta última palavra seja meramente formal. Não parece haver sentido falar em última palavra do STF quando outra instituição pode revertê-la.

De qualquer forma, o diálogo existe no Brasil, como comprovam os autores, mas ainda muito incipiente, algo gestacional. Existem diversas previsões que permitem a abertura de um diálogo, como as Emendas Constitucionais, a Legislação Ordinária, a realização de audiências públicas, a

<sup>67</sup> Mendes, *Direitos fundamentais*, 252-253.

<sup>68</sup> Mendes, *Direitos fundamentais*, 232-235.

<sup>69</sup> Mendes, *Direitos fundamentais*, 205-208

admissão de *amicus curiae* etc. Porém, as Cortes continuam tomando juízos individuais e, por vezes, buscam entrincheirar-se e erguer-se como guardiões do povo<sup>70</sup>. Existe dessa forma uma relação adversarial entre as instituições o que, todavia, não impede que a competição entre as instituições produza algum fruto relevante para a teoria dialógica.

As cortes e legisladores devem avaliar a sua capacidade institucional de decidir sobre o fato e sobre quais os efeitos sistêmicos que uma decisão poderia produzir. Essa avaliação, por certo, deve estar em consonância com as capacidades ativas e passivas de cada instituição. Ou seja, Corte e Legislador devem saber quando decidir mais e quando decidir menos, quando optar pela deferência à vontade de outra instituição e quando enfrentá-la é a melhor escolha.

Apesar de tudo, como aponta Miguel Godoy, é importante a inserção do povo nos diálogos. Não se podem tratar questões moralmente relevantes totalmente afastadas do maior interessado nelas. A reação pública e/ou o suporte público às conclusões do legislador ou dos juízes são insuficientes para que o povo seja realmente inserido dentro do debate. Espera-se, assim, um movimento popular que corre o risco de nunca surgir.

Porém, diante da necessidade de participação e introdução do povo nas decisões é salutar que se faça uma leitura histórica de quais as possibilidades desse modelo concretizar-se<sup>71</sup>. Nesse sentido, reserva-se um pequeno espaço para esboçar algumas ideias de José Murilo de Carvalho e de outros autores acerca da formação da cidadania do povo brasileiro.

Segundo José de Carvalho, o cidadão pleno seria aquele que possuísse direitos civis, políticos e sociais, desenvolvidos em processo lento, gradativo e em uma sequência lógica. A cidadania na Inglaterra teria se desenvolvido a partir dos direitos civis, no século XVIII, que por sua vez, levaram à reivindicação dos direitos políticos no século XIX. Por fim, a possibilidade de deliberação permitiu com que operários fossem eleitos e se responsabilizassem pela criação dos direitos sociais<sup>72</sup>.

Após analisar diversos momentos históricos do Brasil, Carvalho aponta que a cronologia e a lógica do surgimento dos direitos civis, políticos e sociais no país foram diferentes do ocorrido na Inglaterra. Contudo, isso, por si só,

<sup>70</sup> Godoy, *Devolver a constituição*, 235-236.

<sup>71</sup> Em sentido próximo é que defende Maria Victória de Mesquita, sustentado que para superar a condição de desigualdade política e social deve se recorrer a mecanismos institucionais que propiciem a inclusão do povo. Vide: Benevides, Maria Victoria de Mesquita. *Cidadania e democracia*. Lua Nova, São Paulo, n. 33, Aug. (1994): 5-16; and Benevides, Maria Victória de Mesquita. *Cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. (São Paulo: Ática, 2000).

<sup>72</sup> José Murilo de Carvalho. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. (Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015), 16-17.

não revela que não existe um cidadão pleno no Brasil, mas que “*caminhos diferentes afetam o produto final*”<sup>73</sup>.

A pesquisa de José Murilo revela que os direitos sociais formaram a base da pirâmide no Brasil e que, em geral, constituíram uma dívida do Poder Executivo e não propriamente uma conquista popular<sup>74</sup>. Esse desenvolvimento teve como consequência um fortalecimento do Poder Executivo e um desmelecimento do Poder Legislativo. A inversão da pirâmide também trouxe como consequência um corporativismo na luta social. Remontando à Era Vargas e às diferentes concessões de direitos sociais no período, o autor conclui que atualmente o povo se divide e que a representação política não se destina a solucionar os problemas da sociedade, mas que se guia pelos interesses dos grupos que representam<sup>75</sup>.

Dentre outros argumentos citados por José Murilo de Carvalho, extrai-se que, no Brasil, a conquista dos direitos e, por consequência, a da cidadania não se deu devido a uma participação popular, pelo menos de modo substancial. As reivindicações populares nunca foram atendidas de modo completo e a conquista de diversos direitos (principalmente os sociais) ocorreu mais como uma benesse do governante e estratégia política. Ademais, atualmente os direitos sociais estão sob ameaça e os civis não se desenvolveram de forma completa<sup>76</sup>.

A pesquisa de Carvalho revela duas importantes características de nossa sociedade: a pequena participação (ou consideração) popular na conclusão de casos relevantes e o desenvolvimento infantil da cidadania brasileira. Tais características colocam dúvidas relevantes acerca da possibilidade de real inserção do povo nos referidos diálogos constitucionais.

## 5. CONCLUSÃO

A tomada de decisões em casos de grande desacordo moral, como exposto, têm sido foco de amplo debate sobre a quem compete dar a última palavra. Definir quem deve dizer o sentido da Constituição nesses casos é de extrema

<sup>73</sup> Carvalho, *Cidadania no Brasil*, 220-221.

<sup>74</sup> Essa relação do povo brasileiro com o detentor do Poder se percebe desde antes da República, como revela Caio Prado Júnior ao tratar da formação do povo brasileiro na Colônia. Segundo Caio Prado e Victor Nunes Leal, a relação o brasileiro com a república substituiu o coronelismo. Vide: Caio Prado Júnior, *Formação do Brasil Contemporâneo: Colônia*. (São Paulo: Brasiliense; Publifolha, 2000) 353-392; and Leal, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*. (Rio de Janeiro: Forense, 1948). O tema é melhor abordado por José Murilo de Carvalho em “Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma Discussão Conceitual,” *Dados*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 2, (1997).

<sup>75</sup> Carvalho, *Cidadania no Brasil*, 221-223

<sup>76</sup> Carvalho, *Cidadania no Brasil*, 208-218.

importância para o Direito Constitucional, pois define os rumos da interpretação de seu próprio objeto.

Nesse sentido, defendeu-se aqui a construção de uma Teoria Dialógica que busque mais do que definir a quem compete decidir, mas que amplie os horizontes e possibilite uma maior deliberação, discussão e participação social. Contudo, ao mesmo tempo este trabalho se afasta de visões positivistas que não conseguem enxergar a história do ambiente que as rodeia.

No presente artigo expôs-se em um primeiro momento o fenômeno de expansão da atuação do Supremo Tribunal Federal e como isso repercute em um conflito entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo acerca da voz decisória. Em seguida, apresentou-se a Teoria dos diálogos institucionais ou constitucionais desde sua gestação no Canadá até a teorização de diversos autores renomados no Brasil. Em terceiro lugar, tratou-se brevemente de algumas críticas aos posicionamentos anteriores, sendo a principal delas uma crítica histórica. Neste passo, tendo como marco teórico José Murilo de Carvalho, o autor do presente trabalho repreendeu as propostas dialógicas que se afastam da história do Brasil e que não agregam a importância de maior participação popular no juízo de questões relevantes.

Ciente da dificuldade de apresentar soluções para os problemas apresentados, o artigo tenta provocar os leitores a buscar ideias para a construção de uma Teoria dos diálogos constitucionais que inclua o povo de forma direta nas deliberações. Isso porque acredita-se que é possível reverter o cenário conflituoso entre os Poderes estatais. Entretanto, mesmo aí persiste a crítica histórica, na medida em que a inclusão do povo nas deliberações sociais deve levar em conta o histórico da conquista dos direitos civis, políticos e sociais pelo povo brasileiro.

Por fim, deve-se salientar que a opção por uma teoria dialógica não significa acreditar que a jurisdição constitucional deve ser, necessariamente, uma construção conjunta e pacífica, pois é certo que sempre haverá, em discussões de ampla relevância moral, uma politização tal que as respostas às decisões contrárias serão, frequentemente, levadas como uma disputa, um conflito. Assim, a nomenclatura Teoria dos diálogos constitucionais é mera opção acadêmica, não significando à risca o seu sentido literal.

## REFERÊNCIAS

Barboza, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_ e Kozicki, Katya. “Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas”. *Rev. direito GV*, 2012, vol.8, n.1, 59-85, <https://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000100003>

Barroso, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. (*Syn*)thesis, 2012, vol.5, n.1, 23-32, <https://doi.org/10.12957/synthesis.2012.7433>

Brandão, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Benevides, Maria Victoria de Mesquita. "Cidadania e democracia". *Lua Nova*, São Paulo, n. 33, Aug. (1994): 5-16, <https://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451994000200002>

Carvalho, Ernani Rodrigues. "Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem". *Rev. Sociol. Polit.*, 2004, n.23,127-139, <https://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782004000200011>

Carvalho, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

\_\_\_\_\_. "Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma Discussão Conceitual". *Dados*, Rio de Janeiro, v.40, n.2, (1997), <https://dx.doi.org/10.1590/S0011-52581997000200003>

Cremonese, Dejalma. "A Difícil Construção da Cidadania no Brasil". *Rev. Desenvolvimento em Questão*, Editora Unijuí, ano 5, n. 9, (jan./jun 2007): 59-84, <https://doi.org/10.21527/2237-6453.2007.9.59-84>

Godoy, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

\_\_\_\_\_. *Marbury versus Madison: uma leitura crítica*. Curitiba: Juruá, 2017.

Hogg, Peter W. e Bushell, Allison A. "The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)". *Osgoode Hall Law Journal*, 1997, vol.35, n.1, 75-124, <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>

\_\_\_\_\_. "Reply to "Six Degrees of Dialogue"". *Osgoode Hall Law Journal*, 1999, vol.37, n.3, 529-536, <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol37/iss3/2>

Knopff, Rainer; Evans, Rhonda; Baker, Dennis; e Snow, Dave. "Dialogue: Clarified and Reconsidered". *Osgoode Hall Law Journal*, 2017, vol.54, n.2, 609-644, <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol54/iss2/16>

Leal, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*. Rio de Janeiro: Forense, 1948

Manfredi, Christopher P. e Kelly, James B. "Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell". *Osgoode Hall Law Journal*, 1999, vol.37, n.3, 513-527, <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol37/iss3/1>

Mendes, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Novais, Jorge Reis. *Em defesa do tribunal constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra, Almedina, 2014.

Prado Jr., Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo: Colônia*. São Paulo: Brasiliense; Publifolha, 2000.

Roach, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Saes, Décio Azevedo Marques de. "A questão da evolução da cidadania política no Brasil". *Estud. av.*, v. 15, n. 42, (Aug. 2001): 379-410, <https://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142001000200021>

Verbicaro, Loiane Prado. "Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil". *Rev. direito GV*, 2008, vol.4, n.2, 389-406, <https://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200003>

Victor, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 2013.

Yepes, Rodrigo Uprimny. "A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos". *Sur, Rev. int. direitos human*, 2007, vol.4, n.6, 52-69, <https://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452007000100004>

## CAPÍTULO 6

# INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO FUNDAMENTO DA PRESCRIÇÃO

*Luciano Marlon Ribas Machado*

**RESUMO:** O presente artigo tem o objetivo de examinar a segurança jurídica na atualidade constitucional como estabilizadora das relações sociais e garantidora da dignidade humana. Essa estabilidade dos direitos subjetivos manifesta-se através de diversos institutos, tais como legalidade, irretroatividade, anterioridade, isonomia e também através da prescrição. Se o Estado de Direito tem como primado a legalidade em prol da segurança jurídica, não se pode menosprezar o fato de que tal lei deve ser sempre aplicada para o futuro e em consonância com a interpretação constitucional. A prescrição vista como estabilizadora de direitos materiais encontra correspondência e é desdobrada pela lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil – que reconhece nesse instituto a perda do direito de agir ou a finalização de demandas que não têm mais sentido existir. A finalidade primordial da prescrição consiste em garantir segurança jurídica, essencial à sobrevivência do próprio direito, que deve conferir previsibilidade às relações que regula. Em atenção ao art. 8º do CPC, contido dentro das normas fundamentais do processo civil, será demonstrado que a prescrição está em consonância com os direitos fundamentais – especificamente a dignidade da pessoa humana – e que a segurança jurídica é o fundamento principal da prescrição. Este instituto aplicado com técnica processual pode gerar a razoável duração de um processo, tornar o Poder Judiciário mais eficiente na sua prestação jurisdicional se houver uma “ratio decidendi”, garantir a estabilidade de todo o sistema constitucional e afastar a eterna insegurança jurídica que sentimos quando precisamos recorrer a uma decisão estatal.

**PALAVRAS-CHAVES:** Constituição. Direitos Fundamentais. Segurança Jurídica. Prescrição.

*ABSTRACT: The present article has the objective of examining the legal certainty in the present constitutional as stabilizer of the social relations and guarantor of the human dignity. This stability of the subjective rights manifests itself through several institutes, such as legality, non-retroactivity, priority, isonomy and also through prescription. If the rule of law is based on legality in favor of legal certainty, one can not overlook the fact that such a law must always be applied for the future and in line with constitutional interpretation. Prescription seen as a stabilizer of material rights finds correspondence and is deployed by law n. 13.105, 16 March 2015 – Code of Civil Procedure – which recognizes in this institute the loss of the right to act or the finalization of demands that no longer exist. The primary purpose of prescription is to ensure legal certainty, essential to the survival of one’s own right, which should give predictability to the relations it regulates. In attention to art. 8th of CPC, contained within the fundamental rules of civil procedure, it will be shown that the prescription is in line with fundamental rights – specifically the dignity of the human person – and that legal certainty is the main ground of prescription. This institute applied with procedural technique can generate the reasonable duration of a process, make the Judiciary more efficient in its jurisdictional provision if there is a “ratio decidendi”, ensure the stability of the entire constitutional system and dispel the eternal legal uncertainty we feel when we need to resort to a state decision.*

**KEY-WORDS:** Constitution. Fundamental rights. Legal Certainty. Prescription.

## INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabelece o país como um Estado Social e Democrático de Direito que, fundamentando-se na dignidade da pessoa humana, se destina a assegurar a liberdade, a igualdade e a justiça como valores de uma sociedade pluralista e sem preconceitos, busca-se a estabilização das relações sociais e harmonização dos diversos grupos através da concretização dos princípios<sup>1</sup> constitucionais.

Para que ocorra essa acomodação dos interesses em jogo, o indivíduo precisa saber antecipadamente qual norma é vigente, o que sinaliza a lógica precedência da norma perante o fato por ela regulamentado, possibilitando que o destinatário se valha de um prévio cálculo de seu conteúdo e o cidadão também deve ter a possibilidade de compreender o conteúdo da norma, no que tange à sua clareza, calculabilidade e controlabilidade<sup>2</sup>.

Nessa perspectiva, entra em cena a segurança jurídica como conformadora das relações sociais, como descrito pelo ministro Luís Roberto Barroso ao elencar cinco conteúdos<sup>3</sup> para sua definição, a) instituições estatais com poderes, garantias e vinculadas ao princípio da legalidade; b) atos do Poder Público confiáveis; c) durabilidade e anterioridade das normas; d) comportamentos previsíveis; e e) solução isonômica para situações semelhantes.

A segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável e esta deve ter um mínimo de continuidade. Deve aplicar-se “tanto à legislação quanto à produção judicial, embora ainda não haja, na prática dos tribunais brasileiros, qualquer preocupação com a estabilidade das decisões”.<sup>4</sup>

A promoção da segurança jurídica passa pela análise de princípios, regras e conceitos para a identificação de sua natureza jurídica em uma interpretação constitucional. Soma-se a isto, o fato de cada ramo do Direito possuir um conjunto normativo para materializar “a segurança jurídica, muitas com matriz

<sup>1</sup> Humberto Ávila, “Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”. (São Paulo: Malheiros Editores, 2016), 102.

<sup>2</sup> Eduardo Sabbag, “Manual de Direito tributário”. (São Paulo: Saraiva, 2010), 184.

<sup>3</sup> “No seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a expressão segurança jurídica passou a designar um conjunto abrangente de ideias e conteúdos, que incluem: 1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; 2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; 3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; 5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas”. Luís Roberto Barroso, “Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil”, in *Temas de Direito Constitucional*. (Rio de Janeiro: Renovar, 2008), 131-166.

<sup>4</sup> Luiz Guilherme Marinoni, “Precedentes Obrigatórios”. (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016), 98.

constitucional”<sup>5</sup>, como o instituto da prescrição na teoria geral do processo e no direito processual.

A pesquisa abordará em seu capítulo inicial a segurança jurídica na ordem constitucional, analisando a divergência doutrinária sobre sua natureza jurídica.

No segundo capítulo trataremos da segurança jurídica como um direito fundamental e sua conformação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

E no último capítulo a análise da prescrição como um instrumento para afastar a insegurança jurídica e instituto hábil a estabilizar as relações jurídicas com o decurso do tempo.

## 1. SEGURANÇA JURÍDICA NA ORDEM CONSTITUCIONAL

A segurança jurídica na atualidade constitucional deve ser vista como estabilizadora das relações sociais e garantidora da dignidade humana. O valor segurança jurídica não está expressamente positivado no texto constitucional, motivo de embate entre os doutrinadores sobre o seu posicionamento em uma interpretação constitucional.

É tratada por autores de relevo como sobreprincípio por estar acima dos princípios explícitos e implícitos e ser a base da dignidade da pessoa humana. Já a corrente doutrinária divergente entende que a segurança jurídica é um subprincípio<sup>6</sup> por não estar positivada no texto constitucional e ser um corolário de outros princípios contidos na Constituição.

O professor Doutor Heleno Taveira Torres<sup>7</sup> parte da premissa que a segurança jurídica é um princípio-síntese e constrói-se da junção de princípios e garantias fundamentais, não se reduzindo aos artigos constitucionais onde consta a palavra segurança ou insegurança e nem das referências em leis esparsas.

Com o mesmo posicionamento em considerar a segurança jurídica como um sobreprincípio, Roque Carrazza discorda que esteja positivado expressamente na Constituição

<sup>5</sup> Luís Roberto Barroso, “Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil”, in *Temas de Direito Constitucional*. (Rio de Janeiro: Renovar, 2008), 131-166.

<sup>6</sup> Eduardo Sabbag, “Manual de Direito tributário”. (São Paulo: Saraiva, 2010), 185.

<sup>7</sup> Nesse sentido: “O princípio da segurança jurídica encontra-se enucleado na Constituição com a força de ser um princípio-síntese, construído a partir do somatório de outros princípios e garantias fundamentais. Apesar de referido na Constituição (‘Preâmbulo’, caput dos arts. 5º e 6º e art. 103-A da CF) e em leis esparsas, o princípio a segurança jurídica não se reduz aos enunciados normativos assinalados em cada um dos seus dispositivos, como ‘segurança’ ou ‘insegurança’. Como regra expressa, tanto se faz presente na condição de ‘direito fundamental à ordem jurídica segura’ quanto na acepção de garantia material aos direitos e liberdade protegidos, sobre os quais exerce a função de assegurar efetividade”. Heleno Taveira Torres, “Direito constitucional tributário e segurança jurídica”. (São Paulo: RT, 2012), 188.



[...] o princípio da segurança jurídica é uma das manifestações do nosso Estado Democrático de Direito, consagrado já no art. 1º da CF, e visa a proteger e preservar as justas expectativas das pessoas. Para tanto, veda a adoção de medidas legislativas, administrativas ou judiciais capazes de frustrar-lhes a confiança que depositam no Poder Público.<sup>8</sup>

Entendemos que assiste razão ao doutrinador Roque Carrazza ao posicionar a segurança jurídica como manifestação do Estado Democrático de Direito.

O STF teve, em sede de repercussão geral, no voto da ministra Ellen Gracie<sup>9</sup>, a oportunidade de demonstrar que o princípio da segurança jurídica decorre da conformação de vários princípios constitucionais e diretamente do sobreprincípio do Estado de Direito.

Assim, o melhor entendimento sobre o princípio da segurança jurídica é que mesmo não positivado expressamente na Constituição Federal, é um elemento constitutivo essencial do Estado Democrático de Direito, concretiza direitos e garantias fundamentais, legitima a dignidade da pessoa humana e é um sobreprincípio.

A segurança jurídica consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus integrantes para conservação de sua pessoa, dos direitos subjetivos e de sua propriedade. Para isso, devem ser dados mecanismos ao povo para a proteção desses direitos e limites na atuação estatal quando busca a invasão na esfera do indivíduo.

A manifestação desse princípio ocorre através de diversos institutos, tais como legalidade, irretroatividade, anterioridade, isonomia, coisa julgada e também através da prescrição.

Esse sobreprincípio pode ser entendido a partir de duas perspectivas, a) o cidadão deve saber antecipadamente qual norma é vigente, o que sinaliza a

<sup>8</sup> Roque Antonio Carrazza, "Curso de direito constitucional tributário". (São Paulo: Malheiros Editores, 2013), 470.

<sup>9</sup> Nesse sentido: "O princípio da segurança jurídica decorre implicitamente não só da sua concretização em direitos e garantias individuais expressamente contemplados no art. 5º da Constituição, como, entre vários outros, os incisos XXXV e XXXVI, mas também de outros dispositivos constitucionais e diretamente do sobreprincípio do Estado de Direito, estampado no art. 1º da Constituição, do qual se extraem, independentemente de norma expressa, garantias como a proteção da liberdade e contra a arbitrariedade, bem como de acesso ao Judiciário. José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (Almedina, 1988, p. 250), destaca "os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito". O professor Luis Afonso Heck, na mesma linha, na obra *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã* (Fabris, 1995, p. 186), ensina que "tanto o preceito da certeza jurídica como o preceito da proteção à confiança são parte constitutivas essenciais e, portanto, elementos essenciais do princípio do Estado de Direito [...]. Ambos tem índole constitucional e, assim, servem de critério normativo". BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 566621, Repercussão Geral, Relatora Min. Ellen Gracie, J. 11/10/2011.

lógica precedência da norma perante o fato por ela regulamentado, possibilitando que o destinatário da norma se valha de um prévio cálculo do conteúdo da lei; e b) o indivíduo deve, em um segundo momento, compreender o conteúdo da norma, no que tange à sua clareza, calculabilidade e controlabilidade.

Essas perspectivas garantem a ligação da segurança jurídica ao sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos de uma conduta, o que possibilita o planejamento de ações futuras<sup>10</sup>, tranquiliza o indivíduo e realiza o respeito aos direitos fundamentais. Nas palavras de Cleide Previtalli Cais, “o princípio constitucional da certeza do direito ou da segurança jurídica permite aos cidadãos o controle da discricionariedade do legislador vinculado em sua tarefa aos valores máximos para o Estado de Direito”.<sup>11</sup>

Por ser um elemento substancial do Estado Democrático de Direito e fundamento da dignidade da pessoa humana, podemos caracterizar o sobreprincípio da segurança jurídica como um direito fundamental.

## 2. A SEGURANÇA JURÍDICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Constitucionalismo é o movimento histórico, filosófico e político que propaga a limitação da atuação do Estado através de um documento formalmente aprovado que vai definir os direitos e garantias fundamentais do indivíduo e conter os excessos do ente estatal.

O ministro Luís Roberto Barroso<sup>12</sup> nos esclarece que o Estado constitucional ou Estado democrático de direito decorre da fusão de constitucionalismo e de democracia que produziram o modelo contemporâneo de constitucionalismo democrático (fórmula baseada no respeito aos direitos fundamentais e governo popular).

Contudo, nos últimos anos, o direito constitucional tem passado por transformações e evoluções, visando a concretização dos direitos fundamentais.

<sup>10</sup> Luiz Carlos Gieseler Júnior, “Do direito fundamental à segurança jurídica e a prescrição intercorrente em matéria tributária”, Dissertação (Mestrado), (Curitiba: UNIBRASIL, 2014), 8.

<sup>11</sup> Cleide Previtalli Cais, “O processo tributário”. (São Paulo: RT, 2011), 30.

<sup>12</sup> “Também referido como Estado constitucional ou, na terminologia da Constituição brasileira, como Estado democrático de direito, ele é o produto da fusão de duas ideias que tiveram trajetórias históricas diversas, mas que se conjugaram para produzir o modelo ideal contemporâneo. Constitucionalismo significa Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Democracia, por sua vez, traduz a ideia de soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. O constitucionalismo democrático, assim, é uma fórmula política baseada no respeito aos direitos fundamentais e no autogoverno popular. E é, também, um modo de organização social fundado na cooperação de pessoas livres e iguais”. Luís Roberto Barroso, “O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto”, disponível em < <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>.

O ministro Luís Roberto Barroso denomina essa evolução de doutrina brasileira da efetividade<sup>13</sup> com mudanças de paradigmas no direito constitucional, sendo a primeira no plano jurídico ao atribuir normatividade plena à Constituição; no plano científico o reconhecimento do direito constitucional como ramo autônomo; e no plano institucional um papel relevante para o Poder Judiciário na realização da Constituição e concretização dos direitos fundamentais.

A essa nova visão calcada no pós-positivismo, Barroso escreve sobre o surgimento de um conjunto de ideias identificadas como nova interpretação constitucional<sup>14</sup> para lidar com situações mais complexas, “dentre elas, a normatividade dos princípios (como dignidade da pessoa humana, solidariedade e segurança jurídica)”.<sup>15</sup> Os direitos fundamentais representam um dos principais motivos do novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo.

Nessa linha de pensamento, precisamos verificar se a segurança jurídica possui os requisitos de direito fundamental e se há uma ligação com a dignidade da pessoa humana.<sup>16</sup>

Na identificação das características para catalogar um direito fundamental, Francisco Pinto Rabello Filho entende deve estar presente a historicidade; a universalidade; a limitabilidade; a concorrência; e a irrenunciabilidade.<sup>17</sup>

Pelas características acima descritas, pode-se afirmar que a segurança jurídica cumpre todos os requisitos para conformar-se como um direito fundamental.

O ponto de ligação entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da dignidade da pessoa humana, ambos direitos fundamentais, é delineado por Humberto Ávila ao informar que não há sobreposição de um princípio

<sup>13</sup> Luís Roberto Barroso, “O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto”, disponível em < <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>.

<sup>14</sup> Luís Roberto Barroso, “O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto”, disponível em < <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>.

<sup>15</sup> Luís Roberto Barroso, “O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto”, disponível em < <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>.

<sup>16</sup> Robert Alexy, “Teoria dos direitos fundamentais”, (São Paulo: Saraiva, 2011), 355.

<sup>17</sup> Nesse sentido: “Os direitos fundamentais guardam certas características, cuja enumeração experimenta ligeira variação entre os doutrinadores, como naturalmente decorre do critério empregado para efetuar essa tarefa. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, por exemplo, apontam como características dos direitos fundamentais: (a) historicidade (tem caráter histórico, apresentando uma cadeia evolutiva), (b) universalidade (por destinados a todas as pessoas, indistintamente), (c) limitabilidade (por não serem absolutos, podendo até haver conflito entre eles), (d) concorrência (porque mais de um direito fundamental pode “acumular-se” num mesmo titular) e (e) irrenunciabilidade (embora os não exerçam, deles seus titulares não podem dispor: são irrenunciáveis)”. Francisco Pinto Rabello Filho, “O princípio da anterioridade da lei tributária”. (São Paulo: RT, 2002), 106.

sobre o outro, a segurança jurídica faz parte da formação da dignidade da pessoa humana, **é um pressuposto da dignidade e ao mesmo tempo a dignidade é fundamento da segurança jurídica**, pois sem um ordenamento jurídico estável, claro e previsível a própria vida harmônica em sociedade fica prejudicada e inviabiliza a realização plena da dignidade da pessoa humana<sup>18</sup>, ou seja, não há uma hierarquização entre ambos<sup>19</sup>. Nas palavras de Ângela Costaldello,

[...] segurança jurídica, no mais das vezes, traduz o sentimento de justiça que deve ser preservado através da manutenção de circunstâncias consolidadas, quer tenham atingido a esfera individual ou se relacionem a interesses da sociedade”.<sup>20</sup>

Em sentido contrário e limitando o princípio, a doutrinadora e professora Estefânia Maria de Queiroz Barbosa entende que a segurança jurídica é inalcançável<sup>21</sup>, o que se busca é reduzir a insegurança jurídica a índices aceitáveis e que “a segurança que se pretende ver protegida é do cidadão e não do Poder Público”.<sup>22</sup> Em uma interpretação a *contrario sensu*, o princípio da segurança jurídica não se enquadraria como um direito fundamental e nem seria um sobreprincípio.

O ordenamento jurídico persegue a segurança jurídica como um valor fundamental plasmado na universalidade, por ser destinado a todas as pessoas indistintamente ou que se relacionem com a interesses da sociedade. O direito convive com o risco, com a insegurança e se assim não fosse e o direito já apresentasse a segurança, o sobreprincípio seria desnecessário.

<sup>18</sup> Em suas palavras: “Pode parecer exagerado incluir o princípio da dignidade da pessoa humana entre os fundamentos do princípio da segurança jurídica. Uma análise mais detida, porém, revela que aquele mantém vinculação estreita com as exigências de cognoscibilidade, confiabilidade e de calculabilidade do Direito. Com efeito, esses ideais parciais que compõem o ideal maior de segurança jurídica constituem os pressupostos para a realização do ser humano: sem um ordenamento jurídico minimamente inteligível, estável e previsível o homem não tem como se autodeterminar, plasmando o seu presente e planejando o seu futuro com liberdade e autonomia. Sem essas condições, portanto, o homem não tem como definir-se como um sujeito autônomo e digno. A segurança jurídica constitui, assim, o pressuposto jurídico para a realização da dignidade humana. Em razão disso, pode-se afirmar que a dignidade humana é um fundamento indireto da segurança jurídica. Sem esta última, a dignidade, como participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, fica severamente restringida”. Humberto Ávila, “Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário”. (São Paulo: Malheiros Editores, 2011), 225.

<sup>19</sup> Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, “Novo curso de processo civil”. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017), 69.

<sup>20</sup> Ângela Cássia Costaldello, “A invalidade dos atos administrativos – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. (Curitiba: UFPR, 1998, Tese – doutorado), 33.

<sup>21</sup> Estefânia Maria de Queiroz Barbosa, “Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira”. (São Paulo: Saraiva, 2014), 237.

<sup>22</sup> Estefânia Maria de Queiroz Barbosa, “Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira”. (São Paulo: Saraiva, 2014), 241.

Na busca pela minimização dos riscos sociais, o direito apresenta mecanismos para afastar a insegurança e o princípio da segurança jurídica pode materializar-se através da prescrição, instituto que visa a estabilização das relações jurídicas com o decurso do tempo.

### 3. PRESCRIÇÃO FUNDAMENTADA NA SEGURANÇA JURÍDICA

Se o Estado Constitucional tem como primado a legalidade em prol da segurança jurídica, não se pode menosprezar o fato de que tal lei deve ser sempre aplicada para o futuro e em consonância com a interpretação constitucional.

A Constituição Federal de 1988 não faz previsão explícita sobre o direito à segurança jurídica no processo<sup>23</sup> e o Código de Processo Civil também silencia sobre esse princípio, mas é reconhecido o direito fundamental à segurança jurídica no processo em nosso ordenamento constitucional.

Como lecionam Marinoni, Arenhart e Mitiero

A segurança jurídica no processo é elemento central na conformação do direito ao processo justo.

O direito à segurança jurídica no processo constitui direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais. Ainda, a segurança jurídica determina não só segurança no processo, mas também segurança pelo processo.<sup>24</sup>

Um processo hígido será pautado pelo direito fundamental à segurança jurídica. Sob essa perspectiva, a segurança jurídica processual exige respeito à preclusão, à coisa julgada, à forma processual em geral<sup>25</sup>, ao precedente judicial<sup>26</sup> e à prescrição.

A prescrição vista como estabilizadora de direitos materiais encontra correspondência e é desdobrada pela lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil – que reconhece nesse instituto a perda do direito de agir ou a finalização de demandas que não têm mais sentido existir.

Sobre o instituto da prescrição, Orlando Gomes mostra ser um instituto de ordem pública

<sup>23</sup> Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, “Novo curso de processo civil”. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017), 521.

<sup>24</sup> Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, “Novo curso de processo civil”. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017), 521-522.

<sup>25</sup> Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, “Novo curso de processo civil”. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017), 522.

<sup>26</sup> William Soares Pugliese, “Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil”. (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016), 87.

Discute-se, ainda, seu fundamento. Alguns justificam-no como sanção à negligência do titular do direito. Sua inércia torna presumível o desinteresse. Quem se conserva inativo, deve perdê-lo (*dormientibus nos succurrit jus*). Outros, porém, explicam-na por motivos de ordem social. É a segurança do comércio jurídico que exige a consolidação das situações jurídicas pelo decurso do tempo. Trata-se, portanto, de medida de política jurídica, ditada no interesse da harmonia social. Uma vez que a prescrição se funda no interesse social da segurança do comércio jurídico, é incontestável sua natureza de instituto de ordem pública.<sup>27</sup>

A finalidade primordial da prescrição consiste em garantir segurança jurídica, essencial à sobrevivência do próprio Direito, que deve conferir previsibilidade e estabilidade **às relações que regula**.

Assim, o Poder Judiciário deve ser instrumentalizado com institutos que consigam garantir a estabilidade das discussões que chegam em busca de uma solução jurisdicional e a prescrição é um instituto que busca a minimização da demora na prestação jurisdicional.

Para Wambier, Arruda Alvim Wambier e Medina

[...] cresce no mundo moderno a preocupação com a segurança jurídica e a estabilidade das instituições jurídicas. Evidentemente, a demora da realização da prestação jurisdicional não é apenas algo contraproducente, mas, mais que isso, vai contra a própria natureza da tutela jurisdicional, de acordo com a feição que lhe foi atribuída pela Constituição Federal. É que a prestação jurisdicional tardia é fator de insegurança, na medida em que contribui para a intranquilidade do que seja, efetivamente, o sentido do Direito para os cidadãos.<sup>28</sup>

Quando o titular de determinado direito se mostra inerte em seu exercício, gera-se a incerteza, já que a existência e exigibilidade da pretensão permanecem indeterminadas. Caso se autorizasse a exigência a qualquer tempo das pretensões, criar-se-ia um ônus excessivo para as partes, que passariam a ter o dever de manter indeterminadamente em seu poder provas das relações jurídicas, o que poderia gerar insegurança jurídica e prolongamento *ad infinitum* de uma relação.

Se a demora na solução judicial é maléfica para todo o sistema processual, a finalização rápida de um demanda baseada na prescrição também pode gerar insegurança jurídica, afetar a confiabilidade e a efetividade e desestabilizar as situações jurídicas processuais.

O instituto da prescrição visa a estabilização, mas quando o magistrado declara a prescrição para se livrar de uma ou várias demandas para sanear a

<sup>27</sup> Orlando Gomes, "Introdução ao direito civil". (Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000), 496-497.

<sup>28</sup> Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, "Breves comentários à nova sistemática processual civil". (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005), 26-27.

vara judicial em que está lotado, visando atender requisitos para promoção profissional ou para cumprir metas do Conselho Nacional de Justiça, a prescrição transforma-se em instrumento perverso de insegurança jurídica.

Em um caso hipotético, se o magistrado de uma vara de executivos fiscais municipais – em Curitiba as duas varas possuem em torno de 218.000 demandas ativas – resolve extinguir aleatoriamente entre 1.000 e 2.000 executivos fiscais por semana para dar cumprimento a uma meta do CNJ que estipulou que estas varas devem baixar o volume de ações em trâmite, fundamentando sua sentença na prescrição intercorrente sem analisar as características de cada demanda, cria-se uma situação de lesão e insegurança ao Erário municipal e ao contribuinte através de um instrumento que deveria resguardar os interesses das partes para a correta solução do litígio e trazer segurança jurídica às partes.

A doutora Estefânia Maria de Queiroz Barbosa faz uma análise importante sobre a atuação do Poder Judiciário

A segurança jurídica não se realiza quando os Tribunais inferiores decidem diversamente dos Tribunais Superiores, quando turmas ou câmaras de um mesmo Tribunal decidem de modo divergente entre si.<sup>29</sup>

O magistrado que utiliza um instrumento de estabilização para finalidade diversa a que se propõe para atingir objetivo particular ou atender interesses de órgão de controle, fragiliza a ordem constitucional que busca a harmonização do ordenamento.

A prescrição é um instituto com caráter processual, mesmo estando prevista em vários diplomas materiais, e a sua efetivação e reconhecimento ocorre normalmente em um processo judicial, onde o Poder Judiciário tem a oportunidade de estabilizar as pretensões resistidas e afastar a insegurança jurídica.

Este instituto aplicado da forma que foi estruturado no ordenamento jurídico concretizará os princípios da estabilidade jurídica, da segurança jurídica, da previsibilidade e da igualdade e reduzirá a litigiosidade desnecessária<sup>30</sup> em todas as esferas do Poder Judiciário.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo procurou analisar a prescrição sob um enfoque constitucional, demonstrando que a segurança jurídica é um sobreprincípio que manifesta nosso Estado Constitucional, visa proteger e preservar as justas expectativas das pessoas,

<sup>29</sup> Estefânia Maria de Queiroz Barbosa, “Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira”. (São Paulo: Saraiva, 2014), 237.

<sup>30</sup> Estefânia Maria de Queiroz Barbosa, “Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira”. (São Paulo: Saraiva, 2014), 238.

deve ser um dos objetivos buscados pelo legislador e pelo operador do direito e é um dos fundamentos em uma interpretação constitucional da prescrição.

Em atenção ao art. 8º do CPC, contido dentro das normas fundamentais do processo civil<sup>31</sup>, que determina que na aplicação do ordenamento seja resguardada e promovida a dignidade da pessoa humana, observando os princípios da legalidade, razoabilidade e eficiência, tentou-se com o presente estudo demonstrar que a prescrição – como norma de caráter processual que é – tem o fundamento necessário para cumprir e materializar os princípios constitucionais se for adequadamente utilizada pelo Poder Judiciário.

O ordenamento jurídico foi inovado ao ser previsto nos artigos 921, §4º e 924, inciso V, ambos do Código de Processo Civil, que o autor de uma demanda que não buscar a satisfação de seu crédito dentro de um prazo determinado, terá a prescrição declarada e a demanda será extinta. Essa inércia do exequente após o ajuizamento da demanda recebeu o nome de prescrição intercorrente, legalizando entendimento doutrinário e jurisprudencial pela possibilidade de encerramento de uma demanda pela inércia do titular para evitar a eternização de processo em desfavor do réu.

A prescrição bem aplicada, com o respeito à técnica processual pode gerar a razoável duração de um processo, tornar o Poder Judiciário mais eficiente na sua prestação jurisdicional, garantir a estabilidade de todo o sistema constitucional e afastar a eterna insegurança jurídica que sentimos quando precisamos recorrer a uma decisão estatal.

Entretanto, a estabilidade e a consonância da prescrição com os direitos fundamentais, especificamente a segurança jurídica, a dignidade humana, o devido processo legal e a razoável duração do processo, só ocorrerá se as decisões das Cortes Supremas possuírem carga argumentativa consistente e delas possamos extrair a “ratio decidendi” em harmonia com a Constituição Federal e com o CPC.

De nada adiantará munir o CPC de instrumentos adequados para a prestação jurisdicional se não houver o entendimento unificado da Corte – e não mais de cada ministro como uma ilha isolada – na aplicação dos institutos processuais com vistas a alcançar a concretização dos princípios constitucionais.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 2011.

ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

<sup>31</sup> Viviane Lemes da Rosa e William Soares Pugliese, “Normas fundamentais do novo código de processo civil: considerações teórica e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório”, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, São Paulo, v. 2, n. 3, 157-175, 2016.



ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz, *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto, Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil, in *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto, *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*, disponível <http://www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 566621, Repercussão Geral, Tribunal Pleno, 11/10/2011, Relatora Min. Ellen Gracie.

CAIS, Cleide Previtalli, *O processo tributário*. São Paulo: RT, 2011.

CARRAZA, Roque Antonio, *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin e BARROSO, Luís Roberto (Organizadores), *Direito Constitucional: organização do Estado*, v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COSTALDELLO, Angela Cassia, *A invalidade dos atos administrativos - uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé*. Curitiba, 1998. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Setor de Ciências jurídicas, UFPR.

GOMES, Orlando, *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

GUIESELER JÚNIOR, Luiz Carlos, *Do direito fundamental à segurança jurídica e a prescrição intercorrente em matéria tributária*, Dissertação (Mestrado). Curitiba: UNIBRASIL, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NOVELINO, Marcelo, *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2008.

PUGLIESE, William, *Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PUGLIESE, William, *Princípios da jurisprudência*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

RABELLO FILHO, Francisco Pinto, *O princípio da anterioridade da lei tributária*. São Paulo: RT, 2002.

ROSA, Viviane Lemes da Rosa e PUGLIESE, William Soares, *Normas fundamentais do novo código de processo civil: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório*, in Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. São Paulo, v. 2, n. 3, 157-175, 2016.

SABBAG, Eduardo, *Manual de Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TORRES, Heleno Taveira, *Direito constitucional tributário e segurança jurídica*. São Paulo: RT, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia, *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

# CAPÍTULO 7

## FUNDAMENTOS DO PÓS-POSITIVISMO: UMA ANÁLISE DO “NOVO PARADIGMA DO DIREITO” DE FRIEDRICH MÜLLER

*Marcos Aragão Couto de Oliveira*

### INTRODUÇÃO

Tendo como norte da pesquisa a virada linguística filosófica aplicada na interpretação do direito, a pesquisa foi decorrente de estudos de teorias contemporâneas de direito constitucional e teoria de direito, focando especificamente nos termos e classificações de correntes supostamente opostas e definidas, principalmente no termo “pós-positivismo”, que parece ser alvo central das críticas positivistas ao crescimento do “Ativismo Judicial” no Supremo Tribunal Federal brasileiro.

O termo “pós-positivismo” aparece no Brasil como forma que substituiria o positivismo jurídico, muito comumente relacionada ao uso de princípios constitucionais nas interpretações do direito positivado. Porém, pouco se concorda sobre as origens, métodos, aplicações e limites dessa nova corrente, tornando-se um termo invocado constantemente tanto para justificar como para criticar decisões e aplicações das leis perante a nossa recente Constituição de 1988.

Apesar da expressão “pós-positivismo” ter sido apresentada por diferentes autores, dentre eles o jurista Neil MacCormick, ao investigar o uso pioneiro do termo, encontramos os estudos de Friedrich Müller, que utilizou a expressão “*nachpositivistisch*” pela primeira vez em 1967 na obra “*Juristische Methodik*”<sup>1</sup>. Mais recentemente, Müller consolidou o sentido de pós-positivismo no livro “O Novo Paradigma do Direito”, com apoio na análise das novas Constituições contemporâneas, como a Sul Africana e a Brasileira.

Constantemente citado pela doutrina e nas decisões dos tribunais pátrios, por exemplo, por influentes juristas como Humberto Ávila, Daniel Sarmiento, Eros Grau e Luis Roberto Barroso, esse artigo analisará, a partir da virada paradigmática defendida por Müller, a contribuição do autor na criação da

---

<sup>1</sup> MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódia estruturantes. 3 edição, Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo. 2013. P. 230.

expressão “pós-positivismo” e sua influência em algumas das teorias constitucionais contemporâneas.

## 2. OBJETIVO

Através da leitura do “Novo Paradigma do Direito” de Friedrich Müller o objetivo da pesquisa é entender o fundamento teórico e filosófico da metódica estruturante apresentada pelo autor. Ao comparar suas ideias com outros métodos amplamente utilizados no direito brasileiro, como o método de ponderação proposto por Robert Alexy, espera-se propor uma base mais sólida sobre o conceito, significado e consequências do “pós-positivismo” proposto por Müller, ampliando as possibilidades de debate jurídico e acadêmico que tratam sobre o assunto, mas muitas vezes utilizam o termo de formas completamente distintas, causando claros desencontros intelectuais.

## 3. METODOLOGIA

Primeiramente, serão exploradas as diversas concepções e usos do termo “pós-positivismo” nas teorias contemporâneas de direito constitucional brasileiras, fazendo um recorte das diferentes origens do termo.

Em seguida, analisaremos a importância do tema quando contextualizado com o crescente “Ativismo” do poder judiciário brasileiro, principalmente nas decisões do Supremo Tribunal Federal dos últimos anos.

A partir desses pontos, será necessário um estudo epistemológico sobre a própria questão do paradigma. Com a base no autor Thomas S. Kuhn, verificaremos a compatibilidade da teoria e metódica estruturante de Friedrich Müller como um novo paradigma do Direito.

Por fim, contemplaremos a teoria e método propostos pelo autor, à luz da virada linguística da filosofia da linguagem, explorando seus conceitos de texto e norma, e questionando se de fato existe um método a ser seguido, como acontece com a teoria de Alexy.

## 4. CONCEPÇÕES E USOS DO TERMO “PÓS-POSITIVISMO”

Termos utilizados para agrupar diferentes teorias e concepções de direito foram (e ainda são) de frequente uso no estudo de teoria do direito. Seja ao utilizar os moldes das duas “grandes escolas” do direito, o jusnaturalismo e o juspositivismo, seja para tentar identificar as diferentes correntes de teorias constitucionalistas contemporâneas (neoconstitucionalismo, anti-positivismo, pós-positivismo e etc), a frequente utilização desses termos pode vir a causar confusão no diálogo no mundo jurídico, na academia, doutrina ou até em decisões dos tribunais.

Ao classificar uma corrente teórica e indicá-la como pertencente a um desses supostos grupos é inevitável que aconteça alguma redução de sua complexidade ou características daquele trabalho. Não é à toa que ao mesmo tempo em que existe um forte esforço na identificação dos autores dentro de escolas, métodos ou grupos, é comum uma igualmente forte resistência dos autores e autoras em relação a esses títulos e classificações, pois frequentemente não concordam plenamente com uma afirmativa que sua teoria se adequa perfeitamente ao grupo apresentado. Não somente no estudo do direito, mas em todas as ciências esse tipo de conflito existirá, gerando uma eterna discussão sobre a classificação das teorias, seja com resistência dos próprios autores, seja na releitura de suas obras por estudiosos.

Esse tipo de diálogo é fruto de uma comunidade científica, sendo inevitável e possivelmente essencial para a própria produção e revisão da mesma. Porém, um mau uso desse esforço de classificar e enquadrar as teorias pode causar enormes desencontros conceituais, desvirtuando completamente alguns termos, resultando em sério prejuízo na capacidade de diálogo científico.

Um grande exemplo desse mau uso na teoria do direito foi a caricatura do positivismo jurídico criada nas últimas décadas. Não são raras as ocasiões em que o juspositivismo foi fortemente criticado, não somente por discordarem em quesitos teóricos como a validade do direito, ou do papel da interpretação do direito, mas muitas vezes foram atribuídas ao positivismo jurídico características e premissas que não condizem com a literatura contemporânea, ou até quando atribuem ao juspositivismo uma responsabilidade por ter legitimado sistemas jurídicos autoritários na história<sup>2</sup>. Ao amalgamar diferentes vertentes do positivismo (gramaticais e formais, por exemplo) com correntes contemporâneas (como a defendida por Hart), os opositores e críticos teriam criado uma figura não verdadeira e indefensível do positivismo jurídico, apontada como “um retrocesso”, “velho positivismo ortodoxo” e até “fracasso político”<sup>3</sup>. Diante dessas críticas ao positivismo jurídico, muitos autores se dedicaram à defesa dos fundamentos seculares do positivismo e justificando as bases teóricas contemporâneas, além de apontar as incoerências cometidas nesse processo de criação da caricatura, apresentando os perigos do mau uso (político) do termo e suas consequências nefastas.

Ao nosso ver, assim como sofreu o juspositivismo, o termo “pós-positivismo” também tem sido vítima do uso irresponsável de classificações e reducionismos. Apesar de muitas vezes ser utilizada como sinônimo de neoconstitucionalismo ou de anti-positivismo, sem grande fundamentação sobre as semelhanças e critérios para tal equiparação, a expressão “pós-positivismo”

<sup>2</sup> DIMOULIS, D. *Positivismo Jurídico*. Ed. Método, São Paulo: 2006. P. 48.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 48.

parece invocar um distanciamento da teoria positivista, seja pelos seus críticos que a identificam como um retorno ao jusnaturalismo, seja por quem se vincula ou utiliza-se do termo como fundamento para interpretações *contra-legem*.

Friedrich Müller é um dos autores que têm como tema o pós-positivismo, visando explorá-lo de forma científica e à luz das democracias contemporâneas, especialmente em países em desenvolvimento, como o Brasil. Assim, em um contexto mundial de transição de constituições de proclamação política para constituições normativas<sup>4</sup>, sendo o Brasil e o país África do Sul grandes exemplos desse projeto de Constituição, passou-se a questionar cada vez mais o papel da interpretação constitucional no ordenamento jurídico, com seus métodos e consequências.

(...)o que se observa atualmente é uma tendência global à adoção do modelo de constitucionalismo em que as constituições são vistas como normas jurídicas autênticas, que podem ser invocadas perante o Poder Judiciário e ocasionar a invalidação de leis ou outros atos normativos. [...] São constituições ambiciosas, que incorporam direitos prestacionais e diretrizes programáticas vinculantes, que devem condicionar as políticas públicas estatais. Ademais, elas não tratam apenas da organização do Estado e das suas relações com os indivíduos, mas também disciplinam relações privadas, enveredando por temas como economia, relações de trabalho, família e cultura.<sup>5</sup>

Esses novos textos constitucionais que causaram grandes mudanças na forma de pensar o Direito e nesse curto período pós 1988 surgiram inúmeras correntes de interpretação constitucional no Brasil, mas sem necessariamente gerar um entendimento ou convergência desses entendimentos. É o caso da expressão “neoconstitucionalismo”:

Não se olvide que aquilo que a doutrina tem designado como ‘neoconstitucionalismo’, em princípio, não substancia, organicamente, uma nova teoria constitucional ou movimento doutrinário. Antes disse parece tratar-se, o ‘neoconstitucionalismo’, em verdade, de um movimento teórico em que os constitucionalistas buscam a superação de modelos jurídicos e positivistas e formalistas projetados ao discurso e dogmática constitucionais. Um movimento em que se busca soluções mais adequadas para as questões constitucionais diante das insuficientes respostas positivistas. Daí, então, justifica-se o entendimento de não haver sempre convergência entre os diversos modelos de pensamento ‘neoconstitucionalista’.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> SOUZA NETO, Cláudio. e SARMENTO, Daniel. Direito constitucional, teoria, história e métodos de trabalho, 2 edição, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2014, p. 87.

<sup>5</sup> Ibidem, p. 87.

<sup>6</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no modelo do neoconstitucionalismo. In> REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado. N. 4 – out – dez de 2005.

Nota-se que a prática de reunir autores contrários ao juspositivismo em títulos como “neoconstitucionalista” é, desde o início, baseada na premissa de que não há necessariamente um ponto de concordância em específico entre esses autores. Além disso, a vinculação do “neoconstitucionalismo” com o “pós-positivismo” também é feita de forma semelhante, sem critérios fixos que os grupos teriam em comum e o que os diferenciariam, por exemplo:

É possível, todavia, esboçar uma distinção entre as teorias do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, [...]. Os autores identificados como pilares da teoria neoconstitucionalista como Ronald Dworkin, Robert Alexy, [...], defendem, em geral, esse arranjo institucional que fortalece significativamente o papel do Poder Judiciário no Estado contemporâneo. É verdade que esses mesmos autores são também identificados como expoentes do pós-positivismo. Todavia, há também, entre os pós-positivistas, autores muito mais reticentes em relação ao protagonismo judicial [...]. Portanto, nem todo defensor do pós-positivismo é também um neoconstitucionalista.<sup>7</sup>

A característica de falta de convergência entre entendimentos dessa comunidade que visa se distanciar do positivismo e praticar novas formas de interpretação constitucionais acaba resultando em uma dificuldade em selecionar uma origem teórica das próprias expressões. Por exemplo, o método de ponderação de Robert Alexy, autor de grande renome, cujas obras revolucionaram a interpretação constitucional, muitas vezes é visto de forma incompatível com a teoria estruturante de Friedrich Müller<sup>8</sup>, como se ambos os métodos não pudessem se complementar enquanto elementos metodológicos do novo cenário pós-positivista, ou como se Alexy rechaçasse o termo apenas por não o utilizar. No entanto, ao ser indagado sobre sua compreensão sobre o pós-positivismo e a textura aberta da linguagem, Alexy teria respondido:

Não há outra opção que seja a de preencher a textura aberta de acordo com a pretensão de correção; que necessariamente inclui uma pretensão de justiça. Isso torna necessária a relação entre direito e moral. Se vocês quiserem chamar isto de pós-positivismo, por favor, o façam.<sup>9</sup>

Essa dificuldade em convencionar um significado, limites e base teórica para o termo “pós-positivismo” faz com que ele seja alvo das mesmas consequências que o positivismo e sua caricatura; ao mesmo tempo a própria corrente terá

<sup>7</sup> SOUZA NETO, Cláudio. e SARMENTO, op. cit., p. 202, nota de rodapé N. 68.

<sup>8</sup> SILVA, Virgílio Afonso – Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico – 1. Ed., 2 Tiragem, 2007. P. 137

<sup>9</sup> WOLF, Alice – Entrevista com Alexy – In: Revista Trimestral de Direito Civil – Rio de Janeiro. Ed. Padma, ano 4, vol. 16. 2003, p. 311-320

dificuldade em dialogar e construir essa identidade, o esvaziamento do termo o torna um frequente alvo para críticos da interpretação constitucional e de um suposto ativismo por parte do judiciário, principalmente por parte do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Na tentativa de contribuir com o diálogo sobre a questão, dedicaremos o início deste trabalho não somente à apresentação das diferentes formas de concepção do pós-positivismo, mas também a uma investigação da origem do termo e seus aparentes autores. Termo que fez aparência súbita na cultura jurídica brasileira, a doutrina parece ter dificuldade e discordar sobre as origens conceituais do “pós-positivismo”, frequentemente sendo atribuída a diferentes autores e com significados diversos. Como comentado, a incerteza do termo leva a diferentes reações, tanto uma grande filiação, quanto uma grande rejeição ao mesmo. A própria questão de adesão ou não de Robert Alexy é uma prova dessa confusão.

Neil MacCormick foi um dos autores que se mostra adepto de uma posição “institucional pós-positivista do direito”<sup>10</sup>, mas somente o fez em seu preâmbulo do livro “*Argumentação jurídica e teoria do direito*”, onde prefere expor sua nova opinião, desvinculando-se da que foi escrita em 1978, na qual utilizou uma argumentação jurídica positivista hartiana<sup>11</sup>. Por mais que seja uma declaração de peso, considerando sua matriz teórica em Hart, o fato de ser recente não condiz com a possibilidade de ser apontado como uma das origens do termo.

Enfim, o nome que mais parece em destaque na pesquisa sobre os fundadores da expressão pós-positivismo é o alemão Friedrich Müller. Autor do livro “*O Novo Paradigma do Direito*”, além de ter dedicado todo esse volume ao tema, Müller também escolheu focar sua pesquisa nos ordenamentos jurídicos da África do Sul e do Brasil por serem países em desenvolvimento que acabavam de sair de ditaduras, ambos com Constituições de Estado de Direito Modernas. Ao decidir lecionar em universidade brasileira (Unifor) e escrever sua teoria pensando especificamente no ordenamento brasileiro, este autor “estrangeiro” não demanda esforço na tentativa de adequação de ideias “alienígenas”, que podem ser de difícil adaptação direta à nossa realidade.

Frequentemente citado na doutrina e decisões que utilizam argumentos ou viés supostamente “pós-positivista”, o núcleo dessa metódica encontra-se atualizada na obra “*O Novo Paradigma do Direito*”, onde Müller não somente explica sua teoria realista ou impura do direito e seu conceito de norma, como também dialoga com o que ele acredita que serem os paradigmas anteriores

<sup>10</sup> MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. 1. Edição. Editora Martins Fontes. São Paulo, 2006. P. XVIII preâmbulo.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. XVIII preâmbulo.

ao dele, justificando a ideia do autor da formulação do novo paradigma pós-positivista como conceito científico.

## 5. ADEQUAÇÃO DO TERMO “PARADIGMA”

Müller se aposentou na Alemanha e passou a dedicar sua pesquisa (principalmente) em 1989<sup>12</sup>, quando o autor chega ao Brasil justamente em uma época de grande mudança e questionamento na teoria do direito constitucional brasileiro. Já conhecido pelos seus livros anteriores, como “Metódica Jurídica” (*Juristische Methodik*), além de ter participado de conversas, estudos e palestras sobre o tema, Müller dedica grande preocupação metodológica e espaço do seu livro não somente para introduzir a sua metódica estruturante, mas para diferenciá-la das demais, apresentando-a como um novo paradigma do direito. Inclusive, ao longo do seu texto, percebe-se um esforço em evitar o termo “pós-positivista”, sendo propositalmente substituído por derivações do chamado novo paradigma.

Essa escolha de termo está longe de ser um preciosismo do autor, muito menos uma tentativa de destacar sua teoria com um título diferente, mas se deve a uma profunda investigação sobre o método da produção científica do direito<sup>13</sup>. Porém, torna-se necessário explorar a importância e significados do termo paradigma, já que não são diretamente explicados no livro. Para isso, recorreremos a um dos maiores autores contemporâneos da epistemologia da ciência, Thomas S. Kuhn, mais especificamente ao volume “*A estrutura das revoluções científicas*”, que se dedica à conceituação de paradigmas e comunidades científicas, e como esse diálogo de teorias resulta nas grandes revoluções e descobertas.

Primeiramente, ao revisitar sua teoria sobre paradigmas, Kuhn ressalta a importância da estrutura comunitária da construção da ciência, que basicamente é uma forma contemporânea do estudo histórico da epistemologia que foca no diálogo entre praticantes de uma especialidade científica. Para o autor, existirão diferentes níveis de comunidades, algumas com abrangência maior (como por exemplo ciências naturais e ciências sociais), essas sendo divididas em grupos cada mais menores e mais específicos, por exemplo, dentro das naturais existiriam físicos, dentro desses existiriam físicos quânticos, nucleares e etc.

Cada um desses grupos costuma compartilhar de paradigmas, no sentido de terem “exemplos compartilhados”, uma série de pressupostos que podem ser invocados sem a necessidade de justificá-los, são fatos, valores e argumentos aceitos por aquele grupo. Essa base permite a uma comunidade científica

<sup>12</sup> MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3 edição, Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo. 2013. P. 230.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 230.



uma maior produção, não sendo necessário o constante resgate a sua origem, permitindo-se explorar pontos específicos e complexos daquele paradigma. Esses exemplos compartilhados também servirão para descartar teorias diversas que questionem os valores daquela comunidade, esse processo sendo responsável tanto por uma revisão/revolução daquele grupo, como por uma divisão e criação de um novo.

Kuhn discorre sobre a importância dos exemplos compartilhados (paradigmas) para o controle da ‘elasticidade’ da comunidade científica:

Se todos os membros de uma comunidade respondessem a cada anomalia como se esta fosse uma fonte de crise ou abraçassem cada nova teoria apresentada por um colega, a ciência deixaria de existir. Se, por outro lado, ninguém reagisse às anomalias ou teorias novas, aceitando riscos elevados, haveria poucas ou nenhuma revolução.<sup>14</sup>

Então, no conceito de paradigma utilizado por Kuhn existem valores compartilhados pela comunidade que servem como instrumentos de controle da revolução e produção da ciência. Cabe ressaltar que independentemente da rigidez de alguma comunidade científica (ou seja, da forte resistência daquele paradigma), não cabe também à comunidade que a rejeitou a competência de reconhecer a validade de um novo grupo.

Para ser aceita como paradigma, uma teoria deve parecer melhor que suas competidoras, mas não precisa (e de fato isso nunca acontece) explicar todos os fatos com os quais pode ser confrontada.<sup>15</sup>

Pelo contrário, é possível, e provável, que, ao existir uma divergência fundamental entre exemplos compartilhados, também exista atrito e dificuldade de comunicação entre comunidades científicas que coexistem (quando é um caso de separação de grupos, e não uma total absorção do primeiro pelo segundo). Esse evento é justificado, afinal o questionamento entre grupos que divergem de paradigmas é da própria produção científica e, de certa forma, é salutar, porém quando o diálogo fica prejudicado pela falta de compreensão dos paradigmas opostos, isso pode levar a efeitos contraproducentes.

Há escolas nas ciências, isto é, comunidades que abordam o mesmo objeto científico a partir de pontos de vista incompatíveis. [...] O resultado disso é que membros de uma comunidade científica vêm a si próprios e são vistos pelos outros como os únicos responsáveis pela perseguição de um conjunto de objetivos comuns, que incluem o treino de seus sucessores. Uma vez que a

<sup>14</sup> KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 9. Ed. – São Paulo: Perspectiva, 2006. P. 233.

<sup>15</sup> Ibidem, P. 38.

atenção de diferentes comunidades científicas está focalizada sobre assuntos distintos, a comunicação profissional entre grupos é algumas vezes árdua. Frequentemente resulta em mal-entendidos e pode, se nela persistirmos, evocar desacordos significativos e previamente insuspeitados.<sup>16</sup>

Ou seja, o diálogo entre grupos distintos pode encontrar dificuldades caso não seja feito de forma cuidadosa. Para teóricos que defendem uma leitura interdisciplinar de suas áreas, como é claramente o caso de Friedrich Müller, que inclusive denomina sua teoria de “impura”, a perda da capacidade de comunicação entre diferentes campos da ciência será algo prejudicial, pois esse distanciamento acadêmico vai resultar na impressão que é possível construir essa ciência desconsiderando outros diversos fatores que, na opinião dessa corrente, não podem ser desvinculados ou ter seus efeitos evitados.

Mais improvável ainda será uma comunicação profissional quando não existir com clareza o que define e une essas comunidades científicas:

Na ausência de um paradigma ou de algum candidato a paradigma, todos os fatos que possivelmente pertencem ao desenvolvimento de determinada ciência têm a probabilidade de parecerem igualmente relevantes.<sup>17</sup>

Como já comentado, há grande dificuldade na qualificação das teorias constitucionais contemporâneas brasileiras, principalmente nas correntes não positivistas pós-Constituição de 1988.

No conceito apresentado por Kuhn, as principais características de uma revolução científica são justamente quebras dos exemplos compartilhados pela comunidade e seus valores. Segundo o autor, a questão sobre se a ciência deve (ou não) ter uma utilidade social é um valor compartilhado que pode ser motivo de divergência.<sup>18</sup>

No caso do Direito, uma relação não contingente entre direito e justiça talvez seja a maior fonte de discórdia entre os positivismos e os jusnaturalismos, e não há dúvidas que Müller tem pretensões concretizadoras de direitos fundamentais em sua teoria, distanciando-se, nesse sentido, de posições que tratam o direito como mera ciência de conhecimento e conceituação da norma jurídica.

Nesse contexto, Müller propõe um paradigma candidato, sua metódica estruturante do direito. Já verificada a importância da existência de um paradigma e as consequências à produção científica da inexistência do mesmo, cabe agora o estudo da adequação da teoria de Müller como um paradigma.

<sup>16</sup> Ibidem, P. 223.

<sup>17</sup> Ibidem, P. 35.

<sup>18</sup> Ibidem, P. 232.

Como o título do livro indica, o pós-positivismo estruturante de Müller seria uma nova forma, essa dialogando com o positivismo, porém deixando claro desde o princípio que não se trata de uma teoria anti-positivista, pois considera que as críticas oriundas dessa perspectiva “caem na armadilha do paradigma positivista” ao ainda utilizar a mesma *concepção de norma* da teoria que atacam ou negam. Na apresentação de seu método, Müller considera o positivismo como o paradigma a ser superado, apontando sua teoria da norma como principal quebra de exemplo compartilhado (termo de Kuhn). A partir do seu conceito de norma e texto pelo viés da filosofia da linguagem, Müller sugere seu método concretizador como novo paradigma.

## 6. NORMA E TEXTO DE NORMA

Mas o que é ‘a lei’ e o que é, portanto, ‘a norma jurídica’? [...] O paradigma positivista nem formulou conscientemente essa pergunta fundamental, pois a ‘lei’ é para o positivismo ainda dominante algo inquestionavelmente dado: os caracteres sobre o papel dos textos legais.<sup>19</sup>

A quebra paradigmática de Müller tem como principal argumento seu conceito de norma jurídica. Como já comentado, para o autor grande parte das teorias anti-positivistas cairiam no paradoxo de fundar seus questionamentos ainda no paradigma positivista e seu conceito de norma previamente dada pelo texto legislativo.

O novo paradigma começa principalmente questionando os falsos dualismos presentes nessas discussões, como norma/caso, direito/realidade, até o distanciamento entre objeto/sujeito que foi (e ainda é) um dos grandes pilares da produção científica ocidental. Também vai contra a ideia da solução de todos os problemas pela subsunção puramente lógica (ou pela expectativa que nada pode abalar a certeza dessa como única solução).

Além disso, Müller vai declarar sua teoria do direito como “realista”, de forma a se vincular com a ideia da introdução explícita das ciências sociais no direito, não somente no processo legislativo ou na doutrina crítica, mas presente na prática do direito, incluindo, especialmente, a interpretação do texto normativo no processo decisório. Esse foco no que chama de práxis do direito é justamente o que a distância das teorias realistas convencionais, que focam na força da jurisprudência. Basicamente, ao se declarar realista, a teoria estruturante do direito de Müller não fica refém dos aplicadores do direito (que ele chama de decisionismo), mas sim defende o reconhecimento de algo inexorável: as questões únicas do caso concreto são essenciais para qualquer

<sup>19</sup> MÜLLER, Friedrich. op. cit, P. 10.

interpretação normativa, justificando a importância das ciências políticas não como algo que vem de fora, mas reconhecido como sempre presente. Müller não hesita em declarar sua teoria como “impura”, ao dialogar com as origens da produção científica (moderna) do direito, especialmente na figura de Kelsen e sua separação entre o direito e a política legislativa.

Com um processo indutivo de interpretação da norma, munido de um processo da filosofia da linguagem e acesso às ciências sociais, finalmente será possível para os juristas e juízes exercerem sua atividade social proposta pela teoria constitucional de forma a concretizarem suas funções sociais programáticas.

Importante lembrar que a teoria constitucional em questão é pensada para o Brasil, que não somente por ser um país de dimensões continentais, também possui uma das cartas constitucionais recentes e mais programáticas disponíveis, sendo um “portentoso laboratório do futuro” para a teoria do direito<sup>20</sup>.

Apresentadas as pretensões realistas/impuras da teoria estruturante, cabe agora explicar a principal virada de sua teoria: a diferença entre texto da norma e norma jurídica.

Texto da norma seria a forma dos enunciados do direito, que no Brasil costumam ser escritos. Nas palavras de Müller, são pré-formas legislativas da norma jurídica, sendo apenas o dado de entrada do processo de trabalho que o autor chama de “concretização”<sup>21</sup>. Como Eros Graus ressalta em seu capítulo sobre a concretização do direito:

Os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes – isto é, por serem destruídos de clareza – mas também porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios. Quando um professor discorre, em sala de aula, sobre a interpretação de um texto normativo, sempre o faz – ainda que não se dê conta disso – supondo sua aplicação a um caso, real ou fictício.<sup>22</sup>

Ou seja, nessa concepção de norma jurídica, o texto não contém imediatamente a norma. A linguagem não permite apenas um significado único de seus termos, sendo a tarefa da ação jurídica dependente da semântica da frase, do texto e do contexto<sup>23</sup>. Nesse caso, o pós-positivismo proposto por Müller não abandona o texto como fonte normativa, apenas sugere um processo concretizador da norma, que levará em conta o texto e os outros fatores pragmáticos envolvidos. Justamente por isso, não se deve utilizar a metódica

<sup>20</sup> Ibidem, P. 13.

<sup>21</sup> Ibidem, P. 11.

<sup>22</sup> GRAUS, Eros. Por que tenho medo dos juízes. 6. Ed. São Paulo. Malheiros Editores LTDA., 2014. P. 33.

<sup>23</sup> MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3 edição, Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo. 2013. P. 12.

estruturante para ignorar os textos, pois esse tem importância fundamental ao estimular com seu efeito sinalizador, podendo sugerir diferentes níveis de efeitos limitadores, ou barreiras para a concretização, mas isso não significa que o texto da norma será capaz de conter sozinho o sentido da norma (ou de forma mais precisa: seus potenciais significados).

Ao analisar o texto da norma, através de seus limites e barreiras, chegaremos ao chamado âmbito material da norma, que seriam justamente as hipóteses da aplicação daquele texto (ainda obedecendo nesse nível aos requisitos de generalidade e abstração). Apresentado o âmbito material da norma, devemos associá-lo com a prática jurídica, começando primordialmente pelo âmbito do caso, explorando o resultado desses limites com as questões únicas dos fatos (nesse caso, a frase). Com isso, chegaríamos ao âmbito da norma, o primeiro passo do método concretizador, que seriam as fases de frase e texto do exercício semântico proposto<sup>24</sup>.

Com esse aspecto já construído, falta o requisito do contexto no método. Se a análise do texto com o caso concreto (frase) não fosse o suficiente para distanciar a teoria do antigo paradigma positivista, é no momento do contexto que Müller declara sua teoria como completamente impura, quando admite a presença da aplicação das ciências sociais nesse momento. Aqui seriam admissíveis elementos políticos, jurídicos e teóricos de outras áreas de forma pragmática. Vale lembrar que também que não se trata apenas de admitir a utilização desses argumentos, mas principalmente reconhecê-los, já que na opinião do autor o positivismo falha ao negar esse tipo de força normativa. Esta é a característica realista do método estruturante.

Porém, esse reconhecimento não faz o método abandonar sua pretensão estrutural e pragmática. Após que a semântica da frase, texto e contexto forem analisados, Müller propõe uma hierarquização desses elementos de concretização. Contrariando as escolas do “direito livre”, como ele denomina teorias que abandonam a normatividade do texto, o autor esboça a existência de um sistema de preferência do argumento mais próximo do texto, não sendo possível a vitória de um argumento puramente juspolítico que não encontre qualquer base no texto.

Essa última forma da hierarquia resulta em grande confusão para os leitores e para a doutrina. Ao mesmo tempo, apesar de inegavelmente servir para tranquilizar em parte os defensores do positivismo (por exemplo, essa hierarquia de Müller seria uma das maiores diferenças e críticas ao método de ponderação de Alexy, inclusive sendo argumento para uma suposta incompatibilidade entre os chamados “pais do pós-positivismo”<sup>25</sup>), parece ser

<sup>24</sup> Ibidem, P. 207.

<sup>25</sup> SILVA, Virgílio Afonso – Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico – 1. Ed., 2 Tiragem, 2007. P. 137

insuficiente para incluir e agregar juristas que discordam de qualquer possibilidade da impureza apresentada na teoria estruturante do direito.

Por outro lado, o último fator da hierarquia, de que deve se dar preferência ao argumento que tem base no texto, frequentemente é compreendido por jusnaturalistas como uma primazia de uma leitura e aplicação gramatical do texto da norma, inviabilizando a aplicação da teoria concretizadora.

Para Müller, por exemplo, os elementos do âmbito normativo são hierarquicamente iguais aos elementos de interpretação textual. No entanto, os elementos de interpretação do texto têm precedência no que se refere à fixação do ‘limite de resultados admissíveis’ no processo de concretização constitucional. A interpretação gramatical e a interpretação sistemática devem fixar os limites para a decisão. E, nesta tarefa, o elemento gramatical tem precedência sobre o sistemático. [...]

A preocupação central de Müller situa-se, portanto, no campo metodológico, no qual é grande o seu esforço no sentido de racionalizar o processo de concretização da Constituição, limitando os riscos de arbitrariedade do intérprete. No entanto, não consideramos que ele tenha sido bem-sucedido no seu intento de fornecer critérios de hierarquização dos elementos de concretização.<sup>26</sup>

Parte dessa desconfiança, exibida por autores não positivistas, reside também no fato de Müller criticar o conceito de unidade da Constituição, no sentido de uma visão holística à la Smend<sup>27</sup>. No entanto, Müller não nega a unidade no seu sentido formal, ou seja, os textos da Constituição não podem ser contraditórios entre si, nem existir uma hierarquia formal entre eles. Mas, no sentido material, ou seja, quando confrontada na semântica da práxis (frase, texto e contexto) a unidade seria uma ilusão, já que seria possível determinar uma hierarquia e uma solução para aquele caso concreto. Tese que parece ser compatível com um sistema de “preferências constitucionais” onde um direito fundamental é aplicado no lugar de outro em situação de conflito in casu, sendo uma solução distinta da apresentada pelo método de ponderação de Alexy, onde o texto da norma não utilizado entra no cálculo decisório.

Porém, os exemplos utilizados por Müller para sua hierarquia na interpretação do texto constitucional não parecem inviabilizar um processo de concretização de direitos fundamentais, como teme Daniel Sarmento. Uma das situações citadas pelo autor seria uma situação em que a pessoa no cargo de Presidente da República fosse exitoso em conseguir o apoio tanto econômico, social e político (interna e externa) para uma reeleição imediata (exemplo antes da EC16 que permite uma única reeleição, mas serve perfeitamente para

<sup>26</sup> SOUZA NETO, Cláudio. e SARMENTO, Daniel. op. cit, p. 195

<sup>27</sup> MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódia estruturantes. 3 edição, Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo. 2013. P. 105.

um caso de reeleições sem limites). O contexto apresentado dá amplas razões para que o feito seja possível, porém a combinação de texto (Art. 84 CF na época não permitia qualquer espécie de reeleição) e frase (querer a reeleição) não se sincronizam em um âmbito da norma que admite o pleito em qualquer forma de interpretação. Não seria possível a vitória do argumento que não tivesse qualquer base interpretativa no texto da norma em questão. Tal situação não fala que o argumento gramatical tem prevalência sobre o sistemático, simplesmente parece dizer que o método de concretização não pode ignorar uma impossibilidade flagrante e completa de interpretação do texto da norma.

## 7. CONCLUSÃO

O objetivo desse relatório foi analisar as origens do pós-positivismo apresentado por Friedrich Müller, explorando não somente a base e consequências do seu método, mas também verificando como o autor encaixa no diálogo entre as teorias constitucionais contemporâneas brasileiras. De toda forma, as questões aqui apresentadas inevitavelmente levam e necessitam de inúmeros outros estudos, como por exemplo uma maior discussão sobre teorias de constituição utilizadas por autores diferentes, ou até um debate mais profundo sobre a normatividade do direito.

No âmbito da teoria do direito pós-positivista de Müller apresentado nesse trabalho, foi possível entender a interpretação e reação de parte da doutrina brasileira ao seu novo paradigma, sendo preferível expor as conclusões em tópicos decorrentes uns dos outros, possibilitando inclusive a explicação de diferentes opiniões sobre a teoria do autor.

- (i) Fica claro que o método estruturante de Friedrich Müller não é anti-positivista, se desvinculando das teorias que ele denomina como “teorias do direito livre”, que possibilitariam a aplicação do direito sem base no texto da norma, somente com argumentos juspolíticos.
- (ii) A teoria é realista apenas no ponto que reconhece a presença de elementos comumente considerados “de fora” do direito, mas não admite que a prática do direito seja limitada a força da jurisprudência, que geraria um decisionismo nefasto.
- (iii) Como método de aplicação estrutural do direito, a teoria se baseia na hierarquia que leva em conta a adequação do contexto (juspolítico) com o âmbito da norma, dando a preferência a argumentos que tem base no texto da norma. Apesar dessa etapa levantar suspeitas por jusnaturalistas, o método concretizador de Müller parece ser eficaz para garantir direitos que não estejam nessa situação de flagrante impossibilidade no texto, sem precisar recorrer ao sopesamento de princípios.

(iv) Porém, para alguns o processo de hierarquização do método de estruturante seria responsável por inviabilizar a ação social do Direito e o jurista (e para o autor essa ligação do direito e justiça é necessária com a nossa Constituição). Caso optemos por essa interpretação, é importante ressaltar que o seu novo conceito de norma jurídica como processo semântico e pragmático, dividindo o texto da norma da norma jurídica e admitindo a presença de impurezas já parece ser o suficiente para considerar o pós-positivismo de Müller como um novo paradigma do direito. Esse novo conceito de norma jurídica embasado na virada linguística filosófica permitiu uma crítica original ao paradigma positivista ao quebrar com os seus exemplos compartilhados.

(v) Por fim, ao questionar a aplicabilidade do método estruturante de Müller, é possível aproveitar sua apresentação do conceito de texto como nunca detentor único de todos significados e sentidos presentes na linguagem. Nessa lógica, qualquer falta de consistência do método do autor será coerente, não como justificativa das possíveis falhas de aplicação, mas sim na própria dúvida se qualquer método pode almejar uma forma fixa, rígida ou pura de certeza universal. A impureza realista reconhecida de Müller serve como uma crítica geral ao ideal cientificista do direito, por mais que isso também inevitavelmente também afete própria pretensão do autor de criar um “suposto” método com estrutura fixa.



# CAPÍTULO 8

## A TEORIA DA DERROTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS E OS CONFLITOS NORMATIVOS

*Maria Mariana Soares de Moura*

**RESUMO:** O presente artigo pretende ressaltar alguns aspectos gerais da teoria da derrotabilidade das normas jurídicas. A importância desta pesquisa se concentra principalmente no fato de que a aplicação das normas quando diante de um conflito entre elas acaba por levar o julgador a ter que escolher uma em detrimento da derrota da outra norma conflitante. Isto faz parte do mecanismo de aplicação das normas, porém, este estudo busca esclarecer o fenômeno a fim de demonstrar o risco de uma utilização inadequada do sistema de derrotabilidade das normas. Para alcançar o resultado pretendido, a pesquisa desenvolveu-se segundo o método hipotético dedutivo, que partiu do exame das bases epistemológicas da Teoria da Derrotabilidade a fim de responder os questionamentos trazidos pela problemática da sua aplicação nas decisões judiciais de normas jurídicas em conflito. A partir disso, foi possível constatar que a derrotabilidade das normas, apesar de constantemente constatada na jurisprudência nacional, não é estudada nem tampouco nominada como um método e, ainda, que quando aplicada de forma equivocada representa um risco para a estabilidade das normas, o que suscita a necessidade de debater o estabelecimento da possibilidade de limites para a derrota das normas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Derrotabilidade; Conflitos normativos; Normas jurídicas; Limites; Discricionariedade.

### 1. INTRODUÇÃO

É inerente ao cotidiano da prática jurídica, dadas as características concernentes à própria natureza normativa e à dinamização da sociedade que as normas entrem em colisão em algum momento. Nesse sentido, o estudo da derrotabilidade é importante para auxiliar na compreensão de alguns fenômenos jurídicos em torno da interpretação e aplicação destas normas.

Para adentrar no tema, far-se-á um breve itinerário de como a ideia da derrotabilidade vem sendo tratada a fim de se ter uma primeira noção do seu conceito e do seu papel no sistema jurídico.

Dando sequência às noções gerais de derrotabilidade, para explicitar melhor como ela se opera, será estabelecida a sua relação com os conflitos normativos. Nesta análise se delimitarão os tipos de conflitos e quais interessam para o estudo da derrotabilidade abordada neste trabalho. Isto porque, longe de se pretender esgotar o debate neste estudo, a derrotabilidade é um conceito muito extenso e abriga definições em diversas áreas do conhecimento, sendo interessante para este estudo a derrotabilidade das normas jurídicas.

A partir disso, é realizada uma análise de alguns casos concretos enfrentados pela jurisprudência brasileira em que é possível enxergar na prática o fenômeno da derrotabilidade das normas. Aqui, se demonstrará qual conflito normativo se operou e como se chegou à solução final, optando-se por derrotar uma das normas jurídicas presentes na colisão, por meio do mecanismo da ponderação ou sopesamento de valores. O diálogo entre a jurisprudência e a derrotabilidade, porém, é ainda muito escasso e apesar de reiterados casos demonstrarem cabalmente hipóteses em que é possível visualizar a derrotabilidade das normas, raríssimas vezes o fenômeno é identificado pelos julgadores como tal.

Por fim, diante de todo o conteúdo exposto, serão colocadas algumas questões que circundam o tema da derrotabilidade das normas jurídicas como se todas as normas jurídicas são derrotáveis e sendo a resposta afirmativa, se é possível estabelecer alguma limitação para a derrota normativa não se tornar uma restrição ilegítima e antidemocrática de direitos.

## 2. UM BREVE ITINERÁRIO DA DERROTABILIDADE

O conceito de derrotabilidade<sup>1</sup> desempenha um papel de grande importância no raciocínio, argumentação e estudo das normas jurídicas. É um fenômeno trivial comumente adotado na jurisprudência e pela maioria dos juristas, apesar de muitas vezes não reconhecido ou nominado como tal.

Historicamente, pode-se depreender a derrotabilidade<sup>2</sup> desde os diálogos de Platão<sup>3</sup>, onde já se identificava um aspecto de imperfeição nas normas.

<sup>1</sup> O termo *derrotabilidade* (*defeasibility* ou *defeasible*) tem origem em *defesaunce* (Anglo-francês, início do Século XV), *defaisance* (Francês Antigo) e *desfaire* (Francês moderno), desfazer, destruir. *Defeasible*: from Anglo-French *defesaunce*, Old French *defaisance* “undoing, destruction,” from *desfaire* (Modern French *défaire*) “to undo, destroy”. Disponível em: [www.etymologyonline.com](http://www.etymologyonline.com), Acesso em: 16 de jan de 2017. *Defeat* tem origem em *defeter* (Anglo-Francês), *defait* (Francês Antigo), passado participio de *desfaire* e *diffacere* (Latim Vulgar), com sentido de “desfazer”, “destruir” e “derrotar” (sentido militar de conquista). *Defeat*: from Anglo-French *defeter*, from Old French *defait*, past participle of *desfaire* “to undo,” from Vulgar Latin *diffacere* “undo, destroy,” from Latin *dis-* “un-, not” (see *dis-*) + *facere* “to do, perform” (see *factitious*). Original sense was of “bring ruination, cause destruction.” Military sense of “conquer”. Related: *Defeated*; *defeating*. Disponível em: [www.etymologyonline.com](http://www.etymologyonline.com), Acesso em: 16 de jan de 2017.

<sup>2</sup> A palavra foi introduzida no Oxford Universal English Dictionary no ano de 1586 e significa no direito de propriedade inglês a possibilidade de algum instrumento jurídico ser desfeito, desconsiderado ou tornado nulo. O termo “*defeasibility*” não encontrou nas línguas de origem latina um correspondente adequado, por isso, muitos autores que tratam do tema preferem preservar a raiz etmológica da palavra. Em língua espanhola, italiana e francesa encontramos a tradução “*derrotabilidad*”, “*defettibilità*” e “*défaisabilité*”. Cf. BROZEK, Bartosz, *Defeasibility of Legal Reasoning*, Krakow: Zakamycze, 2004, p. 13. Seguindo essa linha, a tradução da língua portuguesa mais próxima ao termo original “*defeasibility*” e já utilizada em trabalhos anteriores seria “*derrotabilidade*” e “*derrotar*” para *defeat*. É possível também encontrar referências ao termo traduzidos na língua portuguesa como “*excepcionalidade*”, “*excepcional-vel*”, “*superabilidade*” e “*anulabilidade*”.

<sup>3</sup> PLATO, *Statesman*, SKEMP, J.B. trans., England: Bristol Classical Press, 1952, 294a-b.

Nesta discussão inicial, era demonstrado que as normas gerais nem sempre garantiriam o resultado “correto” em todas as ocasiões. Porém, reconhecia-se a necessidade do uso de leis gerais, mas sem que isso implicasse a aceitação dos maus resultados que por vezes produziriam especialmente em razão da própria natureza de generalidade das normas. Quando tais resultados surgissem, Platão argumenta que seria uma injustiça não fornecer a correção necessária em cada caso. Embora este seja o princípio da discussão da necessidade de correção baseada na justiça para os resultados falhos que são inevitavelmente e ocasionalmente produzidos por normas gerais, a noção da correção baseada na justiça para erros orientados por normas é normalmente associada à Aristóteles.

Na sua obra *Ética Nicômaco*<sup>4</sup>, Aristóteles também havia identificado a maneira pela qual as leis em virtude de sua generalidade eram incapazes de alcançar o melhor resultado em todos os casos sempre e, portanto, explicou os motivos por que era necessário que houvesse uma retificação da lei na medida em que a generalidade produzisse consequências contrárias à própria ideia de justiça.

Todos os desenvolvimentos subsequentes são variações sobre o tema básico que se herdou das teorias de Platão e Aristóteles: as regras legais, em virtude de sua generalidade intrínseca, produzirão em algum momento respostas erradas ou em desacordo com os princípios do ordenamento jurídico e é possível que um sistema crie mecanismos e instituições cuja função seja corrigir essas respostas erradas ou injustas.

À medida que indivíduos e instituições têm o poder de corrigir as experiências recalcitrantes que são a consequência inevitável de regras gerais, pode-se dizer que as regras do sistema são reversíveis e derrotáveis. Nesse sentido, normas legais poderiam ser, portanto, derrotadas e resultados ruins gerados por elas substituídos quando a aplicação das normas em um caso concreto produzir uma resposta considerada errada ou injusta.

Esta noção também foi trazida por David Ross em uma das suas teorias relacionadas a moral, quando introduziu o conceito de deveres *prima facie*. Este conceito foi formalizado usando a ideia de condições normativas que não admitem o reforço do antecedente, ou seja, condições que constituem obrigações as quais podem ser derrotadas em certas circunstâncias particulares não enumeradas exaustivamente antes da aplicação a casos concretos<sup>5</sup>.

Após, teve grande relevância no desenvolvimento daquilo que se conhece hoje com a denominação derrotabilidade (defeasibility), a contribuição de

<sup>4</sup> ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Coleção os Pensadores (vol. 2), Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, da versão inglesa de W. D. Ross, São Paulo: Abril Cultural, 1984.

<sup>5</sup> ROSS, 1930, p. 19 apud BELTRAN, F.; RATTI, G., 2012, p. 22.

Hebert L.A. Hart, no final da década de 1940, no artigo “The Ascription of Responsibility and Rights”<sup>6</sup>.

Segundo a ideia inicial de Hart, as proposições jurídicas podem ter sua veracidade afastada quando ainda que verificado aquilo que estivesse designado na sua previsão e que normalmente levaria à ativação da consequência na norma jurídica, insurgem-se outras circunstâncias que introduzem à norma uma exceção (implícita ou explícita), impedindo que o efeito jurídico final se verifique. Esta linha de exceção é introduzida pela expressão “a menos que” e pode estar explícita ou implícita na estrutura da norma jurídica.

Hart introduz a palavra “derrotabilidade (*defeasibility*)” na tentativa de qualificar a ideia deste fenômeno como uma característica dos conceitos jurídicos, por meio do seguinte evento:

Quando o estudante aprende que na lei inglesa existem condições positivas exigidas para a existência de um contrato válido, ele ainda tem que aprender o que pode derrotar a reivindicação de que há um contrato válido, mesmo quando todas essas condições são satisfeitas”, então, “o estudante tem ainda que aprender o que pode seguir as palavras “a menos que”, as quais devem acompanhar a indicação dessas condições. Essa característica dos conceitos jurídicos é uma que não pode ser nomeada por nenhuma palavra no inglês comum. As palavras “condicional” e “negativa” tem a errada consequência, mas o direito tem uma palavra que com alguma hesitação eu emprestei e ampliei: esta é a palavra derrotável, usada para um interesse jurídico que está sujeito a rescisão ou derrota em um número de diferentes contingências mas permanece intacta se nenhuma dessas contingências amadurecem. Nesse sentido, então, o contrato é um conceito derrotável.<sup>7</sup>

Assim, o que Hart sugere é que derrotabilidade (*defeasibility*) é uma característica dos conceitos jurídicos e decorre da utilização da expressão “a menos que”, a qual traduz a forma como a prática jurídica funciona. A ideia que o termo derrotabilidade traz no artigo de Hart é basicamente a de que existem inúmeras situações excepcionais que podem derrotar a afirmação de

<sup>6</sup> HART, Herbert L.A. The Ascription of Responsibility and Rights. In: Proceedings of the Aristotelian Society, v. XLIX. Londres: Harrison & Sons, 1948. pp. 171-194.

<sup>7</sup> When the student has learned that in English law there are positive conditions required for the existence of a valid contract, he has still to learn what can defeat a claim that there is a valid contract, even though all these conditions are satisfied. The student has still to learn what can follow on the words ‘unless’, which should accompany the statement of these conditions. This characteristic of legal concepts is one for which no word exists in ordinary English. The words conditional and negative have the wrong implications, but the law has a word which with some hesitation I borrow and extend: this is the word defeasible, used of a legal interest in property which is subject to termination or defeat in a number of different contingencies but remains intact if no such contingencies mature. In this sense, then, contract is a defeasible concept. HART, Herbert L.A. The Ascription of Responsibility and Rights. In: Proceedings of the Aristotelian Society, v. XLIX. Londres: Harrison & Sons, 1948. pp. 171-194.

que há um contrato válido, seja uma situação como homicídio ou a ausência de pagamento de uma taxa.

Nesta concepção, para Hart, o fato de várias e inumeráveis exceções poderem existir após a cláusula “a menos que” dá a possibilidade de que ainda que sejam preenchidas todas as condições necessárias de uma norma jurídica, não é possível fixar com certeza que elas serão sempre suficientes, já que pode surgir uma condição relevante que impeça a ativação da consequência jurídica desta norma e seus efeitos serem derrotados.

Importante destacar que Hart traz o conceito de derrotabilidade de conceitos jurídicos, mas não deixa de estender esta noção também ao procedimento judicial e ao raciocínio jurídico, já que ao ser verificada uma exceção restaria alterada a solução da lide em sentido diverso daquele que inicialmente se esperava<sup>8</sup>.

O tema da derrotabilidade, porém, teve pouca expressividade na doutrina após a contribuição de Hart e só passou a ser investigado com mais afinco nas últimas décadas.

Inicialmente criado para definir o fenômeno jurídico, este conceito passou a ser objeto também da área da inteligência artificial<sup>9</sup> e dos estudos da lógica.

De fato, não é tarefa deste trabalho aprofundar questões relacionadas ao raciocínio lógico ou à inteligência artificial, mas é importante trazê-las para auxiliar na compreensão da ideia da derrotabilidade.

No âmbito da lógica a ideia de derrotabilidade se traduz naquilo que foi denominado como lógica não monotônica. A lógica não monotônica foi desenvolvida para melhorar a compreensão de inferências diretas, que nem sempre podem ser aplicadas em todas as áreas do conhecimento. Tem relação com a falibilidade das previsões. Nas situações rotineiras, por exemplo:

São tiradas intuitivamente conclusões que vem de generalizações que possuem exceções - não enumeráveis exaustivamente de antemão -, porque se referem a propriedades típicas ou normais - em relação a certo contexto de indivíduos em um domínio”; todavia, a proposta de condições normais/típicas excep-

<sup>8</sup> Nesse sentido, Bartosz Brozek (2004) aduz que Hart acreditava que a derrotabilidade estava proxima-mente ligada à natureza do procedimento jurídico.

<sup>9</sup> Na década de 80, os professores Raymond Reiter e John McCarthy no Departamento de Ciência da Computação da Universidade de Colúmbia Britânica em Vancouver, Canadá e na Universidade de Stanford, na Califórnia, EUA, faziam estudos na busca para desenvolver sistemas lógicos capazes de se aproximar da forma de raciocínio humano por meio da programação computacional, na área da inteligência artificial. Para tanto, criaram os sistemas não monotônicos. Nele, o sistema introduz exceções, denominadas novas regras de inferência. É basicamente a capacidade de chegar a conclusões temporárias quando não houver informações contrárias. *Grupo de Sistemas Inteligentes*. Disponível em: <http://www.din.uem.br/~ia/intelige/raciocinio2/RacNaoMonotHistorico.html>, Acesso em: 19 de fev. de 2017.

cionáveis não se encaixa em um cálculo quantificacional, porque não admite – sem quedar desnaturalizado – uma quantificação universal.<sup>10</sup>

Nem todo raciocínio é, portanto, precisamente matemático e leva a uma inferência absoluta. Em outros domínios, como o jurídico, as generalizações e as inferências permanecem somente em casos normais ou típicos. Há, nesse sentido, controvérsias sobre a pertinência da regra lógica baseada em considerar a inferência direta do antecedente ao conseqüente, pois dada a realização do antecedente de uma norma não se pode afirmar absolutamente verdadeiro que se concluirá a conseqüência jurídica nela disposta, dentro deste contexto se desenvolve a lógica não monotônica<sup>11</sup>.

Seguindo esta linha, para Giovanni Sartor, a lógica clássica infere conseqüências mediante certas premissas<sup>12</sup>. As conclusões, todavia, apenas serão necessariamente verdadeiras quando as premissas também o forem e, portanto, não seria possível serem derrotadas pela inclusão de uma informação adicional. Logo, seria impossível essa lógica clássica se adequar à noção de derrotabilidade. Ainda, aduz que como a lógica derrotável aborda situações normais, o

<sup>10</sup> BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. n.13, p. 92, 2000.

<sup>11</sup> Há uma maneira didática para compreender o raciocínio não monotônico e a sua relação com as breves noções de derrotabilidade dadas até aqui. Juan Carlos Bayón (2001) alega que é possível ao ordenamento jurídico criar uma obrigação de reparar um dano, por exemplo, quando causado por uma omissão ou ação e houve intencionalidade do agente, “a menos que” advenha uma condição como a legítima defesa ou o estrito cumprimento de um dever legal. Desta maneira, identificam-se duas condições positivas que devem existir simultaneamente e duas exceções que não podem estar presentes para que então se verifique a obrigação de reparar um dano. As condições positivas relacionam a situação normal em que se dá a conseqüência jurídica e uma das exceções indica somente circunstância especial em que, ainda que dadas todas as condições positivas, a sua conseqüência jurídica é considerada inapropriada.

<sup>12</sup> Conforme os ditames da lógica clássica, caso algo seja depreendido de um determinado conjunto de premissas, continuará sendo depreendido de qualquer conjunto obtido do anterior quando a ele são acrescentadas outras premissas. Formalizando esta propriedade temos que se  $(p \rightarrow s) \rightarrow [(p/\text{A } r) \rightarrow s]$ , onde a conclusão “s” não é modificada ainda que tenha sido adicionado a premissa “r” no antecedente. A lógica clássica, dita monotônica, não se mostra coerente com o raciocínio derrotável da ciência jurídica que exige a alteração da conclusão a partir da mudança do painel de premissas. Dessa forma, a lógica aplicável ao fenômeno da derrotabilidade seria uma lógica não monotônica que melhor se adequa ao funcionamento de textos normativos com informações incompletas. Neste caso, as premissas condicionais de uma regra jurídica podem ser excepcionáveis (mas não enumeráveis) e não são condições suficientes, mas sim condições derrotáveis, que apenas resultariam suficientes em conjunto com pressupostos implícitos do contexto. Com a lógica não monotônica é possível deduzir os contextos normativos *prima facie* a partir da interpretação de normas jurídicas, mesmo sendo possível a existência de exceções implícitas ou explícitas capazes de modificar a conclusão e o sentido final da norma. Conclui-se que a lógica clássica monotônica infere a conseqüência a partir de determinadas premissas e elas são necessariamente verdadeiras quando todas as premissas também o são e, portanto, não podem ser derrotadas por alguma informação adicional. A lógica não monotônica, por sua vez, permitiria a abordagem das situações excepcionais para então compreender os casos que são aptos a derrotar os efeitos das normas jurídicas.

dever-ser, tem que ser compreendido mediante a intelecção: “Se A, então deve ser normalmente B”<sup>13</sup>.

Esta concepção de lógica clássica e não monotônica envolve um debate mais profunda, dividindo os estudiosos do tema em aqueles que aceitam a concepção clássica e consideram que seu mecanismo de alguma forma se adequa e se relaciona com a derrotabilidade das normas jurídicas e aqueles que a considera incompatível com essa noção.

Independentemente disso, o termo derrotabilidade, embora plurívoco diante de tantas acepções dadas na doutrina (derrotabilidade moral, jurídica, lógica, epistêmica, procedimental)<sup>14</sup>, possui um núcleo comum no sentido de

<sup>13</sup> SARTOR, Giovanni. Defeasibility in Legal Reasoning. In: BELTRAN, Jordi F.; RATTI, G. Batista. *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford University Press 2012, p. 119-126.

<sup>14</sup> Apenas para exemplificar: derrotabilidade de conceitos (i): como decorrência das normas jurídicas pode-se dizer que um contrato é válido ou alguém é obrigado a reparar o dano que voluntariamente causou a outro. Considerando que essas normas são derrotáveis, derrotável também será o conceito de “contrato válido” e de “reparação de danos”; derrotabilidade procedimental: derrotabilidade é resultado da forma como o processo legal é formado, especialmente no que diz respeito à ideia, por exemplo, da movimentação do ônus da prova. Como uma regra jurídica derrotável, não há como elencar tudo aquilo que a excepciona, a possibilidade de criar um argumento para combater a outra parte sempre existirá e a movimentação do ônus da prova pode ser um resultado processual dessa possibilidade; derrotabilidade de argumentos (ii): um argumento é uma cadeia de razões que justificam uma conclusão baseada em determinadas premissas. Os argumentos, por sua natureza, podem se contradizer e derrotar uns aos outros. Também os argumentos utilizam regras para se basearem e é isto que os fazem serem, portanto, derrotáveis; derrotabilidade factual (iii): está relacionada com a quebra de uma regra, mas diferencia-se da derrotabilidade deontica por não ser substitutiva e, finalmente, derrotabilidade epistêmica (iv): é chamada de derrotabilidade, pois tal situação poderia ser modelada formalmente com o uso de técnicas não-monotônicas e derrotabilidade epistêmica: esta é a derrotabilidade usada para desenvolver a lógica não monotônica principalmente no contexto da Inteligência Artificial para fins práticos e especialmente servir os sistemas computacionais. Estes tipos de sistemas podem ser comandados por regras derrotáveis por alguma exceção inesperada vinda de um conhecimento adicional. O sistema do know-ledge-based utilizado como um programa de computador que raciocina e usa a base do conhecimento para resolver problemas complexos, na tentativa de reproduzir o raciocínio humano e também alguns modelos ligados à cognição são produtos da derrotabilidade epistêmica. Partindo-se da premissa de aquilo que o ser humano conhece é incompleto, este tipo de derrotabilidade está presente em situações triviais da compreensão humana. O mecanismo de funcionamento é o mesmo relacionado à Derrotabilidade Deontica, diferenciando-se apenas no fato de uma ser uma característica das normas e a outra de enunciados descritivos. (Classificação ampla de derrotabilidade trazida por Barstosz Brozek, *Defeasibility of legal reasoning*, 2004, pp. 24-44). A derrotabilidade também pode ser definida como expressa (express defeasibility). Esta concepção de derrotabilidade é de Neil MacCormick. O autor, na altura, qualifica a derrotabilidade como uma exceção expressa. Quando uma regra que prescreve uma instituição jurídica que afirma condições ordinariamente necessárias e presumidamente suficientes, incluindo na própria regra uma exceção explícita, já confirma uma aparência de validade daquela regra jurídica que pode ser derrotada pela realização fática daquela exceção prevista, ou seja, uma intervenção capaz de invalidar a regra. Para fins didáticos, o autor explica esta categoria de derrotabilidade partindo da ideia de uma regra acerca de um Direito “D”, que prevê as condições positivas capazes de atribuir D a um determinado cidadão, porém, submetido a concessão desse direito a uma exceção. Portanto, pode-se sintetizar a fórmula

que algumas premissas podem ser “derrotadas” por permitirem, conforme o caso concreto, a inclusão de exceções implícitas ou explícitas, as quais seriam impossíveis de serem exaustivamente elencadas previamente.

Basicamente, tentar-se-á adentrar num sentido estritamente de uma concepção de derrotabilidade deontica<sup>15</sup>, partindo do conceito de que as consequências descritas numa norma só se operariam a menos que alguma circunstância ou argumento mais forte não fosse apresentado, isto é, em que pese haja a ocorrência dos fatos que dariam ensejo à consequência jurídico-normativa prevista naquela norma, podem surgir outras situações relevantes que estabeleçam uma exceção capaz de derrotar e afastar a norma inicial.

### 3. A DERROTABILIDADE E OS CONFLITOS NORMATIVOS

Os conflitos normativos são a gênese da derrotabilidade de uma norma jurídica. Ou seja, só há derrotabilidade de uma norma quando há conflito.

Para se verificar um conflito normativo, é necessário que as consequências jurídicas de pelo menos duas normas sejam entre si incompatíveis. Além disso, é essencial que tenham as condições de aplicação (hipóteses legais) similares<sup>16</sup>.

Por exemplo:

---

das condições em relação ao Direito D da seguinte forma: se as condições c1, c2 e c3 são satisfeitas, então o cidadão A pode opor D contra B, mas não se B mostrar que existe uma condição excepcional e1. Para A estabelecer a pretensão D, é necessário que satisfaça as condições (c1,c2 e c3) e cabe a B demonstrar a existência de exceção ao caso e derrotar a pretensão de A, que estaria correta não fosse a excepcionalidade e1. MacCormick também define outro tipo de derrotabilidade como implícito, e este diferencia-se da anterior porque não traz consigo a exceção expressa no direito positivo. Baseia-se na noção de que os princípios e os valores implícitos do ordenamento podem interagir com previsões específicas do direito positivo. Essa é a derrotabilidade que encontra maiores dificuldades no âmbito do raciocínio e argumentação jurídicos e decorre especialmente pelo fato de a consequência da norma jurídica ser derrotada ainda que se configurem todas as hipóteses fáticas da norma jurídica e não haja nesta norma nenhuma exceção explícita que autorize a não ativação da consequência jurídica MACCORMICK, Neil. Defeasibility in Law and Logic. In: *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*. Dordrecht: Kluwer, 1995. p. 99.

<sup>15</sup> Derrotabilidade deontica pode ser definida pelo seguinte raciocínio: há uma norma jurídica que possui uma ou mais condições (c1, c2, c3) que levam à conclusão de um determinado efeito jurídico “s”. Passo seguinte, após preenchidas e satisfeitas todas as condições para acontecer o efeito jurídico “s” predeterminado na norma jurídica, pela inclusão de alguma exceção implícita, o efeito jurídico que se seguiria após o preenchimento das condições não ocorrerá. Portanto, verificar-se-á o fenômeno da derrotabilidade todas as vezes que ainda que presente o preenchimento de todas as condições da regra, o efeito jurídico final não ocorrerá. Basicamente, as condições ainda que satisfeitas nem sempre serão suficientes para ativar a estatuição prevista na norma jurídica já que estará presente a expressão “a menos que” seguida de uma condição implícita não prevista pelo legislador capaz de derrotar o efeito jurídico trazido pela norma, mesmo que estejam todas as condições suficientemente preenchidas. BROZEK, Barstosz, *Defeasibility of legal reasoning*, 2004, pp. 24-31.

<sup>16</sup> Cf. DUARTE, David. Rebutting defeasibility as operative normative defeasibility in *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito: estudos de direito e filosofia*, Coimbra, Almedina, pp. 161-164.



Ao se verificar as condições definidas por (c) e as consequências jurídicas definidas por (p), sendo a negativa ( $\sim p$ ), analisando se duas normas é possível visualizar um conflito normativo quando:

Na conexão total-total, terminologia utilizada por Alf Ross<sup>17</sup>, vê-se claramente um conflito normativo em que as normas possuem as mesmas hipóteses legais, mas com consequências jurídicas absolutamente contrárias e incompatíveis.

$$\begin{aligned} N1 &= c1 \cap c2 \cap c3 \rightarrow p \\ N2 &= c1 \cap c2 \cap c3 \rightarrow \sim p \\ \text{Total} &\leftrightarrow \text{Total}^{18} \end{aligned}$$

O esquema abaixo apresenta a conexão total-parcial: neste caso, as hipóteses legais de uma norma estão parcialmente semelhantes com a de outra e possuem consequências jurídicas contrárias e incompatíveis, desse modo, há uma norma que terá mais condições que as previstas na outra, o que levará a uma relação de especialidade entre elas e, por conseguinte, a resolução do conflito fica centrada nas normas secundárias (critério da especialidade).

$$\begin{aligned} N1 &= c1 \cap c2 \cap c3 \rightarrow p \\ N2 &= c1 \cap c2 \cap c3 \cap c4 \rightarrow \sim p \\ \text{Total} &\leftrightarrow \text{Parcial}^{19} \end{aligned}$$

Dadas estas situações, é importante ressaltar que estes conflitos normativos podem ser resolvidos pela utilização dos critérios das normas secundárias de resolução de conflito – especialidade, hierarquia e cronologia – se assim satisfizerem suas condições. O que significa dizer que em uma conexão total-total das hipóteses legais, uma terceira norma pode ser utilizada para definir qual prevalecerá e qual será derrotada, conforme a sua hierarquia seja superior ou se tiver sido editada posteriormente à outra norma conflitante. Na conexão total-parcial, por sua vez, o conflito é resolvido por meio da norma de conflito que determina a prevalência da norma mais específica, a qual derrotará a outra geral quando se configurar a colisão entre elas.

A derrotabilidade que se relaciona com essa noção de conflito normativo é aquela entendida como derrotabilidade *undercutting*<sup>20</sup>. Há uma colisão

<sup>17</sup> ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Rev. Alysso Leandro Mascaro. 1ª edição. Bauru: Edipro. 2000, pp. 57-60.

<sup>18</sup> ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Rev. Alysso Leandro Mascaro. 1ª edição. Bauru: Edipro. 2000. 159.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 159-160.

<sup>20</sup> SARTOR, Giovanni. Defeasibility in Legal Reasoning. In: BELTRAN, Jordi F.; RATTI, G. Batista. *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. Oxford University Press 2012, p. 119-126.

de normas e uma delas prevalece, derrotando a outra. Esta derrotabilidade é caracterizada pela resolução do conflito normativo pelas normas secundárias inseridas no sistema jurídico, como *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generalis*. Na derrotabilidade *undercutting* as situações normativas se configuram e se solucionam dentro do próprio ordenamento jurídico e por isso tem um baixo grau de técnica diante do fenômeno da derrotabilidade das normas jurídicas, já que não apresentam grandes dificuldades de resolução<sup>21</sup>.

Ainda assim, vale destacar que nesta solução de colisão pelas normas secundárias de conflito, as quais definirão qual dentre elas deve ser aplicada no caso concreto, ter-se-á uma hipótese de derrotabilidade, já que a consequência jurídica da norma derrotada deixará de se impor ainda que satisfeitas todas as suas hipóteses legais, por uma terceira norma de resolução de conflito, responsável por apontar qual deve prevalecer na colisão.

Por fim, a próxima classificação é a que terá maior relevância para a problemática que aqui se desenvolve, especialmente porque o conflito normativo derivado de uma conexão parcial-parcial não pode ser resolvido de maneira simples como nas situações anteriormente apresentadas. Neste caso, não há como utilizar, por exemplo, normas de resolução de conflito previamente definidas no ordenamento jurídico, já que este tipo de colisão só se desenvolve nas situações concretas<sup>22</sup> e, portanto, é impossível definir previamente qual seria a norma a prevalecer e a norma a ser derrotada.

Neste sentido, a conexão parcial-parcial apresenta normas que possuem ao mesmo tempo alguns elementos em comum, mas também possuem hipóteses que não estão presentes em ambas e consequências jurídicas contrárias e incompatíveis. Neste caso, quando se verifica a existência de todas as hipóteses (c1, c2, c3 e c4) na mesma situação, há um conflito normativo.

<sup>21</sup> (...) the defeasibility schema is totally processed inside the legal system and where in relation to facts and to applicable norms, the legal solution of the case doesn't achieve any specific from that schema. Therefore, normative undercutting defeasibility expresses a sort of defeasibility, if it is possible to say this way, with a low grade of technical operativity. Cf. DUARTE, David. Rebutting defeasibility as operative normative defeasibility in *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito: estudos de direito e filosofia*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 174.

<sup>22</sup> É nessa hipótese também que se verifica um conflito normativo classificado como concreto, ou seja, só é possível a existência do conflito diante da presença fática de todas as condições em ambas as normas. O conflito normativo é uma possibilidade. Assim, as normas convivem no sistema jurídico sem aparentemente apresentarem um conflito, que só se manifestaria concretamente quando todas as condições previstas nas duas normas de consequências incompatíveis se verificassem simultaneamente. Aqui, os fatos são decisivos para definir o conflito normativo. É esse tipo de conflito que acontece geralmente com as normas princípios que possuem um número mais amplo de hipóteses legais, as quais são preenchidas conforme o caso e tendem a ter mais pontos de contato com outras normas do ordenamento em razão da sua natureza expansiva (DUARTE, David. Rebutting defeasibility as operative normative defeasibility, In: *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito: estudos de direito e filosofia*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 164).

$$\begin{aligned} N1 &= c1 \cap c2 \cap c3 \rightarrow p \\ N2 &= c1 \cap c2 \cap c4 \rightarrow \sim p \\ \text{Parcial} &\Leftrightarrow \text{Parcial}^{23} \end{aligned}$$

Apenas para uma elucidação mais didática daquilo que se aduz aqui, tem-se um exemplo imaginário em que duas normas possuem a seguinte estrutura:

N1= Mulheres (c1) acreanas (c2) matriculadas na  
Universidades de Lisboa (c3) podem ir à praia (p).

N2= Mulheres (c1) acreanas (c2) que possuem cabelos  
pretos (c4) não podem ir à praia ( $\sim p$ ).

Parcial  $\Leftrightarrow$  Parcial

À primeira vista, as normas não são conflitantes, mas quando em um caso concreto tem-se a verificação de todas hipóteses legais previstas nas duas normas, isto é: quando há mulheres (c1), acreanas (c2), matriculadas na Universidade de Lisboa (c3) que possuem cabelos pretos (c4) o conflito se torna evidente, já que as consequências jurídicas previstas nas duas normas são incompatíveis. Nesta situação, uma das normas será também derrotada, mas é preciso que o conflito seja resolvido buscando uma solução externa ao sistema jurídico.

Associada à este conflito está outra classificação de derrotabilidade, denominada como *rebutting*<sup>24</sup>. Nela, será a norma mais forte que supera e derrota a mais fraca, o que significa que ambas as normas são colocadas em comparação e, como a mais fraca é derrotada, apenas a consequência jurídica daquela que prevaleceu será considerada naquele caso concreto. É a situação normativa onde uma norma é aplicável ao caso e outra também é, mas com consequências jurídicas incompatíveis, o que refutaria a primeira.

Mas ao contrário da derrotabilidade *undercutting* e porque é tão somente uma potencial norma derrotadora, a segunda norma não elimina a aplicação da primeira em todos os casos: o efeito jurídico que prevalece é decidido e o conflito solucionado por meio do balanceamento das normas. O conceito ilustra um problema jurídico efetivo onde uma norma é derrotada por outra sem nenhuma solução normativa concreta e, conseqüentemente, a solução jurídica do caso resta aberta para ser resolvida pelo esquema de derrotabilidade em si, fora do ordenamento jurídico, pelo julgador.

<sup>23</sup> ROSS, Alf. Direito e justiça Trad. Edson Bini. Rev. Alysson Leandro Mascaro. 1ª edição. Bauru: Edipro. 2000, p. 160.

<sup>24</sup>

Nesta hipótese, a única solução viável ao conflito que se estabelece é a de que o intérprete tem de optar por uma das normas, não discricionariamente, mas sustentado por uma argumentação justificada baseada nas circunstâncias fáticas e normativas a fim de chegar ao resultado final pelo processo da ponderação ou balanceamento de valores, bens e interesses.

#### 4. ENTRE TANTOS CASOS: A DERROTABILIDADE POUCO DITA

Ainda no tema dos conflitos normativos e retomando a noção de derrotabilidade apresentada até agora, é importante repisar que este último conceito pode ser utilizado para esclarecer alguns fenômenos das normas e do pensamento jurídico, já que se faz representar por uma estrutura em que as conclusões que deveriam decorrer de suas premissas podem, de algum modo, serem afastadas<sup>25</sup>.

Neste sentido, a derrotabilidade é ideal para descrever as situações em que uma norma tem sua conclusão afastada pela aplicação de outra em detrimento desta, circunstância habitual na prática jurídica<sup>26</sup>.

É verdade que como um termo relativamente novo e ainda pouco explorado pela doutrina e jurisprudência (especialmente a brasileira) são raros os casos em que é assim denominada. Aliás, muitos operadores do direito se deparam com ela sem sequer ter consciência. Entretanto, além do que se imagina, a derrotabilidade está presente no cotidiano jurídico.

Apenas como exemplo, pode-se citar inicialmente a presença da derrotabilidade no emblemático caso *Riggs vs. Palmer*, trazido por Dworkin em que a norma que garantia a herança por força do testamento foi claramente derrotada pelo princípio do “no man shall profit from his own wrong” (ninguém pode se beneficiar da sua própria torpeza) a fim de evitar que o assassino e ao mesmo tempo herdeiro do testador se beneficiasse do seu ato ilícito. Desta forma, embora todas as hipóteses fáticas se verificassem, a consequência jurídica receber a herança não se operou, já que estaria totalmente em desacordo com os ditames da moral e justiça<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> SARTOR, Giovanni. Defeasibility in Legal Reasoning. In: BELTRAN, F.; RATTI, G. (Ed.) *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Great Britain: Oxford University Press, 2012, p. 112-113.

<sup>26</sup> BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. n. 13, p. 92, 2000.

<sup>27</sup> In 1889 a New York court, in the famous case of *Riggs v. Palmer*, had to decide whether an heir named in the will of his grandfather could inherit under that will, even though he had murdered his grandfather to do so. The court began its reasoning with this admission: ‘It is quite true that statutes regulating the making, proof and effect of wills, and the devolution of property, if literally construed, and if their force and effect can in no way and under no circumstances be controlled or modified, give this property to the murder.’ But the court continued to note that ‘all laws as well as all contracts may be controlled in their operation and effect by general, fundamental maxims of the common law. No one shall be permitted to

Mas não é preciso uma regressão histórica tão grande. A Suprema Corte Constitucional e a jurisprudência brasileiras, por exemplo, estão repletas de casos de derrotabilidade.

A fim de melhor elucidar, analisar-se-á como então se opera a derrotabilidade na prática. Para tanto e com fins didáticos segue referência ao direito fundamental previsto no inciso XII do artigo 5° da Constituição da República Federativa Brasileira, que leciona sobre a inviolabilidade das correspondências:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 1988).

Não há dúvidas, portanto, que o mandamento da norma impede que as correspondências sejam violadas e coloca exceções explícitas a esta ordem, como na hipótese de ordem judicial. Porém, o legislador não tinha possibilidade de determinar todas as exceções, razão pela qual é possível incluir novas exceções para situações atípicas.

Por isso, o fato de a administração penitenciária, sustentada pelo princípio da segurança pública e da preservação de ordem jurídica poder violar e interceptar (ainda que em situações específicas) a correspondência daqueles que se encontram detidos nas suas unidades, pode se consagrar como uma nova exceção ao disposto na norma<sup>28</sup>.

Esquematizando, basicamente o que se diz é que:

N1: Art. 5º, XII, da CFRB = O sigilo das correspondências  
 e das comunicações telegráficas (c1) de dados e das  
 comunicações telefônicas (c2) é inviolável (p).

---

profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime.' The murderer did not receive his inheritance. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 23.

<sup>28</sup> HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACORDÃO - OBSERVÂNCIA - ALEGACÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. (...)A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus. STF, Primeira Turma, HC n. 70.814, rel. min. Celso de Mello, j. em 1º.3.1994, RTJ 176/1136.

N2: Princípio da segurança pública = O sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas (d1) de dados e das comunicações telefônicas (d2) dos detentos em unidades prisionais (d4) não é inviolável ( $\sim p$ ).

Parcial  $\leftrightarrow$  Parcial (c1=d1; c2=d2; p  $\neq$   $\sim p$ )

Claramente, verifica-se um conflito parcial-parcial entre as normas do mesmo ordenamento jurídico que possuem algumas hipóteses similares mas consequências jurídicas incompatíveis. Sem adentrar o mérito da questão, mas apenas identificando a derrotabilidade, neste caso somente uma das normas poderá ser aplicada e a outra será derrotada. Para resolver o conflito é necessário que seja feito um balanceamento e se reconheça a norma derrotante como uma exceção implícita capaz de justificar a derrota da outra norma nesta determinada situação anormal.

Portanto, nesta situação o que se pondera é o direito fundamental à inviolabilidade das correspondências e o princípio da segurança pública, por exemplo, para decidir no caso concreto aquilo que deve prevalecer, dadas as incompatibilidades entre as consequências jurídicas das normas. Analisadas todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, é possível chegar a uma conclusão, conforme ocorreu no caso citado.

Seguindo essa linha, outro caso emblemático que cabe mencionar é o referente ao julgamento do aborto do feto anencefálico<sup>29</sup> e, mais recentemente, o da decisão que trata da interrupção voluntária no primeiro trimestre da gestação<sup>30</sup>. Ambas as disposições não são tipificadas como exceções à consequência jurídica do crime previsto nos artigos 124 a 128 do Código Penal Brasileiro<sup>31</sup>. As exceções escolhidas pelo legislador penal incluíam somente o aborto necessário e o por estupro.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 09/04/2012, Data de Publicação: DJe-071 DIVULG 11/04/2012 PUBLIC 12/04/2012.

<sup>30</sup> Voto vista do Ministro Luís Roberto Barroso, acerca da possibilidade de interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>, acesso em: 12 de fev. de 2017.

<sup>31</sup> Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

No entanto, dada a impossibilidade de serem elencadas todas as exceções não previstas, faz-se necessário que se reconheça quando em casos atípicos elas possam ser inseridas, considerando também que esta nova informação seja uma exceção implícita no ordenamento jurídico.

À vista disso, ao interpretar o sistema jurídico e confrontar a norma de criminalização do aborto com outros princípios constitucionais diante das situações anormais não previstas, aquela foi considerada derrotada.

Sintetizando, a derrotabilidade nesta última situação ocorreria segundo o seguinte esquema:

N1: Art. 124, Código Penal = Provocar aborto em si mesma  
 (c1) ou consentir que outrem lho provoque  
 (c2) será detida por um a três anos (p).

N2: Princípio da dignidade da pessoa humana a amparar  
 a gestante de feto anencefálico = Provocar aborto em si mesma  
 (d1) ou consentir que outrem lhe provoque (d2) não será detida (~p).

Parcial  $\Leftrightarrow$  Parcial (c1=d1; c2=d2; p  $\neq$  ~p)

Na década de 40, quando o legislador redigiu o Código Penal não era possível precisar as informações atuais nem havia o desenvolvimento científico em relação à gestação e ao feto anencefálico. Desse modo, não estaria dentro da sua capacidade determinar tal exceção de maneira tão específica. Portanto, considerando que esta era uma situação anormal e que é possível enquadrá-la como uma exceção, a norma criminalizadora do aborto no Código Penal Brasileiro acaba por entrar em conflito e ser derrotada nas situações em que há a gestação do feto anencefálico por determinar a prevalência de outra norma sobre ela com efeito jurídico incompatível, depois de realizado o sopesamento de valores que ambas defendem por meio da ponderação.

Insta salientar também que, neste caso, ainda que a norma seja derrotada, ela continuará sendo normalmente aplicada para todos os outros casos que não se enquadrem numa exceção justificada.

## 5. DERROTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS: POSSÍVEIS LIMITES

Os exemplos de derrotabilidade são inúmeros, porém, como já se viu, ainda é um assunto pouco enfrentado na jurisprudência e doutrina brasileira. Não se pode, no entanto, ser simplista na avaliação da derrotabilidade. Há

grande inconsistência em relação ao seu papel na argumentação jurídica e, especialmente, algumas dificuldades se impõem em torno de considerar a derrotabilidade destas normas.

A primeira é definir se todas as normas são derrotáveis e uma outra questão relevante que se coloca é acerca da dificuldade de diferenciar uma legítima exceção implícita de uma exceção incompatível com o sistema jurídico e a criação de novo direito. Há uma linha muito tênue entre a legitimidade de uma decisão judicial que considera uma informação nova como exceção à norma legislada e a usurpação pelo julgador da competência reservada ao Legislativo.

Em relação à primeira questão, não há consenso doutrinário sobre a derrotabilidade de todas as normas jurídicas. Nesse sentido, importa destacar a posição de Carsten Backer<sup>32</sup> que utiliza o conceito de derrotabilidade para diferenciar duas espécies normativas, aduzindo, em linhas gerais, que as normas qualificadas como princípios, em razão de serem mandamentos de otimização, não podem ser derrotadas e as normas regras, por admitirem a acomodação de exceções, possuem o atributo da derrotabilidade.

No entanto, em que pese a relevância do argumento levantado por Backer, o que se considerará para fins desta pesquisa é a derrotabilidade de todas as normas jurídicas, sejam elas regras ou princípios, inclusive aquelas que enunciam direitos fundamentais.

Observa-se que os próprios entraves intrínsecos à adequação de normas com caráter geral para se aplicar em casos específicos, somado às questões de linguagem, bem como à restrita capacidade do legislador de prever todos os casos futuros, leva à inevitável derrotabilidade de todas as normas jurídicas, sejam elas regras ou princípios<sup>33</sup>.

Caso se repute verdadeira a afirmação de que normas jurídicas são derrotáveis, ela traz consigo a noção de que as normas não são absolutas e se sujeitam a exceções que não foram previstas. Todavia, não é adequado com os ditames da democracia e da segurança jurídica que o julgador se valha desta teoria para derrotar e anular as consequências jurídicas das normas de maneira indiscriminada.

Assim, não pode ser a derrotabilidade usada como máscara para a discricionariedade e a imposição da vontade do julgador sobre a lei. Perceba-se que unicamente a ocorrência de um fato não previsto no momento da criação da norma não é razão imediata para que disso seja feita uma exceção. É exatamente neste ponto que se encontra o perigo. É preciso estabelecer fundamentadamente na decisão judicial os motivos que fazem daquela circunstância

<sup>32</sup> BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, pp. 55-82, jan./jun. 2011.

<sup>33</sup> VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010, pp. 72-73.



especial uma exceção e causa da derrotabilidade, ponderando racionalmente as normas em conflito, a fim de estabelecer um limite para que as normas não sejam restringidas de maneira ilegítima ainda que estejam sujeitas a essas variações pontuais.

Para tanto, algumas perguntas que devem ser levantadas e esclarecidas pelo julgador ao se deparar com conflitos normativos em que seja necessário optar pela prevalência de uma norma em detrimento da outra, derrotando-a é: na hipótese do legislador ter considerado esta nova informação, optaria por incluí-la como exceção àquela norma? É esta exceção compatível com o sistema jurídico e a finalidade da norma?<sup>34</sup> Caso a resposta seja positiva, é legítima a derrotabilidade, desde que obviamente, seja fundamentada. No caso da resposta ser negativa, o julgador estaria invadindo as funções legislativas e desrespeitando o princípio da separação de poderes e do Estado Democrático de Direito ao criar uma nova lei, sem ter legitimidade para tal.

## 6. CONCLUSÃO

No decorrer deste artigo buscou-se fazer um apanhado da derrotabilidade, demonstrando o seu desenvolvimento ao longo da história por meio de concepções trazidas por vários autores. Desde o problema de natureza das normas gerais aplicados aos casos concretos de Platão à utilização do termo *defeasibility* por Hebert Hart em sua teoria do Direito.

Passo seguinte, definiu-se também, embora considerada a plurivocidade do termo, um núcleo comum à todas as suas dimensões, qual seja a capacidade de se incluir exceções as quais seriam impossíveis de serem exaustivamente elencadas previamente.

O conceito de derrotabilidade, nesse contexto, demonstrou-se adequado para auxiliar na compreensão de alguns fenômenos observados na prática jurídica. Apesar da amplitude da derrotabilidade, a qual pode servir a diversas áreas do conhecimento, interessou nesta pesquisa um pequeno recorte restrito à derrotabilidade aplicada às normas jurídicas.

Desse modo, verificou-se que este pode ser um poderoso conceito para elucidar as operações feitas pelos juristas na aplicação da lei, especialmente quando se reconhece um conflito entre as normas. Nesse contexto, apresentou-se uma breve noção dos conflitos normativos e as formas com que eles levavam à dois tipos diversos de derrotabilidade definidos como: *undercutting* e *rebutting*. Seguindo essa linha, foi esclarecido que apesar da derrotabilidade

<sup>34</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. *Aborto de feto anencefálico e "derrotabilidade"*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 617, 17 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6466>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

*undercutting* ser um conceito importante, o que interessa e é tecnicamente relevante para o debate da derrotabilidade das normas jurídicas é aquela classificada como *rebutting*.

Na sequência, foi feita uma pequena demonstração de um caso prático em que ocorreu a derrotabilidade de uma norma jurídica em detrimento de uma outra norma com a finalidade de explicar como aconteceria a derrota de uma norma. Também nesta fase, elucidou-se o fato de que apesar de ser um fenômeno trivial, importante para a compreensão jurídica em diversos aspectos, a teoria da derrotabilidade é quase sempre não dita na jurisprudência brasileira e até mesmo ainda pouco tratada na doutrina.

Finalmente, considerando a possibilidade de derrotabilidade de todas as normas jurídicas, inclusive daquelas que tratam de direitos fundamentais, faz-se relevante voltar a atenção para alguns limites que devem ser estabelecidos, especialmente no que concerne a definição daquilo que se pode considerar exceção e na forma como a decisão jurídica deve ser devidamente fundamentada para só então derrotar uma norma jurídica em conflito.

Portanto, a derrotabilidade das normas jurídicas não pode ser utilizada como instrumento do julgador para impor ilegitimamente suas próprias concepções e criar direito novo, tampouco servir de esteio para enfraquecer direitos tutelados por essas normas jurídicas.

Ao contrário, é necessário que a derrota de uma norma seja seguida de uma robusta argumentação capaz de demonstrar a exceção como implicitamente prevista no ordenamento jurídico, bem como das razões pelas quais diante daquele conflito normativo, uma prevaleceu sobre a outra, nos ditames da ponderação.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Coleção os Pensadores (vol. 2), Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, da versão inglesa de d. Ross, São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BÄCKER, Carsten. *Regras, princípios e derrotabilidade*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 102, pp. 55-82, jan./jun. 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. Isonomía, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. n. 13, Alicante: Universidad de Alicante, 2000. p. 87-117.

\_\_\_\_\_. Por qué es derrotable el razonamiento jurídico? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 24. Alicante: Universidad de Alicante, 2001, p. 35-62.

BELTRAN,F.; RATTI, G. Defeasibility and Legality: A Survey, In: BELTRAN,F.; RATTI, G. (Ed.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford: University Press, 2012.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Aborto de feto anencefálico e "derrotabilidade"*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 617, 17 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6466>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 27 jan. de 2017.

\_\_\_\_\_. *Código Penal*, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 27 de jan. de 2017.

BROZEK, Bartosz. *Defeasibility of Legal Reasoning*. Krakow: Zakamycze, 2004.

DUARTE, David. Rebutting Defeasibility as Operative Normative Defeasibility. In: *Liber Amicorum José de Sousa Brito*, Coimbra, Almedina, p. 161-174, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 2001

Grupo de Sistemas Inteligentes. Desenvolvido pelo Departamento de Informática da Universidade Estadual de Maringá. Apresenta informações sobre inteligência artificial. Disponível em: <<http://www.din.uem.br/~ia/intelige/raciocinio2/RacNaoMonoHistorico>>. Acesso em: 24 de jan. de 2017.

HART, Hebert. O conceito de Direito. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Humblot, 1993.

\_\_\_\_\_. The Ascription of Responsibility and Rights. In: *Proceedings of the Varistotelian Society*. v. XLIX. Londres: Harrison & Sons, 1948. p. 171-194.

MACCORMICK, Neil. Defeseability in Law and Logic. In: *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*. Dordrecht: Kluwer, 1995.

\_\_\_\_\_. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo Rio de Janeiro: Campus, 2008.

PLATO, *Statesman*, SKEMP, J.B. trans., England: Bristol Classical Press, 1952.

SARTOR, Giovanni. Defeasibility in Legal Reasoning. In: BELTRAN, F.; RATTI, G. (Ed.), *The Logical of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Great Britain: Oxford University Press.

\_\_\_\_\_. *Syllogism and Defeasibility: A Comment on Neil MacCormick's Rhetoric and the Rule of Law*. EUI-LAW Working Papers. n.º 23. European University Institute (EUI): Department of Law: 2006. p. 01-12.

SERBENA, Cesar Antonio. *Teoria da Derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*, Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: Macedo Junior; PORTO, Ronaldo; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.) *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUCAR, Germán; RODRÍGUEZ, Jorge L. Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho. In: *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003.

VASCONCELOS, Fernando Andreoni. *O conceito de Derrotabilidade Normativa*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Rev. Alysson Leandro Mascaro. 1ª edição. Bauru: Edipro. 2000.

ROSS, W.D., *The Right and the Good*, Oxford: Clarendon Press, 1930.

# CAPÍTULO 9

## PRECEDENTES PERSUASIVOS: ENTRE A AUTORIDADE E A RAZÃO

*Túlio de Medeiros Jales*

**RESUMO:** O trabalho faz uma análise do tipo de autoridade que precedentes persuasivos exercem. Inicia demonstrando a insuficiência do binômio vinculante/não vinculante na explicação dos efeitos normativos que os precedentes persuasivos encerram. Tal demonstração será detalhada por meio das tipologias utilizadas por Frederick Schauer para conceituar a autoridade de fontes persuasivas. A seguir, oferece uma alternativa à conceituação canônica, defendendo que os precedentes persuasivos têm sua operação melhor descrita se conceituados como detentores de autoridade teórica, um tipo de autoridade que não é captada pelo binômio analítico desafiado.

### 1. A INSUFICIÊNCIA DO BINÔMIO VINCULAÇÃO/ PERSUASÃO

O efeito que decisões judiciais exercem sobre atividades jurisdicional posteriores, seja essa atividade a da própria corte que emanou a decisão, de cortes hierarquicamente relacionadas ou mesmo de cortes institucionalmente não interligadas, costuma ser utilizado como uma das variáveis determinantes para classificar a qual tipologia precedental aquela decisão potencialmente influenciadora pertence<sup>1</sup>. Nesse campo, a distinção canônica oferece duas categorias principais: precedentes vinculantes e precedentes persuasivos (não vinculantes)<sup>2</sup>.

Na primeira categoria situam-se decisões que, desbordando os limites dos casos nos quais foram forjados, impõem um incontornável ônus argumentativo a

---

<sup>1</sup> Embora eu reconheça que precedentes não são os únicos materiais jurídicos com potencial para exercer capacidade persuasiva na argumentação jurídica, este ensaio tratará o tema da persuasão a partir da perspectiva precedental.

<sup>2</sup> Sujit Choudry, “Migration as new metaphor in comparative constitutional law”, in: *Migration of Constitutional Ideas*, ed. Sujit Choudry. (Cambridge: Cambridge University Press, 2006): p. 4. Há classificações que refinam o binômio vinculante/persuasivo, graduando os efeitos que “decisões intermediárias” podem ocasionar ou mesmo criando novos tipos de obrigações que certas decisões implicam, para além da necessidade ou não de seguir a conclusão da decisão anterior. Bustamante, por exemplo, propõe uma classificação que, além das categorias anteriores, prevê os precedentes obrigatórios em sentido fraco, ou obrigatórios *prima facie*, reunindo aqueles que os tribunais devem levar em consideração, ainda que não os apliquem. Eles localizam-se em um estágio de fronteira entre os precedentes obrigatórios em sentido forte e os precedentes meramente persuasivos. Thomas da Rosa Bustamante, “O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea”, *Rev. Fac. Direito UFMG*, (2013) p. 320-321, Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá.

cortes que venham a enfrentar questões análogas. Diante de decisões vinculantes, cortes e juízes possuiriam duas opções: ou se submetem ao *resultado* indicado pela decisão prévia, ou cumprem o ônus de distinguir (*distinguish*) seu entendimento daquele prolatado anteriormente<sup>3</sup>. A justificativa para a existência de decisões vinculantes costuma assentar-se sobre razões institucionais ou hierárquicas<sup>4</sup>. Haveria nos sistemas jurídicos normas ou arquiteturas institucionais que impelem certos órgãos a cumprir ou se subordinar a determinadas decisões, independentemente do conteúdo que elas carreguem. Decisões vinculantes não podem ser superadas no âmbito dos órgãos subordinados ou hierarquicamente inferiores; ou são obedecidas ou são distinguidas.

A segunda classificação abarca materiais jurídicos que, não possuindo capacidade autoritativa ou determinante sobre o processo de argumentação das jurisdições que lhe orbitam, poderiam apenas informar ou aconselhar seus conteúdos decisórios. Materiais persuasivos carecem do traço institucional de coercibilidade, baseando sua utilização na força do conteúdo de suas razões. Sucede que, ao fazer com que agentes jurídicos ingressem em um juízo de avaliação da capacidade de influência de seus conteúdos, decisões persuasivas criam uma série de problemas para a argumentação jurídica: quais as implicações de reconhecer a natureza persuasiva de uma decisão jurídica? De quem é o ônus de provar por que certos materiais possuem carga persuasiva? Como justificar democraticamente a forma como materiais jurídicos persuadem? Como impedir que o recurso à natureza persuasiva de materiais jurídicos torne-se uma retórica para encampar preferências políticas que carecem de base normativa?

Os desdobramentos por trás de cada um desses questionamentos acabam eclipsados ao se tratar o tema dos precedentes persuasivos como um conceito residual à caracterização dos precedentes vinculantes. O problema da persuasão, assim, expõe uma fissura na distinção canônica entre precedentes vinculativos e persuasivos, demonstrando que o binômio não consegue oferecer um instrumental teórico suficiente para compreendermos os efeitos que certas decisões possuirão na dinâmica decisória de cortes e tribunais. Nesse contexto, malgrado o ensaio não se esforce em responder as perguntas acima colocadas, a explicitação das interrogações serve de justificação para perseguir um questionamento preliminar: qual tipo de autoridade possuem órgãos ou instituições que proferem materiais jurídicos reconhecidos como persuasivos?

<sup>3</sup> Alfred William Brian Simpson, "The ratio decidendi of a case and the doctrine of binding precedents." in: *Oxford Essays in Jurisprudence*, ed. Alfred William Brian Simpson, (Oxford: Oxford University Press, 1973, p. 148-175): p. 14.

<sup>4</sup> Amy Coney Barrett, "Precedent and Jurisprudential Disagreement", *Texas Law Review*, v. 91, n.7, (2013): 1712-1737, <http://ssrn.com/abstract=2291141>.

Essa pergunta buscará ser respondidas por dois movimentos. Inicialmente será apresentado a suposta contraposição entre os conceitos de autoridade e persuasão. O trabalho compreende que é a diferenciação entre essas duas categorias que sustenta a divisão entre precedentes vinculantes e persuasivos. O segundo movimento destrinchará o conceito de autoridade em suas vertentes teórico e prática, permitindo a mitigação do distanciamento entre persuasão e autoridade, bem como a consequente visualização do tipo de autoridade exercida pelos precedentes persuasivos.

## 2. A SUPOSTA INCOMPATIBILIDADE ENTRE AUTORIDADE E PERSUASÃO: PRECEDENTES PERSUASIVOS COMO AUTORIDADES OPCIONAIS

Na base da diferenciação canônica entre decisões vinculantes e persuasivas está a incompatibilidade entre a forma de atuação das autoridades e das razões dentro de processos decisórios. Refletindo sobre o *status* normativo das citações de decisões judiciais nacionais e estrangeiras por parte dos juízes e cortes norte-americanas em seus votos ou sentenças, Frederick Schauer constrói uma diferenciação entre as funções da autoridade e da razão no uso de precedentes<sup>5</sup>.

Segundo Schauer, a fundamental característica da autoridade é derivar sua força da fonte da qual emana, não dependendo sua efetividade do conteúdo substantivo veiculado. As razões para seguir uma autoridade são razões independentes do conteúdo material (*content independent reasons*). Em oposição, a persuasão fia-se em razões substantivas, sendo um processo que sempre dependerá do acesso ao conteúdo material dos argumentos para se concretizar. Aprofundemos a estrutura de sua descrição conceitual.

Autoridades seriam capazes de ordenar razões práticas (razões para agir ou decidir) ou razões teóricas (razões para crer ou acreditar em algo como verdadeiro) sustentadas apenas pelo *status* de sua fonte. A essência da autoridade se expressa tanto ao não ser dependente de razões substantivas para ser efetivada, quanto em poder ser efetivada apesar das razões substantivas<sup>6</sup>. Fundando seu conceito de autoridade como uma instância geradora de razões que independem de seus conteúdos para serem cumpridas, o passo seguinte de Schauer é colocar em oposição autoridade e persuasão. A persuasão genuína é um processo argumentativo necessariamente calcado na troca dialógica de razões substantivas, no qual um agente se convence de que determinadas

<sup>5</sup> Frederick Schauer, "Authority and authorities", *Virginia Law Review*, n. 94, n.8, (2008): p. 1931-1961, 1935-1936.

<sup>6</sup> *Ibid*, 1935-1936.

razões podem superar outras<sup>7</sup>. Persuadir alguém a tornar-se vegetariano é uma decisão que necessariamente interagirá com diversos argumentos, desde aqueles que conscientizam sobre a origem e a qualidade das carnes consumíveis aos que sensibilizam sobre a saúde dos animais. Não haverá persuasão, contudo, se a mesma a mesma opção pelo vegetarianismo for submetida a uma criança pelos pais de forma terminativa. Nesse último caso estará em jogo apenas um exercício de autoridade.

Para Schauer, essa incompatibilidade entre persuadir e agir de forma autoritativa torna a expressão “autoridade persuasiva”, correntemente utilizada para caracterizar decisões não vinculantes, um oximoro. Só aquilo ou quem não possui autoridade é que necessita entrar no jogo persuasivo das razões substantivas. Ao mesmo tempo em que define sua essência, Schauer intenta desvencilhar o conceito de autoridade de outros predicados que lhe são normalmente atribuídos. Para a finalidade deste ensaio, voltado especificamente para a investigação de precedentes persuasivos, importante tratarmos especificamente da propriedade *não obrigatória* ou *opcional* que a autoridade pode encerrar. Ao invés de autoridade persuasiva, Schauer prefere classificar a utilização de certos materiais não vinculantes como “autoridades opcionais”, em contraposição às autoridades mandatórias ou obrigatórias.

Para esclarecer o conteúdo da categoria autoridade opcional, Schauer lança mão da diferenciação feita por Ronald Dworkin entre princípios e regras. Em Dworkin, não seria uma opção para um juiz aplicar ou não uma regra que se encaixa perfeitamente ao caso que o magistrado possui diante de si. Amoldando-se a regra ao fato, deve ela necessariamente ser aplicada. No caso dos princípios, ainda que os *triggering facts* necessários à sua mobilização estejam presentes, sua aplicação não é obrigatória, devendo o juiz avaliar se outro princípio poderia prevalecer no caso concreto. É dizer, embora regras e princípios possuam conteúdos autoritativos próprios, válidos independentemente de seus predicados, diferenciam-se em razão do caráter opcional ou obrigatório em que são mobilizados.

Transportando essa diferenciação para sua tipologia, Schauer exemplifica que as normas derivadas de estatutos nacionais e as decisões da Suprema Corte seriam autoridades mandatórias, das quais aplicadores não poderiam se desvencilhar, mas decisões de cortes estrangeiras ou tratados internacionais não

<sup>7</sup> Schauer reconhece que sua distinção entre razões substantivas (*content dependent*) e razões independentes do conteúdo se assemelha à distinção avançada por Joseph Raz entre razões de primeira ordem e razões de segunda ordem. Aquelas seriam razões baseadas no mérito; elas podem ser oponíveis entre si e, nesses casos, a razão mais forte sobressai sobre a mais fraca. Razões de segunda ordem são razões sobre razões, proporcionando razões para agir em conformidade com alguma outra razão ou para deixar de agir em função de determinada razão.

incorporados ao direito americano poderiam funcionar apenas como autoridades opcionais, as quais os juízes podem optar ou não por seguir.

O conceito de Schauer de autoridade opcional nos permite perceber que um mesmo precedente não vinculante pode atuar como uma razão persuasiva, como uma autoridade opcional, ou como os dois ao mesmo tempo. A definição de como esse material de fato foi utilizado é, no entanto, uma questão de caráter empírico. Quando um juiz da Suprema Corte norte-americana utiliza um julgado de uma corte constitucional europeia para resolver uma questão jurídica, ele pode estar sendo genuinamente persuadido pelas razões substantivas urdidas para solucionar o problema no contexto europeu, traduzindo-as para a realidade estadunidense. Nesse caso, essa decisão não atua como uma autoridade propriamente dita, mas sim como um material persuasivo. O que geralmente ocorre, no entanto, não é a mobilização de razões substantivas colhidas em decisões não vinculantes. Para Schauer, os juízes norte-americanos tendem a enxergar as decisões não vinculantes como autoridades opcionais; elas são utilizadas nos julgados não em função das razões contidas, mas pura e simplesmente porque se compreende que determinados órgãos, instituições ou pessoas estão melhor colocados que o próprio decisor de momento para responder as questões trazidas a sua apreciação<sup>8</sup>.

Ainda que Schauer contextualize sua análise na realidade jurisdicional estadunidense, um fenômeno candente na realidade de cortes constitucionais de países do sul global também pode ser descrito com a lente teórica da autoridade opcional. Diagnóstico compartilhado por uma leva de estudos comparativos dá conta de que as cortes localizadas no sul global lançam mão de decisões produzidas no norte global não em razão das narrativas argumentativas contidas em tais julgados, mas sim por razões simbólicas, políticas ou mesmo estratégicas<sup>9</sup>. Nesses tipos de mobilização, é muito mais importante que as decisões das cortes do norte sejam vistas como uma autoridade a ser respeitada independente de seu conteúdo do que como uma razão substantiva forte.

<sup>8</sup> “Insofar as this picture of expertise-influenced selection of optional authorities is accurate, then an optional authority is genuinely authoritative when the selector of the authority is not (necessarily) persuaded by what some nonmandatory source says, but is (inexpertly) persuaded that the optional source is more likely reliable than the selector herself. So although a judge of the Southern District of New York is required to follow Second Circuit rulings he thinks wrong even if he thinks that the judges of the Second Circuit are morons, there are other circumstances in which a judge defers to an authority not because he is persuaded by the authority’s conclusions or reasons but by the fact that the authority is an authority. In such circumstances, relying on the authority is genuinely optional and not mandatory, but it is nevertheless true that the reliance or obedience that ensues is one that is content-independent and, as such, an example of authentic authority.” SCHAUER, 2008, p.1949.

<sup>9</sup> Daniel Bonilla, *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 1<sup>o</sup> ed., 67. Ran Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. (Oxford: Oxford University Press, 2014).



Se Schauer estiver certo sobre a distinção entre a autoridade e persuasão, podemos afirmar que um agente argumentativo não poderá jamais ser persuadido a acreditar em algo ou a realizar alguma ação unicamente em função de uma autoridade, bem como não poderá deixar de descumprir ou superar uma norma autoritativa apenas pelo desenvolvimento de razões persuasivas. O terreno para a atuação dos materiais persuasivos seria apenas aqueles não ocupados pelas autoridades mandatórias, e o instrumento de convencimento dos agentes persuasivos seria apenas as razões substantivas.

Ao invés de conformar-se como uma construção que contesta o modelo canônico baseado na distinção entre decisões vinculantes e persuasivas, a descrição de Schauer parece um instrumental que explica de maneira aprofundada e pormenorizada tal modelo. A camada de sofisticação desenvolvida fica à cargo do conceito de autoridade opcional. A partir dessa categoria, as perguntas trazidas na introdução do ensaio seriam respondidas da seguinte forma: (i) os precedentes persuasivos não possuem intrinsecamente qualquer autoridade, mas podem eventualmente ser utilizados como autoridade opcional, exercendo influencia independentemente de seus conteúdos; (ii) quando utilizados como autoridades opcionais, precedentes persuasivos operam por meio de razões autoritativas, válidas independentemente do seu conteúdo; (iii) ao serem mobilizados como razões persuasivas, condicionam sua eficiência normativa às razões substantivas que os sustentam.

Acreditamos, contudo, que a pintura conceitual de Schauer pode ser aprimorada em dois níveis. Para o primeiro, utilizaremos uma distinção entre dois tipos possíveis de autoridade que Schauer parece desatentar. Essa distinção permitirá testar a possibilidade de descrevermos os precedentes persuasivos como fontes detentoras de autoridade. No segundo, questionaremos a presunção de que as fontes autoritativas do direito estão previamente estabelecidas pelo próprio sistema jurídico, avançando a ideia que a alocação da autoridade no sistema jurídico se explica por um modelo dinâmico.

### 3. O ENTRELAÇAMENTO ENTRE PERSUASÃO E AUTORIDADE COMO CHAVE PARA COMPREENDER OS PRECEDENTES PERSUASIVOS

Na construção de Schauer, a independência das razões em relação ao conteúdo valeria *da mesma forma* tanto para as autoridades teóricas quanto para as autoridades práticas. Em verdade, não parece essencial a Schauer distinguir esses dois tipos de autoridade e, por consequência, divisar os diferentes fundamentos que as sustentam. Compreendemos, no entanto, que a diferenciação entre essas duas espécies de material autoritativo conduz a diferentes conclusões sobre a autoridade que precedentes persuasivos podem apresentar.

Uma autoridade teórica é aquela que possui um nível de expertise ou conhecimento sobre determinada questão capaz de oferecer um juízo de verdade qualificado nesse âmbito<sup>10</sup>. Tais autoridades oferecem uma síntese do balanço de razões em favor de uma asserção ou juízo. Não são elas fontes de razões absolutas ou evidentes, mas sim instâncias reconhecidas como legitimadas para oferecer um juízo final qualificado, superior ao senso comum, sobre a verdade de fatos no mundo. O produto advindo das autoridades teóricas é sempre um julgamento *all things considered*: a conclusão alcançada pela autoridade teórica não é, pois, a única verdade possível, mas um estágio final de um processo de disputas em torno do que é a verdade<sup>11</sup>.

Estando melhor apetrechadas ou posicionadas para produzirem um juízo de verdade, as razões provenientes autoridades teóricas não dependem totalmente do conteúdo material que veiculam<sup>12</sup>. Acredita-se na autoridade teórica não porque se sabe ou se convence que seu argumento é o correto ou verdadeiro, mas sim por que ela está em melhor posição para alcançar os argumentos corretos e o verdadeiro. Elas servem como uma ponte entre as razões substantivas que sustentam a verdade sobre fatos e experiências e aqueles que não são capazes de compreender ou não se interessam em entender certos fatos e experiências. Provavelmente quem estiver a ler este ensaio será incapaz de elaborar argumentos para convencer quem lhe é próximo sobre a existência de ondas gravitacionais. A única razão à mão pode repousar justamente em uma autoridade teórica: físicos recentemente ganharam prêmio Nobel por identificar a existência das ondas gravitacionais. Como os estudos de tais físicos foram reconhecidos pela comunidade científica de forma ampla como corre-

<sup>10</sup> “To be a theoretical authority is, in essence, to have a level of knowledge and/or skill in some domain that gives one’s considered views about a matter within the domain far more credibility than the views of those possessing an average level of knowledge or skill.” Gary Lamond, “Persuasive authority in the law” *The Harvard Review of Philosophy*, v. 17, n. 1, p. 16-35 (2010): p. 19.

<sup>11</sup> *Ibid*, p. 20.

<sup>12</sup> Há uma diferença entre estar no campo da argumentação prática e teórica e estar submetido a autoridades práticas ou teóricas. O direito é um domínio do raciocínio prático. Ou seja, a pergunta fundamental é “o que fazer com o direito”? O fato dele estar encharcado pelo raciocínio prático não significa que não haja espaço tanto para autoridades teóricas quanto autoridades práticas agirem dentro desse raciocínio prático. Michelin afirma, por exemplo, que quando aplicada a problemas práticos uma autoridade teórica fornece não apenas uma razão para acreditar, mas uma razão para agir “The apparently sharp distinction between reasons to believe and reasons to act collapses when one has a reason to believe that an action should be performed. Such a reason is itself a reason to act and this is a fact of the grammar of beliefs. To say ‘All applicable reasons support the belief that x is the right [thing] to do, but I don’t have any reason to do x’ makes as much sense as saying that ‘All applicable reasons support the belief that the cat is on the mat, but there is no reason to believe that the cat is on the mat’. (...) Although a conceptual distinction could be made between theoretical and practical authority, under some conditions, having one implies having the other” Cláudio Michelin, *Being apart from reasons. The role of reasons in public and private moral decision-making*, (Springer, 2006).

tos e impactantes, a autoridade teórica que eles carregam é fortíssima. Não é necessário que os amigos dos leitores deste ensaio leiam as pesquisas físicas elaborados pelos ganhadores do Nobel para que se convençam da existência de ondas gravitacionais.

Já as autoridades práticas proporcionam razões para agir de certa maneira. Quando uma autoridade prática nos comanda algo ela não necessariamente está em uma posição que lhe permita realizar o melhor juízo sobre o que deve ser comandado; ainda assim a sua autoridade prática é plena para efetuar o comando. Assim, como a autoridade teórica, a autoridade prática expõe razões que independem de seus conteúdos para efetivação. Ao contrário da categoria anterior, contudo, o produto da autoridade prática não é fruto de um processo de balanceamento de razões, mas se fundamenta na própria alocação de poder decisório entre as autoridades e seus subordinados (posição hierárquica, institucional ou formal daquele que detém a autoridade prática)<sup>13</sup>.

Dessa forma, a autoridade prática difere da teórica não apenas no tipo de razão que fornece (enquanto a prática fornece razões para fazer, a teórica fornece razões para acreditar), mas também na relação entre as partes que estão envolvidas no jogo de ações. Essa diferença relacional entre os envolvidos modifica os próprios fundamentos por trás da ideia de cada uma das autoridades. Ocasões em que o julgamento da autoridade é falho ou contestável por aqueles que a ela estão submetidos são circunstâncias reveladoras sobre como autoridades práticas e teóricas podem se relacionar. Vejamos.

Quando um agente detém razões suficientemente fortes para contestar o conceito de verdade colocado por autoridades teóricas é improvável que esse agente prefira apegar-se à argumentação da autoridade simplesmente porque ela estará melhor posicionada que ele próprio. Aproveitando o exemplo anterior, imaginemos que um de nossos leitores possua um amigo que seja um físico internacionalmente renomado em física newtoniana, um campo da física que duvida da existência destes tipos de onda. O fato deste físico newtoniano possuir considerável capital teórico para desafiar os estudos que advogam a existência das ondas gravitacionais pode fazer com que ele conteste a entrega do Nobel aos seus vencedores.

O ponto que pretendemos aqui tornar claro é a aparente existência de uma relação entre a qualidade persuasiva do balanceamento de razões produzido pela a autoridade teórica para expressar seus juízos e a probabilidade de que os subordinados a reconheçam como, de fato, uma autoridade. Em resumo, caso a razão para acreditar não seja forte ou persuasiva, é improvável que instituições

<sup>13</sup> “Relationships of practical authority involve an allocation of decisionmaking power between the parties: to have authority over another is to have the (normative) power to decide how the other is to behave (within some range of actions)”. LAMOND, 2010, p. 21.

ou atores sejam enxergados como autoridades teóricas. O desvelar desta dimensão não é suficiente para concluir que as autoridades teóricas operam totalmente dependentes dos conteúdos ou da capacidade persuasiva da substância de suas razões. É possível afirmar, no entanto, que não há uma independência total entre as autoridades teóricas e as razões substantivas que as sustentam.

No caso das autoridades práticas, por mais contestáveis que as ordens delas advindas possam ser, o subordinado não possui nenhuma autonomia para deixar de segui-las. A distribuição das competências decisórias que a estrutura da autoridade prática implica faz com que a força normativa de seus comandos seja completamente independente dos méritos de suas razões.

Diferenciar os fundamentos e a operação dos tipos de autoridade nos permite corrigir a rota da descrição de Schauer sobre como precedentes persuasivos são aplicados. Pelo argumento reconstruído na seção anterior, esses materiais persuasivos poderiam possuir apenas autoridade opcional, fornecendo razões que deveriam ser seguidas independentemente do seu conteúdo. Malgrado Schauer não explicitar consideração desse matiz, podemos classificar a dinâmica da autoridade opcional como inserta no modelo de funcionamento da autoridade prática aqui caracterizada, ou seja, uma autoridade que independe totalmente do conteúdo veiculado.

Contudo essa não nos parece ser a melhor caracterização da forma de utilização dos precedentes persuasivos. Cortes que usam precedentes persuasivos não estão em uma cadeia decisória na qual as fontes desses materiais persuasivos sejam autoridades práticas que devem ser seguidas sem qualquer contestação. Não há qualquer distribuição ou alocação de poder entre as instâncias decisórias e aquelas outras de onde saem os precedentes persuasivos. Esse aspecto até é bem capturado pela noção de autoridade opcional de Schauer. O conceito parece mesmo ser insuficiente quando expõe que autoridades opcionais são totalmente *content independent*.

Não é verossímil acreditar que uma corte utilize um argumento de outra instância mesmo que acredite que a conclusão lá alcançada é equivocada. Quando utiliza material persuasivo é provável que haja uma avaliação acerca do peso das razões substantivas ou do resultado que os atores anteriores chegaram. Assim, ainda que juízes e magistrados tendam a enxergar outras cortes como detentoras de expertise e conhecimento sobre matérias que elas também se deparam, os precedentes persuasivos só são mobilizados quando há a predisposição em acreditar no mérito de suas considerações.

Dizer que precedentes persuasivos são melhor descritos como detentores de autoridade teórica é diferente de identificá-los como possuidores de autoridades práticas, mas também diferente de enxergá-los como carentes de qualquer autoridade, dependendo exclusivamente da substância de suas razões. A autoridade teórica parece ser uma tipologia intermediária entre esses dois

estágios. O fato das autoridades teóricas estarem posicionadas em um contexto de acumulação de conhecimento ou expertise faz com que uma presunção de verdade ou de cumprimento seja concedida as suas razões. Nesse sentido, as razões emanadas de tais autoridades vicejam independente de seus méritos. Contudo, essa posição favorável não é suficiente para blindar essas razões de uma contestação material que venha a fazer com que o subordinado escolha simplesmente não seguir aquilo que dita a autoridade teórica.

## CONCLUSÕES

Em tom conclusivo, podemos aqui expor como a conceituação de precedentes persuasivos enquanto autoridade teórica pode enriquecer a distinção canônica entre precedentes vinculantes e não vinculantes.

Em primeiro lugar, na distinção usual não é reconhecida qualquer carga autoritativa às fontes persuasivas. Elas seriam utilizadas de forma condicionada exclusivamente a suas razões substanciais. A categorização enquanto autoridade teórica recupera as influências dos aspectos institucionais e epistemológicos que tais precedentes possuem, sublinhando a presunção de verdade ou de acerto que certas posições normativas, hierárquicas ou institucionais implicam.

Em segundo lugar, é importante perceber que dotar os precedentes persuasivos com esta presunção calcada em suas dimensões autoritativas não ocasiona, contudo, a perda do caráter opcional de suas autoridades. É dizer, o fato de que precedentes persuasivos podem ou não ser mobilizados por aplicadores sem que esses descumpram ou cumpram nenhum mandamento normativo é uma propriedade capturada pelo conceito de autoridade teórica. Pelo contrário, enxergar a dimensão opcional pela ótica da autoridade teórica permite ampliar o rol de variáveis que devem influenciar quando ou não é provável que um tal precedente seja mobilizado. Ainda que tal utilização esteja, em última medida, condicionada à discricionariedade do aplicador, representa outro ganho notar que tanto aspectos relacionados à persuasão dos argumentos quanto aspectos relacionados à força da institucionalidade de onde eles emanam são essenciais para investigar o agir dessa discricionariedade.

Por fim, a autoridade teórica permite compreender precedentes persuasivos categorias voláteis em termos persuasivo-autoritativos. O fato de inexistir garantias que cortes sabidamente detentoras de autoridades teóricas produzirão razões que devem ser necessariamente seguidas gera a consequência de que a autoridade dessas cortes possa, um dia, restar erodida. Explícita a dinamicidade com que tais conceitos emergem na realidade da aplicação do direito<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> O próprio Schauer concede esse ponto: “Although I have drawn a seemingly sharp distinction between mandatory and optional authorities, the reality is more complex, and it is a reality that likely further fuels

Admite-se que o discurso jurídico é capaz de transformar materiais persuasivos em autoridades opcionais, bem como essas últimas em autoridades mandatórias. Compreendendo o direito com uma narrativa prática, são os usos que se fazem das fontes o que em última análise pode transformá-las ou não em uma autoridade<sup>15</sup>.

## REFERÊNCIAS

- BARRETT, A. C. Precedent and Jurisprudential Disagreement. *Texas Law Review*, v. 91, n.7, 2013.
- BONILLA, D. *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals os India, South Africa and Colombia*. 1º ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- CHOUDRY, S. Migration as new metaphor in comparative constitutional law. In: *Migration of Constitutional Ideas*. CHOUDRY, Sujit (Org). Cambridge University Press, 2006.
- HIRSCHL, R. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- LAMOND, G. Persuasive authority in the law. *The Harvard Review of Philosophy*, v. 17, n. 1, p. 16-35, 2010.
- MICHELON, C. Being apart from reasons. The role of reasons in public and private moral decision-making. Springer, 2006.
- SCHAUER, F. Authority and authorities. *Virginia Law Review*, n. 94, n.8, p. 1931-1961, 2008, 1935-1936
- SIMPSON, A.W.B., The ratio decedendi of a case and the doctrine of binding precedente. In: SIMPSON, A.W.B (Ed.) *Oxford Essays in Jurisprudence*, p. 148-175. Oxford: Oxford University Press, 1973

---

the worries of Justice Scalia, the Middlebury history department, the circuit judges guarding the purity of no-citation rules, and many others. For in reality, the status of a source as an authority is the product of an in-formal, evolving, and scalar process by which some sources become progressively more and more authoritative as they are increasingly used and accepted.” SCHAUER, 2008, p. 1957.

<sup>15</sup> There is nothing unusual about this example. Although H.L.A. Hart made famous the idea of a *rule of recognition*, it is rare that formal rules determine what is to be recognized as law or as a legitimate citation in a legal brief, argument, or opinion. Rather, as Brian Simpson has insightfully described, the recognition and non-recognition of law and legal sources is better understood as a *practice* in the Wittgensteinian sense: a practice in which lawyers, judges, commentators, and other legal actors gradually and in dif-fuse fashion determine what will count as a legitimate source—and thus what will count as law. SCHAUER, 2008, p.1957.

# CAPÍTULO 10

## A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES COMO DIREITO FUNDAMENTAL MATERIAL

*Juliane Guiesmann de Lara  
William Soares Pugliese*

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo definir o regime e o conteúdo mínimo do dever de motivação das decisões judiciais no contexto do Estado de Direito brasileiro instituído em 1988. Para tanto, destaca-se a relevância assumida pela motivação dos atos decisórios a partir da superação do paradigma positivista clássico em meados do século passado, quando se assumiu a necessidade de definição dos parâmetros de controle da atividade judicial na Filosofia do Direito. Na Constituição de 1988, a motivação das decisões judiciais está prevista no art. 93, IX, figurando como direito fundamental material com estrutura de regra e, por consequência, apresentando conteúdo mínimo com limites irrestingíveis por atuação judicial ou legislativa, nos termos adotados por Virgílio Afonso da Silva. O conteúdo essencial do direito em análise, nesse sentido, estaria explicitado no art. 489, § 1º do Código de Processo Civil vigente, que prevê hipóteses de declaração de nulidade de decisão com fundamentação inadequada.

### 1. INTRODUÇÃO

Em clássico estudo publicado em 1987, José Rogério Cruz e Tucci<sup>1</sup> afirmava que poucas eram as obras jurídicas nacionais que reservavam a devida atenção à fundamentação das decisões judiciais, situação que levou o autor a declarar sua expectativa de que, com o advento da Constituição de 1988, o tema fosse efetivamente debatido. Com a previsão expressa no artigo 93, IX, da então nova Carta a respeito do dever de motivação das decisões judiciais, a doutrina e a jurisprudência passaram a dar maior atenção ao assunto, que culminou em intensos debates sobre o que se entenderia por efetiva motivação. Em meio a dúvidas teóricas, o Novo Código de Processo Civil, promulgado em 2015, definiu em seu artigo 489, §1.º o que caracteriza a ausência de fundamentação de uma decisão judicial, consagrando vários tópicos já apontados por doutrinadores antes de sua elaboração.

Nessas circunstâncias, o objetivo do presente artigo reside em definir um conteúdo mínimo necessário para que se considere uma decisão judicial

---

<sup>1</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

fundamentada, partindo da premissa de que a motivação desta é um direito fundamental material dotado de limites imanentes irrestringíveis. Para isso, partir-se-á da alteração histórica e filosófica do papel dos juízes desde as revoluções liberais; no segundo item, passa-se a tratar do regime jurídico dado pela Carta Magna à motivação das decisões judiciais, justificadamente considerada direito fundamental material. No terceiro momento, definir-se-á a forma de limitação possível ao conteúdo da motivação das decisões a fim de que, no quarto e último item, aponte-se um conteúdo essencial desse direito aproximado dos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015.

## 2. A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO LIMITE À ARBITRARIEDADE

Embora aparente ser objeto recente de discussões, a motivação das decisões pelo Poder Judiciário passou a receber maior atenção em decorrência das mudanças de compreensão da relação entre magistrado e direito ocorridas na metade do século passado. A digressão histórica, nesse contexto, deixa de ser mera introdução formal e torna-se essencial para que o próprio papel da fundamentação, aqui denominada motivação<sup>2</sup>, seja compreendido de forma adequada quando analisado em seu enquadramento jurídico atual.

As revoluções liberais, não somente as europeias, mas também a norte-americana, deram origem ao que se compreende por Estado Moderno, ressaltadas suas peculiaridades estruturais em cada continente.<sup>3</sup> Para os fins aqui buscados, considerar-se-ão as características históricas inerentes ao Estado Liberal francês, que representa com maior precisão a tradição jurídica do *civil law* desenvolvida desde então. A desconfiança dos revolucionários em relação à magistratura francesa, historicamente ligada ao poder político do Antigo Regime, reservou ao Poder Judiciário um espaço de criação jurídica praticamente nulo. A crença na completude dos Códigos, assim como a identificação do direito com essa única fonte legou aos juízes um papel que, idealmente, consistiria na aplicação mecânica do texto legal, em busca da garantia da isonomia e dos direitos individuais, valores máximos do liberalismo político.

Essa concepção cética de atividade judicial, geralmente associada ao positivismo jurídico, deu lugar a perspectivas mais complexas acerca da função decisória dos juízes. A despeito das generalizações teóricas, foi dentro do próprio juspositivismo que autores como Hans Kelsen e Herbert Hart reconheceram

<sup>2</sup> Seguindo escolha majoritária da doutrina, em detrimento do termo fundamentação. CRUZ E TUCCI, op. cit., p.11.

<sup>3</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: *El estado moderno em Europa: instituciones y derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p.13-44.



um espaço de atuação discricionária para o juiz, em que seria possível desenvolver uma interpretação do direito em casos cuja legislação não fosse suficiente.

Segundo Katya Kozicki<sup>4</sup>, Hart compreende o direito a partir da filosofia da linguagem, apontando que aquele, assim como a própria linguagem, é limitado para fins de expressar de forma inequívoca todo o sentido contido nos enunciados normativos. Dessa forma, a aplicação de uma norma, até mesmo em casos que permitem a subsunção, dependeria da interpretação subjetiva realizada pelo intérprete, sendo essa significativa em maior ou menor grau conforme a incerteza do texto normativo. Nos termos do autor, em citação também destacada por Kozicki:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.<sup>5</sup>

O reconhecimento da atividade criativa e discricionária dos magistrados na obra de Hart levou seu discípulo, Neil MacCormick, a desenvolver estudos a fim de fixar parâmetros para o exercício da atividade decisória não culminar em arbitrariedades. Ao reconhecer que nem todos os casos são fáceis, ou seja, solucionáveis a partir de um raciocínio dedutivo, o autor aponta quatro problemas que podem tornar um caso difícil, exigindo formas de argumentação mais complexas do que o mero silogismo. Esses seriam os problemas de interpretação, de pertinência, de prova e de qualificação.<sup>6</sup>

Em primeiro lugar, o problema de interpretação caracteriza-se quando há certeza sobre a norma aplicável ao caso, mas dúvida acerca do sentido do enunciado normativo. Assim, ao decidir, deve o juiz explicitar sua compreensão acerca deste último, geralmente composto por conceitos jurídicos indeterminados (do qual a *boa-fé*, mencionada no artigo 113 do Código Civil, é exemplo), que exigem a construção de um significado para gerar a consequência jurídica prevista. O segundo problema tratado pelo autor é o de pertinência, em que há dúvidas sobre o enunciado normativo aplicável ao caso em face da ausência de uma norma especificamente adequada.

<sup>4</sup> KOZICKI, Katya. *H. L. A. Hart: a hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito*. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Ilha de Santa Catarina, 1993.

<sup>5</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 148.

<sup>6</sup> MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Para uma apreciação do tema, nos dias de hoje, ver PUGLIESE, William Soares. *A ratio da jurisprudência: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade*. 311 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

O problema de prova, por sua vez, refere-se à dificuldade em verificar como os fatos realmente se passaram, bem como a coerência da narrativa construída no processo. Por fim, o problema de qualificação diz respeito ao enquadramento dos fatos primários em determinado dispositivo normativo, em razão de fatos secundários que podem prejudicar a interpretação da situação jurídica.

É perceptível, assim, que a aplicação do direito não é imune a divergências interpretativas e está, atualmente, longe de ter todas as suas questões resolvidas pela subsunção do fato à norma. Acerca do cenário brasileiro pós 1988, Eduardo Cambi<sup>7</sup> destaca que a validação dos textos legais a partir de princípios constitucionais<sup>8</sup> (por meio da jurisdição constitucional) e a adoção de cláusulas gerais e conceitos indeterminados superam a versão liberal de decisão judicial, exigindo maior esforço argumentativo do juiz quando confrontado com casos difíceis.

Nessas circunstâncias, urge definir qual o tratamento dado à motivação das decisões judiciais na Constituição da República, definindo sua natureza e, por conseguinte, seu regime jurídico.

### 3. O DIREITO FUNDAMENTAL À MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Rodrigo Ramina de Lucca, em sua obra “*O dever de motivação das decisões judiciais*”, destaca que as Constituições promulgadas após a segunda guerra mundial e regimes ditatoriais tenderam a consagrar expressamente o direito à motivação das decisões judiciais em seus textos, a fim de garantir maior segurança jurídica aos cidadãos depois de períodos de exceção. Sem fugir à regra, a Carta de 1988 prevê, em seu artigo 93, IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”, estando localizada nas disposições gerais sobre o Poder Judiciário.

Apesar de haver divergências doutrinárias a respeito da existência de um sistema de direitos fundamentais na Constituição de 88, sua pressuposição implica o reconhecimento de um sistema “aberto e flexível, receptivo a

<sup>7</sup> CAMBI, Eduardo Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2008.

<sup>8</sup> De acordo com Cambi, “a identificação do direito com a lei, marcada pelo dogma da lei como expressão da ‘vontade geral’, foi superada pela hermenêutica jurídica que, sem cair na tentação de retornar à compreensão metafísica proposta pelo direito natural, desenvolveu a distinção entre as regras e os princípios, para dar força normativa a estes, com o escopo de ampliar a efetividade da Constituição”. (Ibid., p.5).

<sup>9</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. Coordenação de Fredie Didier Jr. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante”<sup>10</sup>, em razão da cláusula de abertura prevista no artigo 5.º, §2.º do texto constitucional. Dessa forma, além de serem fundamentais os direitos previstos no Título II (fundamentalidade formal), também o são aqueles direitos “decorrentes do regime ou dos princípios” adotados pela Constituição, “ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (fundamentalidade material).

O critério de reconhecimento da fundamentalidade material de um direito, segundo a definição de Ingo Sarlet<sup>11</sup>, permite a inclusão no rol dos direitos enquadráveis nas seguintes hipóteses: a) expressamente escritos na Constituição, que podem ou não estar incluídos no catálogo do Título II e aqueles previstos em tratados internacionais e b) direitos não escritos, que podem ser b.1) implícitos, sendo deduzidos a partir do catálogo formal e b.2) decorrentes do regime e dos princípios. Segundo Sarlet, não apenas a última subcategoria possui intrínseca relação com os princípios fundamentais adotados pela Constituição, mas também as demais, em medidas diferentes.<sup>12</sup>

Nessa esteira, além de estar incluso em uma dessas categorias, deve o direito ser, em conteúdo e importância, analogicamente semelhante aos direitos contidos no catálogo formal do Título II. Tais critérios, consoante Sarlet, devem ser entendidos em conjunto, sendo que a importância diz respeito à relevância social permanente da posição jurídica garantida e o conteúdo, por sua vez, refere-se à existência de “elementos comuns” entre os direitos formais e o direito em análise. A esse respeito, o autor afirma que a interpretação do significado de ambos os critérios está aberta à subjetividade do intérprete, não havendo definição objetiva e estanque do que seria a importância e o conteúdo do direito fundamental material.

A fim de justificar o enquadramento da previsão do art. 93, IX da Constituição no rol material de direitos fundamentais, faz-se necessário partir da definição do instituto e de sua relação essencial com o Estado de Direito, consagrado como princípio fundamental no *caput* do art. 1.º da Carta Magna. A motivação das decisões, segundo Ramina de Lucca<sup>13</sup>, geralmente não é realizada de forma categórica pela doutrina por implicar a análise de questões como “as interações entre direito e processo e à própria natureza da função jurisdicional”.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.72.

<sup>11</sup> SARLET, op. cit., p.84 e 85.

<sup>12</sup> De acordo com Sarlet, “[...] o fato é que tanto os direitos integrantes do catálogo, quanto os que lhe são estranhos (escritos ou não) guardam alguma relação – ainda que diversa no que tange ao seu conteúdo e intensidade – com os princípios fundamentais de nossa Carta Magna”. (Ibid., p.94).

<sup>13</sup> LUCCA, op. cit., p.81.

Citando Cruz e Tucci<sup>14</sup>, delimita duas perspectivas de compreensão da motivação das decisões judiciais: a motivação como exposição do raciocínio desenvolvido pelo magistrado para chegar à conclusão e, de outro lado, a motivação como exposição de motivos que justificam a decisão (raciocínio justificativo), mas que não se confundem com os verdadeiros fundamentos que levaram à decisão tomada (raciocínio decisório). Nessas circunstâncias, conceitua analiticamente a motivação como a exposição “ordenada, lógica, clara e coerente das razões pelas quais se decide de determinada maneira” e, teleologicamente, como a “justificação formal do exercício do poder jurisdicional”<sup>15</sup>, a fim de expor porque a decisão tomada foi acertada.

O Estado de Direito, costumeiramente, é caracterizado pela submissão do próprio Estado ao direito por ele criado, a fim de evitar arbitrariedades e de fornecer respostas racionais aos cidadãos.<sup>16</sup> Para Ramina de Lucca, o conceito de Estado de Direito esbarra na definição de segurança jurídica sem com ela se confundir, na medida em que esta repudia o arbítrio do Estado e protege a confiança do jurisdicionado quanto as respostas legais e jurisdicionais prestadas no curso do tempo, características muito próximas à definição que inicia esse parágrafo. Sobre o tema, o autor aponta que o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a segurança jurídica como elemento conceitual do Estado de Direito<sup>17</sup>, estando, por isso, pressuposta no *caput* do artigo 1.º da Constituição.

Sendo expressão lógica do Estado de Direito e, por isso, da segurança jurídica, a motivação das decisões judiciais exerce duas funções de extrema importância para a manutenção desse ideal de Estado: a legitimação da função dos magistrados e o controle de sua atuação.<sup>18</sup> O exercício da atividade jurisdicional, em primeiro lugar, não encontra amparo em eleições populares que confirmam legitimidade aos magistrados. Assim, não há uma responsabilidade direta destes em relação ao povo, situação que não os exime de prestar contas do poder a eles atribuído. Ao decidir de acordo com o direito democraticamente posto e expô-lo como razão de sua decisão, o magistrado encontra a legitimidade democrática de modo indireto e garante, assim, a validade jurídica de seu pronunciamento.

Como segunda função da motivação, figura o controle da atividade jurisdicional, que pode ser exercido em relação aos fatos e ao direito pelas partes, pelos tribunais e pela sociedade. No que tange ao controle da matéria probatória,

<sup>14</sup> CRUZ E TUCCI, op. cit., p.11.

<sup>15</sup> LUCCA, op. cit., p. 82.

<sup>16</sup> Ibid., p.79.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 25116*. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 08/09/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-027. A análise da decisão encontra-se em LUCCA, op. cit.

<sup>18</sup> Ibid., p.121-140.

Ramina destaca que a exposição da interpretação dos fatos realizada pelo juiz deve ser fundamentada, sem que se entenda o livre convencimento motivado como uma forma de selecionar as provas a serem analisadas e utilizadas na motivação da decisão judicial, ignorando-se aquelas que infirmam a conclusão adotada. Já o controle do direito aplicável passa pela resolução dos problemas de interpretação e de pertinência apontados por MacCormick, que exigem a exposição do raciocínio judicial para fins de verificação de sua racionalidade e conformidade com o ordenamento jurídico.<sup>19</sup>

Quanto aos realizadores do controle da decisão judicial, as partes são suas primeiras destinatárias, dado que possuem interesse no resultado do julgamento e, eventualmente, em interpor recurso perante o órgão *ad quem*, caso não se trate de Embargos de Declaração. Em segundo lugar, a segunda instância também é destinatária da motivação, porquanto a impugnação das razões da decisão impugnada é pressuposto processual para o conhecimento do recurso. Não havendo motivação, discorre Ramina, não é possível combater a decisão recorrida, o que levaria a um reexame completo da causa pelo órgão *ad quem*.<sup>20</sup> Por fim, o doutrinador aponta o controle realizado pela sociedade, a quem seriam prestadas contas da aplicação do direito democraticamente elaborado.

Estando demonstrada a relação existente entre a motivação adequada e os princípios fundamentais da Constituição, em especial com o Estado de Direito e a segurança jurídica, resta verificar se, em conteúdo e importância, a motivação também pode ser considerada um direito fundamental. Quanto ao primeiro requisito, relativo à semelhança entre o direito material e os direitos formais do catálogo, infere-se da relação traçada acima a importância estrutural da motivação, na medida em que assegura o Estado de Direito e confere certo grau de estabilidade ao ordenamento jurídico, requisitos essenciais para que qualquer dos direitos formais possa ser assegurado. Assim, encontrando-se em nível de garantia dos demais direitos fundamentais<sup>21</sup>, sem dúvida alguma a motivação tem conteúdo relevante em comparação ao rol do Título II.

Quanto ao segundo requisito, referente à relevância social e histórica da motivação, seu preenchimento também é verificável. Conforme exposto no primeiro capítulo, o reconhecimento de novos problemas, inerentes aos casos

<sup>19</sup> Nesse sentido, Ramina de Lucca leciona que “por mais ‘fluido’ que o Direito esteja ou venha a ser, ainda será necessária uma base dogmática para dar parâmetros à tomada de decisão. Por mais principiológico que o Direito esteja ou venha a ser, ainda será necessário que os princípios estejam positivados no sistema jurídico, mesmo que implicitamente. [...] Ou seja, a decisão judicial, criativa ou não, deve partir de uma base preestabelecida e deve conformar-se a ela”. (LUCCA, op. cit., p. 135).

<sup>20</sup> Ibid., p. 138.

<sup>21</sup> Nesse sentido, conferir ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.180.

difíceis e à própria jurisdição constitucional<sup>22</sup>, exige do julgador a elaboração de uma resposta razoável, que deixe claro o direito aplicável, sua interpretação e a construção da narrativa fática. Sendo assim, num Estado Constitucional, é inviável a redução da atividade judicial à mera aplicação mecânica da lei, sendo imprescindível a uma prestação jurisdicional efetiva à devida motivação das decisões, realizada em consonância com seu conteúdo essencial.

#### 4. O CONTEÚDO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Definida a natureza de direito fundamental da motivação das decisões judiciais, medida que se impõe é a delimitação de seu conteúdo essencial. A classificação e delimitação de sua abrangência a ser aqui realizada pauta-se na obra “*Direitos Fundamentais*”<sup>23</sup>, de autoria de Virgílio Afonso da Silva. A necessidade de fixar um conteúdo essencial absoluto para a motivação decorre da prática equivocada, mas não incomum, de sua restrição frente a princípios constitucionais. A sua delimitação, nesse sentido, também permitirá que se verifique a correspondência do artigo 489, §1.º do Novo Código de Processo Civil às exigências mínimas de uma decisão substancialmente motivada.<sup>24</sup>

Seguindo a mesma organização teórica elaborada por Afonso da Silva, é necessário partir da afirmação de que a motivação das decisões judiciais é, em qualquer critério que se utilize como referencial, uma regra, e não um princípio.<sup>25</sup> Nas teorias qualitativas, que consideram a estrutura do enunciado normativo, o art. 93, IX da Constituição enquadra-se como regra, haja vista que segue o critério do “tudo-ou-nada” consagrado por Ronald Dworkin. Não há, nesse sentido, possibilidade de aplicação ponderada da motivação face a princípios como a celeridade processual, por exemplo, por não se tratar a primeira de norma da mesma espécie que este último.<sup>26</sup> Também nas teorias

<sup>22</sup> CAMBI, op. cit, p.6.

<sup>23</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdos essenciais, restrições e eficácia*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>24</sup> Segundo Alvim, uma decisão suficientemente motivada seria aquela em que constem “todos os elementos que o juiz levou em conta para decidir”, opondo-se a uma decisão completa, que abordaria também “elementos fáticos e/ou jurídicos que segundo as partes, ou segundo uma das partes, deveria ter sido levado em conta pelo juiz para decidir, ainda que o juiz não os tenha considerado como base de sua decisão”. Substancialmente motivada, portanto, seria uma decisão completa na perspectiva da autora. (ALVIM, op. cit., p. 222).

<sup>25</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n.1, p.607-630, 2003.

<sup>26</sup> Essa primeira teoria aponta os equívocos de uma prática muito comum nos tribunais brasileiros: o sopesamento da motivação em face de outros princípios para mitigar aquela, situação devidamente representada pelo afastamento da aplicação do artigo 489 no âmbito dos Juizados Especiais pelo FONAJE, em razão dos princípios norteadores do referido microssistema. (LUCCA, op. cit., p.89).

quantitativas, que consideram princípios normas fundamentais do sistema jurídico e regras, normas instrumentais de realização dos primeiros, a motivação se enquadra como regra jurídica. Segundo Ramina de Lucca, “a obrigatória motivação não é um elemento nuclear do sistema jurídico, mas concretização de três desses elementos fundamentais, que são o Estado de Direito, a segurança jurídica e o devido processo legal”.<sup>27</sup> Não analisados por Virgílio Afonso da Silva, outros três critérios de distinção entre regras e princípios são enfrentados por Ramina de Lucca, sendo a motivação considerada regra em todos eles.<sup>28</sup>

Com efeito, a análise da redação do art. 93, IX da Constituição de 88 não deixa dúvidas acerca de sua natureza de regra: se não motivada a decisão, sua consequência jurídica necessária é a nulidade, não havendo que se questionar o quão imotivada pode ser uma decisão em benefício de outro axioma protegido pelo ordenamento jurídico. Sendo um direito definitivo, portanto, a delimitação de seu suporte fático faz-se necessária a fim de definir um conteúdo mínimo e essencial a ser protegido.

Segundo Afonso da Silva, o suporte fático de um direito fundamental delimita quais as posições no mundo concreto serão por ele abarcadas e juridicamente protegidas, sendo que a estrutura do suporte fático varia de acordo com a classificação do direito em questão. Apesar de reconhecer as variadas posições jurídicas que podem ser defendidas por apenas um direito fundamental, o autor distingue duas espécies de suporte fático: uma referente aos direitos negativos, e outra própria aos direitos que exigem, para realização de sua função principal, uma atuação positiva do Estado.

Antes de adotar a estrutura da segunda forma de suporte fático apresentada, é válido ressaltar que o direito de motivação dos jurisdicionados opõe-se a uma interferência estatal arbitrária, implicando uma abstenção do Estado caso não seja provocado judicialmente para a resolução de uma lide. Tal direito fundamental, no entanto, exige que o Poder Judiciário, quando provocado, atue no sentido de fundamentar de forma devida a interferência a ser realizada, sendo uma nulidade o pronunciamento que, interferindo na esfera jurídica do indivíduo, deixe de apresentar razões para tanto.

Dessa forma, a motivação das decisões judiciais melhor se adequa ao suporte fático das prestações positivas, simplificada por composto pelos seguintes elementos<sup>29</sup>: a ação que deve ser realizada para proteger o direito; a ação insuficiente ou omissão estatal e a ausência de fundamentação constitucional para tanto. Caso verificados os dois últimos elementos, configura-se a

<sup>27</sup> LUCCA, op. cit., p.85.

<sup>28</sup> A saber, os critérios do “caráter hipotético-condicional”, do “conflito normativo” e da “pluralidade normativa do dispositivo”. (Ibid., p.83).

<sup>29</sup> SILVA, 2011, op. cit., p.76-78.

violação do direito fundamental que exige a atuação ativa do Estado. A definição do suporte fático, nesse contexto, pode ser ampla ou estrita: no primeiro caso, está abarcada pelo direito toda ação que tiver pertinência temática com a motivação decisória, enquanto que para a vertente estrita há uma delimitação prévia das ações protegidas pelo direito. No primeiro caso, atribui-se maior esforço argumentativo ao intérprete que pretender restringir o direito (fundamentação constitucional adequada), enquanto no segundo a retirada de uma posição jurídica *a priori* isenta o intérprete do ônus argumentativo.

A definição do suporte fático, com efeito, está intrinsecamente relacionada às teorias que definem a extensão do direito fundamental, também abordadas por Afonso da Silva: as teorias interna e externa. A primeira delas defende que a limitação ao suporte fático do direito fundamental ocorre internamente a ele, definindo “limites imanentes”<sup>30</sup> ao próprio direito, considerado em si mesmo. Já a segunda teoria sustenta que os direitos fundamentais podem ser restringidos quando em confronto com outros direitos, desde que realizada a fundamentação adequada. A teoria externa, portanto, não comporta direitos fundamentais com estrutura de regra que, com base no critério qualitativo, não podem ser objeto de ponderação.

Assim, para a motivação das decisões judiciais, direito fundamental com estrutura de regra, a adoção da teoria dos limites imanentes é necessária, partindo de uma escolha pela concepção estrita de suporte fático. Esta última se justifica pela amplitude gigantesca do conjunto de ações protegidas por um suporte fático amplo que, no caso em análise, não tem possibilidade de restrição posterior (por se tratar a motivação de norma com estrutura de regra jurídica). Dessa forma, adotando o suporte fático estrito, urge delimitar quais as ações mínimas necessárias para garantir a motivação das decisões judiciais.

## 5. CONTEÚDO ESSENCIAL DA MOTIVAÇÃO E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Conforme analisado no segundo capítulo, a abertura do rol dos direitos fundamentais permite que assim sejam consideradas posições jurídicas que não se encontram explicitamente consagradas no Título II da Constituição. No entanto, em momento algum foi apontada a possibilidade de que essas posições estivessem previstas na legislação infraconstitucional. Segundo Ingo Sarlet<sup>31</sup>, a função desta última é de concretizar e regulamentar o direito fundamental, e não de positivá-lo originariamente. Apesar de reconhecer exceções, o autor aponta que aceitar posicionamento em sentido contrário implicaria

<sup>30</sup> SILVA, 2011, op. cit., p.130-133.

<sup>31</sup> SARLET, op. cit., p.88.



atribuir caráter constitucional à legislação ordinária, subvertendo a hierarquia do sistema jurídico.

A motivação das decisões judiciais, inequivocamente, está assegurada como direito fundamental no texto da própria Constituição, em seu artigo 93, inciso IX. Seu conteúdo essencial, com efeito, em muito se assemelha à previsão do artigo 489, §1.º do Código de Processo Civil de 2015 que, longe de representar o próprio direito fundamental, explicita posições mínimas necessárias à sua garantia. Sobre tal possibilidade, Sarlet afirma:

aquilo que para muitos pode ser considerado um direito fundamental fundado na legislação infraconstitucional, em verdade nada mais é – em se cuidando, convém dizer, de direitos fundamentais – do que a explicitação, mediante ato legislativo, de direitos implícitos, desde logo fundados na Constituição.<sup>32</sup>

Dessa forma, é possível traçar um panorama geral acerca das previsões legais do artigo 489, §1.º, a fim de apontar em que medida o legislador positivou posições jurídicas que revelam o conteúdo mínimo do direito à motivação das decisões judiciais.<sup>33</sup> Essa relação de similitude entre texto legal e conteúdo essencial, destaque-se, não significa alçar o dispositivo do CPC à posição constitucional, mas ressaltar de que forma o legislador dialogou com o conteúdo mínimo e essencial do direito fundamental assegurado.

Segundo Fredie Didier Jr.<sup>34</sup>, as hipóteses de ausência de fundamentação da decisão judicial previstas no dispositivo em análise compõem um rol exemplificativo, que não prevê, portanto, todas as situações em que uma decisão poderá ser declarada nula por motivação inexistente ou insuficiente. Dessa forma, percebe-se que o legislador elencou, em dispositivo reservado a essa função, posições essenciais à defesa da segurança jurídica e do Estado de Direito, sem prejuízo de conteúdos extravagantes ao art. 489, §1.º que estejam previstos em outros locais do próprio Código ou sejam reconhecidos judicialmente.

Deixando de lado as garantias que não compõem o rol do art. 489, §1.º, em virtude do objetivo do presente capítulo, faz-se necessária a análise pontual das seis hipóteses de violação da motivação das decisões judiciais elencadas

<sup>32</sup> SARLET, op. cit., p.88.

<sup>33</sup> Defendendo posicionamento similar ao de Sarlet quanto à revelação do conteúdo do direito fundamentação pela legislação infraconstitucional, Fredie Didier Jr. aponta que “Embora o conteúdo [do art. 489, §1.º] já pudesse ser extraído de dever de fundamentar que decorre da Constituição Federal, é bastante salutar que agora algumas hipóteses em que se considera não-fundamentada a decisão judicial estejam previstas no texto legal. Isso permite um controle mais efetivo dos pronunciamentos judiciais, reduzindo a margem de subjetividade quanto à percepção do que é e do que não é uma decisão fundamentada”. Conferir em DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10.ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2. p.326.

<sup>34</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, loc. cit.

expressamente pelo Código de Processo Civil. Partindo do inciso I, pode-se dizer que o legislador iniciou o parágrafo primeiro prescrevendo um dever óbvio, mas que, mesmo assim, exige atenção dos aplicadores do direito. Ao prever que não basta, ao julgador, indicar, reproduzir ou parafrasear o dispositivo normativo que entende aplicável, espera-se que seja explicitado o motivo de incidência da norma ao caso em questão (sua pertinência, nos termos de MacCormick), assim como a interpretação dada a ela e suas consequências jurídicas. De acordo com Didier Jr.<sup>35</sup>, tal tarefa apresenta-se mais complexa de acordo com a espécie normativa aplicável (regras ou princípios), mas não pode ser simplesmente suprimida de acordo com a clareza que o magistrado acredita ter conferido à sua decisão. Conforme leciona Teresa Arruda Alvim, não se exige que a motivação apresentada seja lógica<sup>36</sup>, mas que se apresente racional à leitura de seus destinatários, a fim de que possam entendê-la e formar sua própria opinião a seu respeito. Nesse contexto, a mera transcrição do dispositivo normativo e a afirmação categórica de sua aplicação ao caso resulta em uma omissão evidente, que não permite a justificação da decisão tomada.

Tal preocupação legislativa revela-se ainda mais significativa na hipótese trazida pelo inciso II, que trata da explicitação da interpretação dada a conceitos indeterminados empregados na decisão judicial. Conforme abordado no primeiro capítulo, os textos normativos que compõem a ordem jurídica do Estado Constitucional não se restringem apenas a regras determinadas para casos específicos, mas também são compostos de conceitos jurídicos indeterminados, princípios e cláusulas gerais. Apesar de o inciso em questão tratar apenas da primeira categoria mencionada, Alvim<sup>37</sup> entende que a prescrição legislativa se estende também às duas últimas, que exigem um trabalho de concretização da norma jurídica mais complexo por parte do intérprete. Dada a ausência de um significado pronto ou, pelo menos, indicativo do que se entende pelo termo empregado, a construção jurisprudencial do conceito indeterminado e de similares passa a ser essencial para a interpretação do dispositivo normativo em questão. Sendo assim, reconhecendo-se o papel criativo (mas não discricionário) dos magistrados, que influencia não só a resolução do caso concreto, mas também a construção do que se entende pelo conceito indeterminado para casos futuros, imprescindível que se explicito o motivo de sua incidência no caso em que será proferida a decisão judicial.

<sup>35</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p.329.

<sup>36</sup> De acordo com a autora, “dizendo, então, que a parte decisória da sentença não é logicamente dedutível do caso concreto submetido à lei, negando, pois, a concepção mecanicista da aplicação do direito, não queremos, em absoluto, significar que a operação que o juiz faz é irracional, mas apenas que se trata de um tipo especial de racionalidade referida a um tipo característico de situação comunicativa que determina peculiarmente os conceitos de fundamentação e crítica”. (ALVIM, op. cit., p.198).

<sup>37</sup> Ibid., p.218.

Seguindo a discussão, o inciso III procede à vedação do que Alvim chama, numa feliz analogia, de decisão “vestidinho preto”<sup>38</sup>, largamente conhecida pela prática dos tribunais brasileiros. As decisões genéricas, ao empregarem expressões que generalizam as provas produzidas nos autos ou os requisitos legais a serem preenchidos, impedem que as partes entendam a efetiva motivação da decisão e levam o juízo *ad quem* ao reexame completo da causa, ante a impossibilidade de haver impugnação específica relativa à decisão recorrida.<sup>39</sup> Dessa forma, além de ser hipótese de ausência de fundamentação, os modelos de decisão cotidianamente utilizados impedem que o recurso dialogue com a sentença combatida, ensejando a oposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1.022, § único, II do CPC. Exemplo cristalino de ausência de fundamentação em razão do inciso III ora em comento são as sentenças proferidas em matéria previdenciária nos Juizados Especiais Federais em que, face a inúmeros documentos médicos trazidos pelas partes, mencionam genericamente que “o conjunto probatório formado nos autos não leva ao convencimento de que a parte esteja incapacitada para sua atividade laborativa”<sup>40</sup>, sem explicar, pontualmente, quais provas estão sendo valoradas e porquê não permitem que se constate a incapacidade laborativa do segurado.

O inciso IV, por sua vez, trata de um dos mais polêmicos assuntos relacionados à motivação judicial: a exigência de análise de “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. A dúvida inicial, com efeito, reside em quais seriam estes argumentos. Segundo Ramina de Lucca<sup>41</sup>, que desposa entendimento similar a Didier Jr., todas as alegações fáticas e jurídicas realizadas pela parte vencida na demanda devem ser analisadas pelo magistrado, a fim de motivar substancialmente a interferência a ser realizada em sua esfera jurídica. A parte vencedora, ressalte-se, não é prejudicada quando uma de suas alegações é suficiente para o acolhimento de sua pretensão ou de sua defesa, diferentemente do que ocorre quanto ao sucumbente.

À revelia de tal entendimento, o Superior Tribunal de Justiça tem interpretado o inciso IV do art. 489, §1.º no sentido de analisar apenas as teses que considera suficientes para fundamentar a decisão tomada, considerando todo o resto incapaz de infirmar seu próprio entendimento.<sup>42</sup> Tal posicionamento

<sup>38</sup> Ibid., p.219.

<sup>39</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op cit., p.214.

<sup>40</sup> Nesse sentido, ver: JUSTIÇA FEDERAL. 18ª VARA FEDERAL DE CURITIBA. Ação de concessão de benefício previdenciário n. 5003.22462-2017.40.1.7000. Julgado em: 31/07/2017.

<sup>41</sup> Segundo o autor, “é para a parte desfavorecida que a motivação mais importa, seja porque ela é a destinatária primária da justificação dada pelo Estado para agir em seu desfavor, seja porque ela depende de uma motivação adequada para que possa utilizar plenamente os instrumentos recursais postos à sua disposição”. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p.219).

<sup>42</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 1130386/SP*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: DJe 08/11/2017; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.

acaba ratificando a teoria da motivação suficiente, adotada sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, que se opõe radicalmente à garantia do contraditório efetivo no processo civil. Ao decidir unilateralmente o que deve ou não ser analisado, o magistrado torna a participação das partes no processo desprezível, situação que corrobora a tese de Ramina de Lucca de que a efetiva motivação da decisão judicial é garantia última do contraditório. Sendo assim, argumentos capazes de infirmar a conclusão judicial são todos aqueles, de fato e de direito, alegados pela parte que restou vencida na demanda analisada.

Os dois últimos incisos do art. 489, §1.º, por fim, partem do reconhecimento das decisões judiciais como fonte do direito, superando a perspectiva estritamente legalista fundadora dos Estados de *civil law*. O inciso V, ao exigir que o juiz demonstre a semelhança entre os fundamentos determinantes do caso em julgamento e do precedente invocado, procede, segundo Ramina de Lucca, de forma muito similar à prescrição do inciso I.<sup>43</sup> No entanto, a demonstração que deve ser realizada não é a subsunção do fato à norma, mas a aplicabilidade da *ratio decidendi* do precedente ao caso concreto. Segundo Estefânia Maria de Queiroz Barboza, o precedente é

uma decisão judicial que contém em si mesma um princípio. O princípio subjacente que forma a parte impositiva da decisão é chamado *ratio decidendi*. Veja-se que a decisão concreta é vinculante para as partes, mas é a *ratio decidendi* abstratamente considerada que adquire força de lei para todos.<sup>44</sup>

O inciso V, dessa forma, exige que o julgador demonstre que a narrativa fática do caso concreto se adequa a *ratio decidendi* do precedente utilizado na decisão. Isso não significa, no entanto, a transcrição da ementa deste último<sup>45</sup> ou a menção do número do enunciado da Súmula a que corresponde o precedente em questão. Se assim fosse, permitir-se-ia que precedentes fundados em fatos distintos daqueles que embasam o caso concreto fossem usados como razão de decidir, apesar de inaplicáveis. Portanto, não apenas a subsunção legal deve ser explicitada na fundamentação da decisão, mas também os fundamentos determinantes dos precedentes vinculantes e persuasivos.

Por fim, o inciso VI prevê que o magistrado deverá demonstrar as razões de superação ou de distinção de precedente obrigatório<sup>46</sup> invocado pela parte

---

RHC 60291. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Julgamento: 12/12/2017. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: DJe 19/12/2017.

<sup>43</sup> LUCCA, op. cit., p.241.

<sup>44</sup> BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz de. *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) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p.185.

<sup>45</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p.338.

<sup>46</sup> Segundo Ramina de Lucca, apesar da redação imprópria do art. 489, §1.º, VI, apenas deve haver demonstração de distinção ou superação de entendimento em relação aos precedentes obrigatórios, entendendo-se que os magistrados têm autonomia em relação a precedentes meramente persuasivos. (LUCCA, loc. cit.).

que não foi aplicado em sua decisão. Ao destacar a diferença entre o conjunto probatório do caso concreto e do precedente em questão, o magistrado apresenta as razões de distinção entre ambos, que implica a inaplicabilidade do segundo ao primeiro. Segundo Barboza<sup>47</sup>, já no que se refere à superação de entendimento jurisprudencial, o respeito aos precedentes não implica a sua aplicação imutável por tempo indefinido, mas a justificação de eventual alteração de entendimento que venha a ocorrer. Ainda de acordo com a autora, “mesmo que o julgador não aplique o precedente, ele não pode ignorá-lo, devendo explicar por quais motivos não o está aplicando naquela decisão”.<sup>48</sup> Dessa forma, o último inciso do artigo 489, §1.º prestigia não só o contraditório e a segurança jurídica, ao observar precedente indicado pelas partes, mas também o sistema de precedentes contido no novo diploma processual.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o espaço de maior subjetividade conferido ao julgador, no direito contemporâneo, a fundamentação assumiu maior destaque nos debates doutrinários, tanto no âmbito do Direito Constitucional quanto do Direito Processual Civil. No atual cenário de constitucionalização da leitura deste último, coube analisar a disciplina jurídica e a relevância dada à fundamentação das decisões judiciais a partir do regime constitucional de 1988 e de que forma a legislação processual recente buscou desenvolver tal garantia. Afinal, sem a devida fundamentação das decisões, o desenvolvimento do Direito Constitucional fica sujeito, apenas, ao arbítrio das Cortes, o que vai de encontro às teorias contemporâneas de interpretação das Constituições.

Com esse objetivo em mente, sustentou-se uma visão material do rol de direitos fundamentais abarcados pelo regime constitucional brasileiro, que por isso não é taxativo, transcendendo a previsão expressa do Título II da Constituição da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, desenvolveu-se a tese de que a motivação das decisões judiciais figuraria como direito fundamental material, decorrente do Estado de Direito e do regime democrático, com fulcro no art. 5.º, §2.º, da Carta Maior.

O direito à motivação, erigido nesse regime jurídico especial, não se esgota na mera justificação do posicionamento adotada pelo julgador, conforme sustentava a teoria da motivação suficiente. Ao contrário, deve se apresentar como efetivo meio de garantia dos princípios que o inspiram. Nesse contexto, deve o juiz apresentar uma resposta satisfatória não somente às partes, incluindo-as na construção da decisão judicial, mas também à sociedade e à co-

<sup>47</sup> BARBOZA, op. cit., p.192.

<sup>48</sup> Ibid., p.194.

munidade jurídica. Nessa esteira, como forma de concretização do princípio democrático, a motivação substancial das decisões judiciais prestigia o contraditório e garante a legitimidade ao poder decisório dos juízes, que tem menor amparo democrático para o exercício de sua função. Já a garantia de igualdade na prestação de tutela jurisdicional, como reflexo do Estado de Direito, exige que as decisões judiciais não sejam arbitrárias e que os entendimentos se mantenham razoavelmente estáveis, salvaguardando também a segurança jurídica.

Tais garantias constitucionais encontram correspondência e são desdobradas no Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), que prevê dispositivos que demonstram a preocupação do legislador com a efetiva motivação dos pronunciamentos judiciais. O art. 489, §1.º, em especial, prevê as hipóteses de não fundamentação das decisões, considerando-as em si mesmas e também como parte integrante de um sistema de precedentes judiciais, conforme é verificável a partir da análise de seus incisos.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz de. *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) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 139-172.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10.ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2.
- FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: *El estado moderno em Europa*: instituciones y derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p.13-44.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- KOZICKI, Katya. *H. L. A. Hart: a hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito*. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Ilha de Santa Catarina, 1993.
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. Coordenação de Fredie Didier Jr. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- \_\_\_\_\_. *A ratio da jurisprudência*: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade. 311 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n.1, p.607-630, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais*: conteúdos essenciais, restrições e eficácia. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

**PARTE II**

**LIBERDADES DEMOCRÁTICAS  
E SUAS RESTRIÇÕES**

## CAPÍTULO 11

# É NECESSÁRIA UMA LEITURA MORAL DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO? – INTERCÂMBIOS ENTRE A MORALIDADE E A LINGUAGEM DE DIREITOS NO DISCURSO JURÍDICO

*André Matos de Almeida Oliveira*  
*Pâmela de Rezende Côrtes*

**RESUMO:** Neste artigo discutiremos as melhores formas de interpretar o princípio da liberdade de expressão, considerado fundamental em nosso sistema jurídico. Contrariamente ao que alguns autores defendem, diremos que sua leitura como um princípio moral não é necessária e que é possível que haja um adequado uso da linguagem dos direitos sem recorrer a essas noções mais teóricas e abstratas. Para isso, passaremos por uma discussão sobre as relações e distinções entre moral e direito e sobre as vantagens do uso dos conceitos morais no direito (assim como de conceitos jurídicos na moral). Chegaremos, por fim, à tentativa de mostrar como é possível utilizar uma linguagem mais prática de direitos jurídicos, que se preocupem adequadamente com os interesses dos membros da sociedade, mas que não caiam em algumas armadilhas que podem advir da teorização moral.

### 1. INTRODUÇÃO

Uma das maiores preocupações de teóricos formados na matriz de valores democrática e liberal contemporânea é proteger o princípio<sup>1</sup> da liberdade de expressão. Mill (1948), em *On Liberty*, argumentou classicamente que a liberdade de expressão não precisa ser vista só como um valor moral, mas também como uma forma instrumental de garantir a expansão do conhecimento – no que foi acompanhado por Dewey (1959) – e como um mecanismo inteligente de escolha social, que deixa que as pessoas, que têm maior conhecimento sobre seus interesses e valores, decidirem por si (Posner 2005, 97).

Atualmente, a partir desse ponto de vista, há uma tendência de se ver o princípio da liberdade de expressão (além de outros princípios) no direito como uma direta expressão de uma proposição moral, que deve ser lida valorativamente. Esse é um dos corolários da visão pós-positivista que é popular no direito atualmente. Ou seja, é enfatizado que é fundamental que haja uma ligação direta e produtiva entre o direito e a moral, para que tomemos decisões principiológicas adequadas e possamos criar uma barreira protetiva ao redor de nossos princípios mais importantes.

---

<sup>1</sup> Usaremos “princípio” neste artigo como termo guarda-chuva para princípios e garantias em geral.



Ronald Dworkin, um dos grandes representantes dessa visão mais híbrida valorativa, esboça o que ele chama de uma leitura moral da constituição e do direito. Em *Freedom's Law*, ele diz que:

Quando uma nova questão constitucional ou polêmica surge – sobre se, por exemplo, a Primeira Emenda permite leis contra a pornografia – as pessoas que formam uma opinião devem decidir como um princípio moral e abstrato deve ser entendido da melhor forma. Eles devem decidir se a verdadeira base do princípio moral que condena a censura, na forma em que esse princípio foi incorporado ao direito americano, estende-se ao caso da pornografia. [...] A leitura moral então traz a moralidade política para o coração do direito constitucional (Dworkin 1999, 2)<sup>2</sup>.

Além disso, em *Justice for Hedgehogs*, uma das obras derradeiras do autor, ele radicaliza ainda mais sua posição e diz que o direito, na verdade, é apenas uma parte, uma manifestação da moral:

Nós construímos uma concepção do direito – uma explicação das bases necessárias para embasar uma afirmação de direito exigível em demanda nessa forma – encontrando uma justificação dessas práticas em uma rede maior e integrada de valores políticos. Nós construímos uma teoria do direito, isto é, da mesma forma que construímos uma teoria de outros valores políticos – da igualdade, liberdade e democracia.

[...] Nós desfizemos então a velha imagem que mostra o direito e a moral como dois sistemas separados e depois busca ou nega, infrutiferamente, interconexões entre eles. Nós substituímos isso por uma imagem de um sistema: nós tratamos agora o direito como parte da moralidade política<sup>3</sup> (Dworkin 2011, 405).

Essa passagem, além do livro como um todo, é marcante por mostrar até que ponto os autores contemporâneos pós-positivistas estão levando a relação entre direito e moral. No decorrer do artigo, defenderemos, no entanto, que

<sup>2</sup> Tradução livre de: “*When some novel or controversial constitutional issue arises – about whether, for instance, The First Amendment permit laws against pornography – people who form an opinion must decide how an abstract moral principle is best understood. They must decide whether the true ground of the moral principle that condemns censorship, in the form in which this principle was incorporated into American law, extends to the case of pornography. [...] The moral reading therefore brings political morality into the heart of constitutional law.*”

<sup>3</sup> Tradução livre de: “*We construct a conception of law— an account of the grounds needed to support a claim of right enforceable on demand in that way— by finding a justification of those practices in a larger integrated network of political value. We construct a theory of law, that is, in the same way that we construct a theory of other political values— of equality, liberty, and democracy. [...] We have now scrapped the old picture that counts law and morality as two separate systems and then seeks or denies, fruitlessly, interconnections between them. We have replaced this with a one- system picture: we now treat law as a part of political morality.*”

o caminho da teorização moral não é o único possível para se estabelecer a importância dos direitos. Defenderemos que pode haver uma diferença entre moral e entre direito, e também que a linguagem da moral não é a única necessária para garantir a proteção dos direitos individuais.

Antes de apresentar os argumentos, porém, cabe tratar de algumas distinções terminológicas entre direito e moral e analisar o que Dworkin tem a dizer sobre elas.

## 2. DWORKIN E A UNIDADE DA MORAL E DO DIREITO

Ainda em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin critica a separação tradicional que se faz entre “direito” e “moral”. Para ele, na visão tradicional, os teóricos dizem que esses dois conceitos referem-se a conjuntos normativos diferentes, com fontes diferentes. O direito seria um conjunto de normas geralmente relacionado à força, criado por comunidades específicas. A moral, por outro lado, seria constituída pelas normas com mais autoridade argumentativa e tendência à universalidade (Dworkin 2011, 401).

Para negar a visão tradicional, Dworkin apresenta uma visão muito particular, nos mostrando o que ele entende por “moral” e o que ele entende por “direito”. Mas, de fato, não concordamos com nenhuma das duas particularidades do autor. Quanto à moral, somos céticos quanto à possibilidade de “objetividade”, mesmo mitigada, pois voltada a uma comunidade, que Dworkin valoriza. Para fins desse artigo, no entanto, deixaremos a crítica à concepção moral de Dworkin momentaneamente de lado e nos concentraremos na sua concepção jurídica (porém, para uma visão céticas morais interessantes, cf. Joyce 2001 e Sinnott-Armstrong 2005).

Como modelo de teoria jurídica da abordagem tradicional que critica, Dworkin aponta as posições positivistas clássicas, como a de Hart e a de Raz. Essas seriam por excelência aquelas concepções que separam as normas morais e jurídicas. Contraposta ao positivismo estaria a abordagem “interpretativista”, na qual haveria a unidade normativa (e valorativa) da moral e do direito. Essa é, é claro, a visão pela qual Dworkin advoga no decorrer do seu livro (Dworkin 2011, 402).

Um erro que Dworkin corre o risco de cometer é afirmar que tanto a posição positivista quanto a interpretativista são visões doutrinárias de direito, isto é, visões que objetivam saber qual é o “direito” em algum caso específico de decisão ou apreciação jurídica (Id.). Apesar de isso poder ser verdadeiro para as posições positivistas com as quais Dworkin está acostumado a argumentar (provavelmente as de Hart e Raz, como dissemos), não necessariamente é verdadeiro para as concepções jurídicas positivistas em geral.

Kelsen (2006), por exemplo, ao elaborar sua teoria pura do direito, em momento algum subscreve ao modelo de Dworkin. Kelsen não quer criar um

método teórico de estabelecer qual o direito correto em um caso particular. Seu objetivo, ao contrário, é criar um modelo o mais próximo possível de uma ciência para identificar normas jurídicas em geral, descritivamente.

A pureza de sua teoria é metodológica. Ele quer uma forma de diferenciar as normas e os sistemas jurídicos dos outros tipos de normas e sistemas. A teoria de Kelsen não faz juízo de valor sobre qual é o direito no caso concreto. Ela até admite que os agentes de direito criem normas “impuras”, que estavam fora da “moldura interpretativa” que ele propõe, ou nas quais os tomadores de decisão foram influenciados, por exemplo, por suas concepções ideológicas, visões morais pessoais, preconceitos, etc. De fato, Kelsen está pronto a admitir que esses são fenômenos comuns no cotidiano do direito (Kelsen 2006, III).

Isso mostra que, pelo menos neste livro, talvez Dworkin não esteja muito preocupado em classificar com algum rigor o positivismo, nem, por decorrência, esteja interessado em criar refutações argumentativas mais substanciais contra as abordagens rivais.

Essa falta de preocupação argumentativa, aliás, parece ser uma característica que percorre todo o livro, já notada por outros autores. O ponto central da obra de Dworkin, como já se disse, é a ideia de que há uma unidade do valor: moral, justiça, direito, filosofia política seriam todos campos conectados por essa unidade. No entanto, enquanto se lê o livro, é difícil ver Dworkin colocar essa questão de forma mais filosófica; ele está pronto, inclusive, a reconhecer que sua visão está sujeita a circularidades argumentativas.

Notando isso, Alexandre Araújo Costa (2014) chega à provocativa conclusão de que “apesar de ser louvável essa transparência” da obra de Dworkin, “ela termina por promover uma peculiar valorização da fé, visto que Dworkin atribui um valor moral positivo à capacidade que as pessoas têm de considerar que as suas crenças são objetivamente verdadeiras (Costa 2014, 202)”.

A comparação com a fé é útil para saber o que é uma discussão teológica. Quando se discute a existência de deus, é possível, normalmente, encontrar duas posturas, uma crítica e outra mais dogmática. A postura crítica é geralmente relacionada à filosofia: a exigência de bons argumentos para sabermos se a existência de algo como um deus onipresente, onisciente, onipotente, bom, etc. (dependendo das características do deus em que se acredita) pode ser justificada. A postura dogmática está ligada à teologia: parte-se do pressuposto da existência de deus e a partir daí se elaboram as considerações filosóficas sobre suas características, intenção, etc. Um teísta que se aventura na primeira discussão tem a intenção de enfrentar o cético (ateu), enquanto o que escolhe a segunda simplesmente o ignora.

Alguns dos teístas dessa segunda linha acham, inclusive, que a crença em Deus é algo como uma virtude por si só, e que os ateus, só por não terem essa crença (fé) arraigada em seus espíritos têm uma visão irremediavelmente pobre

e pouco completa do mundo. Para eles, o ceticismo teológico – o ateísmo – é, no fim das contas, uma vicissitude, uma pobreza espiritual, algo a ser lamentado, não algo para ser discutido.

A visão de Dworkin quanto à unidade do valor e à objetividade da moral aproxima-se bastante da postura do segundo teísta. Para Dworkin, só a possibilidade do ceticismo moral, de se colocar, filosoficamente, em cheque a existência dos valores morais de uma comunidade, já é um flerte com um vício, já é, em seus termos, uma falta de responsabilidade. Por isso, Costa conclui que:

Em vez de realçar a virtude filosófica da dúvida e de estimular uma revisão crítica dos nossos valores visceralmente autênticos, ele [Dworkin] propõe que nos aferremos aos valores autênticos e termina por chamar de céticos todos os pensadores que cultivam um questionamento sistemático da visão comum. Por isso, identificamos que no livro *Justice for Hedgehogs* Ronald Dworkin não apresenta propriamente uma filosofia moral, mas uma teologia moral, ou seja, uma dogmática que esclarece as exigências que nos são impostas pela virtude moral pressuposta pelo autor.

Nessa teologia, a virtude fundamental é a responsabilidade, que exige de nós uma crença dogmática nos deveres que visceralmente nos movem. (Costa 2014, 203)

Com esse diagnóstico da posição de Dworkin, não nos resta muito a fazer. Nossas opções de argumentação são escassas, exatamente por causa do fato de que a exposição do autor, no final das contas, não tem a pretensão de ser argumentativa.

O que nos resta, então, é seguir e tentar esboçar um quadro mais adequado sobre a relação entre direito e moral.

### 3. IDENTIFICAÇÃO DA MORAL NO DIREITO X DESEJABILIDADE DA MORAL NO DIREITO<sup>4</sup>

Como o debate sobre a relação entre direito e moral é um dos mais polêmicos e fecundos da história de nossa filosofia e teoria do direito, é previsível que a postura dos teóricos do direito sobre a relação entre os dois fenômenos varie enormemente.

Dentro das abordagens positivistas da teoria do direito, há os autores ligados à linha inclusiva, que acreditam que é possível haver uma penetração da moral no direito (Waluchow 1994, Hart 1994) e os ligados às linhas exclusivas, que não acreditam que é possível que o direito incorpore a moralidade

<sup>4</sup> Essa distinção foi esboçada inicialmente no artigo “Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Arena Política”, no prelo, a ser publicado na segunda edição do livro: “Direitos Políticos, Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio”.

(Kelsen 2006, Raz 2009). Como já visto, mesmo nas abordagens inclusivas, é tradicional que se enxergue, mesmo assim, pelo menos no início, que as normas morais e as normas jurídicas têm pelo menos alguma diferença de constituição relevante. O direito pode absorver essas normas, mas o direito não é constituído dessas normas, pelo menos num primeiro momento.

Existem também diversas teorias intermediárias, como as realistas, as institucionalistas e as pragmatistas, que, dependendo da linha ou da sublinha teórica, dão respostas diferentes sobre a relação entre direito e moral (Suchman e Edelman 1996; Posner 1995). Por exemplo, nas correntes realistas pode haver uma aceitação neutra, mais ou menos despreocupada, de que os juízes decidem moralmente, chegando-se no máximo a recomendar que o juiz exerça sua discricionariedade moral de forma ponderada e informada; ou pode haver uma aceitação mais crítica, denunciadora, da influência da moral no direito, que aponta o caráter ideológico (no sentido mais negativo do termo) da decisão dos juízes, tendente, segundo alguns, a ser opressiva e a criar formas de dominação social, linha de raciocínio muito ligada à dos *critical legal studies* (Unger, 1983).

Há, por fim, as linhas mais permissivas sobre a relação entre moral e direito, que veem não só como possível, mas às vezes como necessário que moral e direito se entrelacem. A teoria interpretativa de Dworkin ocupa essa posição. Ela é também acompanhada por outras teorias pós-positivistas e neoconstitucionalistas (Alexy 2008; Barroso 2007).

Também varia enormemente o que é considerado como o critério de demarcação adequado entre o direito e a moral. Os autores não concordam sobre os pontos que devemos analisar para encontrar o elemento decisivo que irá nos dizer se a norma que estamos vislumbrando é moral, jurídica ou as duas coisas. Autores como Kelsen acreditam que devemos procurar esse critério na estrutura lógico-semântica das normas (Kelsen 2006). Outros, como Dworkin, interessam-se pelas práticas sociais e pelos valores que se originam delas (Dworkin 1986, 2011). Autores como Hart e Raz acreditam que as fontes sociais são os critérios necessários e suficientes para conseguirmos identificar normas jurídicas (Hart 1994; Raz 2009). Os realistas, por sua vez, irão dizer que são os tribunais, a decisão dos juízes, o lugar que se deve olhar para saber sobre o funcionamento do direito e sua relação com a moral.

Percebe-se, então, que o debate sobre a relação entre direito e moral é extremamente profundo. Há poucas esperanças de que, no curto prazo, ele seja resolvido. Mas talvez haja uma forma de escapar das exigências desse debate teórico, pelo menos para os fins de nosso artigo. Uma delas pode ser essa: podemos fazer uma distinção entre, por um lado, a relação de identidade entre o direito e a moral e, por outro, a desejabilidade de que a moral integre o direito. As distinções, apesar de à primeira vista similares, são paralelas e independentes entre si.

No debate sobre a identidade ou não entre direito e a moral, o que se quer saber é sobre uma relação descritiva: até que ponto, pela observação e por nossas teorias, podemos perceber que o fenômeno do direito se entrelaça com a moral. Existe uma relação constitutiva entre direito e moral? A relação é meramente accidental, ou nenhuma?

As teorias que apresentamos brevemente acima têm um posicionamento mais forte precisamente sobre esse ponto. Algumas, como a positivista exclusiva, negam qualquer relação de identidade entre o direito e a moral. Outras, como a teoria interpretativista de Dworkin, dizem que essa relação de identidade é necessária, que há uma unidade entre moral e direito (e entre outros valores). E há as que ficam no meio do caminho.

No debate sobre a desejabilidade do uso da moral no direito, o objetivo é prescritivo. Pergunta-se: devemos usar teorias morais para auxiliar nossas decisões jurídicas? Aqui o que entra em cena é a análise sobre a conveniência, viabilidade, vantagem do uso da moral no direito, e não a controvérsia sobre a possibilidade de a moral fazer ou não parte do direito conceitualmente.

Os teóricos do direito normalmente apresentam a questão da identidade e da desejabilidade indiferenciadamente. Autores como Kelsen tendem a defender ao mesmo tempo um ceticismo ético e uma visão de direito que exclui a moral. Autores como Dworkin tendem a defender ao mesmo tempo a desejabilidade da moral e a unidade identitária entre ambos.

Mas nem sempre é assim - e não precisa ser assim. Não há nada de necessário nessa tendência a juntar as duas distinções. É plenamente possível, por exemplo, que alguém acredite que a moral é inescapável ao direito (que há uma relação identitária entre os dois) e que seja ao mesmo tempo cético quanto aos benefícios da moral (que o direito ficaria bem sem a moral). Essa pessoa teria várias opções teóricas às quais recorrer para compatibilizar essas duas crenças. Ela poderia, por exemplo, defender algo como um “minimalismo moral”, tentando restringir os elementos morais do direito a um núcleo controlável, que ofereça poucos riscos ao quadro maior de nosso sistema jurídico. Poderia também defender algo como uma relação “rasa” entre moral e direito: defender ser legítimo recorrermos à moral em decisões cotidianas ou pouco críticas, em que não haja muita coisa em jogo, mas sustentar a necessidade de se abandonar o critério moral a partir do momento que nos deparamos com casos críticos e delicados, que demandarão nossa atenção, para recorrer a critérios normativos mais confiáveis e refinados.

Os exemplos acima foram somente ilustrativos, objetivando mostrar uma possibilidade teórica. Mesmo assim, cabe notar que há autores que se aproximam bastante desta visão, em um sentido outro, como Posner (2009), Sunstein (1995) e Vermeule (2006).

Na outra linha, é possível acreditar na separação identitária entre moral e direito, mas ainda crer que o uso da moral no direito é desejável, útil. Um

indivíduo que pensasse dessa forma poderia ser favorável a esse uso instrumental da moral no direito por recorrer a um raciocínio normativo mais amplo. Por exemplo, um kelseniano pode concordar totalmente com a visão de que para reconhecermos uma norma jurídica temos que recorrer a uma teoria pura, sem interferências de outras normas sociais. Ao mesmo tempo, porém, ele pode acreditar que é desejável que “impurezas” morais mesmo assim se façam presente no direito, porque levarão a resultados sociais mais desejáveis, benéficos, etc., numa escala maior. Nesse caso, ele está recorrendo a raciocínios de prudência prática mais amplos.

Algo parecido acontece com o uso da economia do direito. É raro que juristas defendam que a economia tem uma relação identitária com o direito (ao menos, mais raro do que a defesa da relação identitária da moral com o direito). Por outro lado, é menos raro defender que, em casos importantes, o jurista pode utilizar raciocínios e teorias econômicas para guiá-lo em uma decisão, porque isso trará resultados sociais melhores – aumentará a eficiência social, diminuirá externalidade, etc. Assim, é possível ao mesmo tempo afirmar a que não há relação identitária entre economia e direito, mas que é desejável que se use a economia no direito em diversas situações.

Esperamos que as diferenças nas distinções entre identidade do direito e da moral e entre a desejabilidade do uso da moral no direito tenham ficado claras. Se esse ponto estiver correto, poderemos evitar vários das discussões filosóficas que assolam o direito para continuar a prosseguir os objetivos desse artigo. Nossa preocupação aqui não é com a questão da identidade do direito e da moral, mas com a desejabilidade do uso da moral no direito. Então, a seguir, tentaremos responder à pergunta: qual a utilidade da moral no direito?

#### 4. OS PROBLEMAS DE USAR A LINGUAGEM DA MORAL NO DIREITO

Podemos apresentar os problemas com o uso da moral no direito em dois sentidos (na linha de Posner 2009). O primeiro é o da objetividade. Até hoje, nos debates morais, não há indício claro de que exista uma objetividade moral acessível a nós. As crenças morais entre as pessoas variam muito, tanto em culturas diferentes quanto dentro da mesma cultura. Nenhuma estratégia argumentativa, nenhuma linha teórica mais forte, nenhuma escola acadêmica parece conseguir dar cabo dessas diferenças valorativas tão grandes entre as pessoas.

É claro que do simples fato de que as pessoas não concordam sobre a teoria ética correta não pode decorrer um ceticismo moral. Isso seria um *non sequitur*. Pode ser que encontremos a objetividade moral em algum momento. Mesmo assim, a situação atual é preocupante, porque não vemos qualquer indício de estarmos indo nessa direção.

Não é por acaso, por exemplo, que filósofos meta-éticos vêm se preocupando com o problema da falta de convergência no discurso moral. Filósofos mais céticos, como J. L. Mackie (1979), dizem que esse tipo de falta de convergência é exatamente o que se espera quando temos uma crença generalizada em algo que simplesmente é falso (como no caso, alguns diriam, da crença em entidades religiosas, da existência de uma alma autônoma ao corpo, da magia, etc.).

A questão da certeza moral tem que ficar em aberto, por enquanto. Enquanto não soubermos da existência de prescrições normativas categóricas e universais, acessíveis pela razão, argumentativamente fortes, capazes de modificar motivações humanas, o máximo que podemos fazer é sustentar um agnosticismo saudável sobre a objetividade da moral.

O segundo ponto problemático do uso da linguagem moral no direito, por sua vez, é a utilidade. Mesmo que existisse algo como uma moral objetiva, teríamos que ter bons motivos para acreditar que o uso da moral no direito seria desejável de algum jeito (é claro, presume-se que, se se encontrasse uma justificação para a existência de valores morais objetivos em geral, o caminho para a justificação do seu uso no direito se tornaria mais fácil). Como suspendemos o juízo sobre a primeira questão, as coisas ficam mais difíceis para a segunda.

O ponto é que, se há o risco de que os argumentos morais sejam arbitrários, também há o risco de que os teóricos ou os juristas usem essa arbitrariedade para favorecer suas próprias preconcepções. Em temas especialmente polêmicos ou de difícil decisão isso pode ficar ainda mais claro. Numa questão controversa sobre a liberdade de expressão, dificilmente um jurista vai ser convencido pelo argumento moral da outra parte. Pelo contrário, ele vai procurar argumentos morais para si, para justificar a sua própria posição.

## 5. O PROBLEMA DE USAR A LINGUAGEM DOS DIREITOS NA MORAL

Há também problemas no sentido contrário. Autores que insistem em misturar questões morais e questões jurídicas com relação a princípios, como o da liberdade de expressão, correm o risco de racionalizar. Racionalização é o que acontece quando o sujeito sente de certa forma quanto a um problema moral, e então aparece com uma justificação racional para esse sentimento (Greene 2013, 300).

Uma das formas de compreender o processo de racionalização é ver a mente como tendo dois sistemas cognitivos que funcionam separadamente. Greene desenvolve uma metáfora ilustrativa:

O cérebro humano é como uma câmera dual que possui tanto configurações automáticas quanto modo manual. [...] Uma câmera com ambos, configu-



rações automáticas e modo manual, exemplifica uma solução elegante para um problema de design ubíquo, nomeado o trade-off entre eficiência e flexibilidade (Greene 2013,133)<sup>5</sup>.

Assim, o problema acontece quando temos uma intuição ou um sentimento sobre um determinado problema moral e acreditamos que nossa resposta procede de um intenso e laborioso raciocínio moral, ao invés de ser uma resposta entranhada (um *gut feeling*).

Esse risco é considerável quando estamos lidando com um conflito moral que revestimos com a linguagem dos direitos. Quando falamos de liberdade de expressão *versus* o direito, geralmente de um grupo, à sua identidade ou dignidade, estamos falando de uma colisão de direitos. O ideal, nesses casos, parece-nos ser sopesar os prós e contras da limitação de determinado direito e, a partir das consequências práticas, decidir pela manutenção ou limitação.

A questão é que, em termos de liberdade de expressão, costumamos estar diante de uma discordância legítima entre grupos com posições distintas. Para o autor, quando a discordância acontece dentro de uma mesma comunidade moral (eu *versus* nós), não é preciso muito esforço. É um problema moral apenas. Mas a questão é mais complicada quando há uma controvérsia moral. Nesse caso, a disputa acontece entre comunidades morais (nós *versus* eles). Assim, quando dois grupos discordam frontalmente sobre determinada resposta moral, é preciso passar a mente para o modo manual (Greene 2013, 294).

Controvérsias morais são o espaço onde é mais provável que aconteçam racionalizações. E a linguagem dos direitos no âmbito moral favorece a racionalização. Isso porque

apelar para “direitos” funciona como um passe livre, uma carta de trunfo que torna as evidências irrelevantes. Para qualquer sentimento que você ou alguém da sua tribo tenha, você pode sempre apostar na existência de um direito correspondente ao seu sentimento. [...] “Direitos” não são brilhantismo. Eles nos permitem racionalizar nossos sentimentos entranhados sem nenhum trabalho adicional (Greene 2013, 302)<sup>6</sup>.

Os direitos tornam a questão fechada, uma vez que direitos são inegociáveis. Assim, quando misturam-se questões morais com questões jurídicas, a

<sup>5</sup> Tradução livre de: “*The human brain is like a dual-mode camera with both automatic settings and a manual mode. [...] A camera with both automatic settings and a manual mode exemplifies an elegant solution to a ubiquitous design problem, namely the trade-off between efficiency and flexibility*”.

<sup>6</sup> Tradução livre de: “*Thus, appeals to “rights” function as an intellectual free pass, a trump card that renders evidence irrelevant. Whatever you and your fellow tribespeople feel, you can always posit the existence of a right that corresponds to your feelings. [...] “Rights” are nothing short of brilliant. They allow us to rationalize our gut feelings without doing any additional work.*”

tendência é de que a discussão torne-se uma disputa de racionalizações de sentimentos morais tribais, que se revestem de argumentos e tiram a deliberação de uma esfera mais prática e pragmática de ação.

O teórico ou o jurista que busca decidir sobre um problema difícil e utiliza-se de uma abordagem moral pode acabar escolhendo a teoria que melhor combina com os seus sentimentos entranhados. E como há um leque grande de escolhas, ele acabará encontrando uma que vai lhe convir bem. Como diz Posner: “Todo movimento em uma discussão normativa moral pode ser respondido por um contramovimento. O discurso da teoria moral é interminável porque indeterminado”<sup>7</sup> (Posner 2009, 53).

O problema aqui, então, é que teorias morais não só não ajudam a resolver problemas no direito, mas atrapalham, porque criam incentivos a certo isolamento teórico e argumentativo entre as partes discordantes. Assim como a linguagem de direitos quando a esfera de debate é moral prejudica a honestidade intelectual na medida em que mascara sentimentos entranhados com o discurso jurídico, impedindo negociações e acordos.

## 6. UTILIZANDO A LINGUAGEM DOS DIREITOS

Como essas críticas à moral, não se quer criticar, em conjunto, a noção de “direitos”. Pelo contrário, acreditamos que é plenamente possível utilizar a linguagem de direitos e o tipo de reivindicações a que ela recorre sem necessitar do apoio de teorias morais.

Em *The Cost of Rights*, Holmes e Sunstein (1999) desmistificam vários aspectos relacionados à questão dos direitos. Eles dizem, por exemplo, que não é possível falar de direitos em um nível puramente abstrato, ignorando as questões materiais nas quais uma sociedade está envolvida, inclusive seus problemas econômicos e de orçamento. Estando atentos a essas questões contextuais, percebemos que a linguagem dos direitos jamais poderá deixar de ser relativa, limitada, fragmentada.

Numa dimensão histórica, as comunidades constroem a linguagem dos direitos para proteger os interesses que considerem mais importantes. O processo de intercâmbios e opiniões que dará origem a esses conceitos se constitui, para Holmes e Sunstein, na forma de uma barganha:

Uma teoria dos direitos empiricamente orientada deve levar em conta como liberdades individuais criam e sustentam relações cooperativas tanto entre grupos de cidadãos quanto entre cidadãos e seu governo. Por que os cidadãos

<sup>7</sup> Tradução livre de: “Every move in normative moral argument can be checked by a countermove. The discourse of moral theory is interminable because it is indeterminate.”

voluntariamente bancam o custo da aplicação dos direitos? Eles bancar pelo medo, claro, ou pelo hábito, sem perguntar por que. Mas eles também podem perceber que esses direitos valem o preço. É isso o que significa chamar os direitos e especialmente os direitos fundamentais como a pedra de toque do contrato social liberal, a fonte da legitimidade da autoridade política liberal. Garantido pelos governos e aceito pelos cidadãos em uma troca de concessões, os direitos podem até ser vistos, com certo exagero, como barganhas. Essa não é toda a história, mas é uma metáfora útil. De fato, é mais que uma metáfora; em uma matéria puramente descritiva ou histórica, muitos direitos devem sua origem a barganhas entre diversas pessoas buscando cooperar ou ao menos coexistir pacificamente entre elas<sup>8</sup>. (Holmes e Sunstein 1999, 12)

Assim os direitos têm uma dimensão de troca e surgem do desejo compartilhado de proteger interesses. É certo que neste ponto estamos falando de direitos em uma dimensão descritiva, mas nossas conclusões também se aplicam ao seu uso prescritivo.

A linguagem dos direitos será igualmente válida na dimensão interna e normativa do discurso jurídico, mas o que resta é saber quais são os critérios para sua consolidação, especialmente quando temos que lidar com casos controversos ou de difícil solução.

No sentido que estamos apresentando, os critérios de discussão dos direitos devem ser menos teóricos e mais práticos.

## 7. O DIREITO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Pelo que estamos desenvolvendo, podemos considerar que não é necessário que os direitos sejam garantidos recorrendo-se somente à linguagem moral. É possível falar sobre eles em um sentido instrumental e prático mais amplo, ainda que normativo.

Mas como essas considerações devem nos guiar para sua regulação? Sabemos que a liberdade de expressão não é um princípio absoluto no direito brasileiro. Existem diversas limitações que a própria Constituição impõe ao princípio em nosso direito, e os teóricos do direito brasileiros já

<sup>8</sup> Tradução livre de: “*An empirically oriented theory of rights must consider how individual liberties create and sustain cooperative relations both among groups of citizens and between citizens and their government. Why should citizens willingly defray the costs of rights enforcement? They may disburse from fear, of course, or from habit, without asking why. But they may also perceive these rights to be worth the price. This is what it means to call rights and especially basic rights the cornerstone of the liberal social contract, the source of the legitimacy of liberal political authority. Granted by governments and accepted by citizens in a trading of concessions, rights may even, at a stretch, be deemed bargains. This is not the whole story, but it is a helpful metaphor. Indeed, it is more than a metaphor; as a purely descriptive or historical matter, many rights owe their origin to bargains among diverse people seeking to cooperate or at least coexist peacefully with one another.*”

vêm afirmando que esse princípio tem a mesma hierarquia normativa que outros, e deve ser limitado caso viole algum (Mendes e Branco 2014), 4, II. Essa é uma interpretação perfeitamente compatível com a dimensão prática que estamos defendendo neste texto.

Os casos que podem ser problemáticos, por outro lado, são os em que os juristas optem por limitar esse princípio com base em considerações mais influenciadas pela teoria moral, inclusive por argumentos ligados à defesa da dignidade da pessoa humana, conceito este que, apesar de inegavelmente importante, pode ser utilizado de forma não cautelosa exatamente por ser especialmente propícia a recaídas morais.

Dessa forma, defendemos que a liberdade de expressão é um direito central a nosso ordenamento jurídico e que, por ser um mecanismo de proteção direta e indireta dos interesses de praticamente todas as pessoas que fazem parte de nossa comunidade, deve ter muita importância jurídica. Isso não quer dizer que o princípio não deva sofrer limitações, mas essas limitações não devem decorrer de considerações morais abstratas, mas das considerações práticas que se relacionam diretamente aos interesses dos indivíduos que participam de nosso contrato social.

## CONCLUSÃO

Neste artigo, nosso objetivo foi discutir as abordagens normativas possíveis para o discurso de ódio. Vimos que uma das mais populares é a leitura moral dos princípios que compõem nosso sistema jurídico. Muitos autores consideram que esse tipo de leitura é a única forma eficaz de garantir a proteção de nossos direitos e que, caso a linguagem moral seja abandonada, também haverá sério risco de que a linguagem de direitos seja abandonada.

Após isso, tentamos argumentar que a crença na existência desse risco é falsa. Para chegar a essa conclusão, tivemos que perpassar por algumas discussões teóricas no caminho. Primeiro, tivemos que analisar a relação entre direito e moral exposta por Dworkin e outros pós-positivistas. Eles acreditam em uma unidade entre os dois fenômenos. Tentamos responder às considerações de Dworkin e depois mostrar uma distinção mais adequada, entre questões de identidade entre direito e moral e a desejabilidade do uso da moral no direito.

Já adotando a segunda distinção, passamos a discutir a conveniência do uso da moral no direito. Dissemos que a relação entre os dois campos é problemática por diversos motivos, como a aparente arbitrariedade da moral, a tendência à isolação teórica que ela pode gerar e até o risco de racionalizações de nossos *gut feelings*, que podem decorrer da absolutização da linguagem moral para a linguagem dos direitos.

Por fim, defendemos que a linguagem dos direitos pode ser usada com a maior serventia em nosso sistema jurídico, mas que ela tem características diferentes do que é visto no discurso moral. Esses direitos são relativos, contextuais, incompletos e barganháveis. Nossa conclusão foi com a opinião de que discussões sobre direitos devem ser concretas, ligadas ao interesse da comunidade. Devem ser mais práticas e diretas, e menos teóricas e abstratas.

## REFERÊNCIAS

- Alexy, Robert. 2008. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros.
- Barroso, Luís Roberto. 2007. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil". In *A constitucionalização do direito* Organizado por Souza Neto, Cláudio Pereira; Sarmiento, Daniel. p. 203-249. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Costa, Alexandre Araújo. 2014. "Teologia Moral para Ouriços: A Teoria da Justiça de Ronald Dworkin"/Moral Theology for Hedgehogs: Ronald Dworkin's Theory of Justice. *Revista Direito*. UnB, v. 1, n. 1.
- Dewey, John. 1959. *Democracia e educação*: introdução à filosofia da educação. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional.
- Dworkin, Ronald. 1986. *Law's empire*. Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald. 1999. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. OUP Oxford.
- Dworkin, Ronald. 2011. *Justice for hedgehogs*. Harvard University Press.
- Greene, Joshua. 2013. *Moral tribes: emotion, reason and the gap between us and them*. New York: Penguin.
- Hart, H. L. A. 1994. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press.
- Holmes, Stephen; Sunstein, Cass R. 1999. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton.
- Joyce, Richard. 2001. *The myth of morality*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kelsen, Hans. 2006. *Teoria pura do direito*. Traduzido por Tradução João Baptista Machado 7. ed. São Paulo: Martins Fontes.
- Mackie, John. 1979. *Ethics: Inventing right and wrong*. Penguin UK.
- Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. 2014. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva; Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público.
- Mill, John Stuart. 1948. *On liberty; and considerations on representative government*. Oxford: Basil Blackwell.
- Posner, Richard A. 1995. *Overcoming law*. Harvard University Press.
- Posner, Richard A. 2005. *Law, pragmatism, and democracy*. Harvard University Press.
- Posner, Richard A. 2009. *The problematics of moral and legal theory*. Harvard University Press.
- Raz, Joseph. 2009. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford University Press on Demand.
- Sinnott-Armstrong, Walter. 2005. *Moral skepticisms*. New York: Oxford University Press.
- Suchman, Mark C.; Edelman, Lauren B. 1996. "Legal rational myths: The new institutionalism and the law and society tradition". *Law & Social Inquiry*, v. 21, n. 4, p. 903-941.
- Sunstein, Cass R. 1995. "Incompletely theorized agreements". *Harvard Law Review*, v. 108, n. 7, p. 1733-1772.
- Unger, Roberto Mangabeira. 1983. "The critical legal studies movement". *Harvard law review*, p. 561-675.
- Waluchow, Wilfrid J. 1994. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press.

## CAPÍTULO 12

# OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA AUTOLESÃO E DA HETEROLESÃO CONSENTIDA E OS PARÂMETROS À INTERVENÇÃO PATERNALISTA

*Giovanni Vidal Guaragni*

**RESUMO:** O presente texto tem por objetivo abordar os limites da atuação paternalista estatal sobre a liberdade individual para autolesão e heterolesão consentida, a partir de fundamentos teóricos envolvidos. Através de uma técnica de pesquisa de documentação indireta, com estudos e análises bibliográficas, foram analisadas as noções de autonomia e capacidade jurídica, que não podem ser negligenciadas quando do tratamento da dignidade humana, cuja essência deve ser enxergada na autodeterminação. Aborda-se em seguida, o fenômeno do paternalismo estatal e seus parâmetros de aplicação, estabelecendo-se que a medida paternalista deve ser adotada como *ultima ratio*, em casos específicos de indivíduos incapazes ou desinformados. Em seguida, o estudo se debruça sobre práticas peculiares - contratos de escravidão, práticas de convencimento, paternalismo recíproco, “contratos Ulisses” e paternalismo de contenção -, a fim de demonstrar que não se enquadram no conceito de paternalismo ou, enquadrando-se, tratar-se-iam se paternalismos justificáveis. Conclui-se, finalmente, que a vontade do indivíduo capaz e conhecedor das circunstâncias que envolvem sua decisão é soberana nos assuntos que dizem respeito ao seu âmbito de independência. Seu consentimento, tanto para com práticas lesivas, quanto para com ações protetivas (a não ser em casos de extremo risco, nos quais a pessoa não esteja em condições de expressar sua vontade), deve ser prévio, certo e estrito, a fim de evitar lesões genericamente autorizadas, porém não previstas. Justificável é o paternalismo moderado, não rígido, e de bem-estar, distante de pretensões moralistas.

**PALAVRAS-CHAVE:** autolesão; heterolesão; autonomia; consentimento; paternalismo.

*ABSTRACT: The present text aims to approach the theme of state paternity over individual freedom for self-harm and consensual heterolesion, based on the theoretical foundations involved. The research was made through bibliographic readings and analysis. First, it was studied the concept of autonomy and juridical capacities, which cannot be neglected when dealing with human dignity, which core should be seeing as the self-determination. On the next step, the state paternalism and the parameters of its application was analysed, establishing that the paternalistic measure must be adopted as the last resource, in specific cases of incapable or uninformed individuals. Then, comes to surface the study of peculiar practices - contracts of slavery, practices of persuasion, reciprocal paternalism, “ulisses contracts” and paternalism of containment -, objectifying a demonstration that those practices does not fit into the concept of paternalism or, if it does, they would be justifiable paternalisms. Finally, the conclusion is that the will of the capable individual, which is aware of the involved circumstances, its sovereign, inside the limits of the individual independent sphere of action. The consent to both injurious and protective practices must be a previous, clear and strict, in order to avoid generally authorized, but unplanned, harms. Justifiable is the moderate, not rigid, and welfare paternalism, far from moralistic pretensions.*

**KEY-WORDS:** self-harm; heterolesion; autonomy; consent; paternalism.

## INTRODUÇÃO

Inúmeras questões jurídicas de difícil resolução versam sobre a liberdade individual para causar danos a si ou consentir com sua causação por outrem.

Os casos remetem a práticas criminosas, consecução de políticas públicas, atribuição de responsabilidade civil ou, até mesmo, relações empregatícias. Diante de tamanha amplitude, antes de analisar casos concretos, deve-se compreender os fundamentos teóricos pertinentes e vislumbrar possíveis soluções genéricas. Pretende-se, portanto, estabelecer limites entre a liberdade individual e o paternalismo jurídico, em casos de autolesão e heterolesão consentida, a partir da análise dos fundamentos teóricos envolvidos.

O texto é composto de duas partes. A primeira parte diz respeito à autonomia e é composta de três itens. No primeiro, encontra-se brevemente analisada a noção de autonomia. No segundo, aborda-se a dignidade humana como autonomia e heteronomia. A autonomia jurídica, ou capacidade, é objeto de apreciação do terceiro item. A segunda parte aborda o paternalismo jurídico e também conta com três itens. O item quatro traz o conceito e as características do paternalismo jurídico. No item cinco, busca-se construir parâmetros ao paternalismo justificável. Por fim, no item seis, tem-se a análise de alguns casos peculiares de não paternalismo e/ou paternalismo justificável.

## 1. A NOÇÃO DE AUTONOMIA

Em linhas gerais, autonomia significa governar-se a si mesmo e dar a si mesmo as próprias leis de ação. Não se trata somente da ausência de impedimentos à ação (liberdade negativa<sup>1</sup>), nem exclusivamente do elemento volitivo (livre-arbítrio<sup>2</sup>), mas da relação de conformidade entre a ação praticada e a lei de ação formulada pelo agente quando do exercício da vontade livre. O ser humano somente é capaz de deliberar em contextos específicos, sobre limitadas opções de ação que lhe são disponíveis, podendo escolher entre quais atitudes tomar e como construir a si mesmo, às suas normas e verdades.

Juízos autônomos ensejam exigências ou pretensões de necessidade normativa<sup>3</sup>. Cada sujeito que escolhe, escolhe por todos os demais sujeitos, uma vez que não existe um ato livre sequer que, ao criar um ser humano concreto, não crie também a imagem do ser humano que o agente julgue ideal<sup>4</sup>. Portanto, o sujeito autônomo, através de seus atos, enuncia pretensões normativas aos demais

<sup>1</sup> O conceito de liberdade negativa é aquele segundo o qual um sujeito é livre “na medida em que há certo espaço externo no interior do qual suas ações podem ser praticadas sem qualquer intervenção de outros sujeitos”. Axel Honneth. *Of the poverty of our liberty: the greatness and limits of Hegel’s doctrine of ethical life*, in *Recognition and Disagreement: a critical encounter on the politics of freedom, equality, and identity* (New York: Columbia University Press, 2016), 161, tradução livre.

<sup>2</sup> O livre-arbítrio alude à liberdade de escolha, remetendo não à liberdade de agir, mas à volição prévia ao exercício do agir e que nele expressa seu sentido comunicativo definitivo.

<sup>3</sup> Jan-R Sieckmann. *El Concepto de Autonomía. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 31, Alicante (2008): 476, tradução livre.

<sup>4</sup> Jean-Paul Sartre. *O Existencialismo é um Humanismo*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2012, 20.

membros da sociedade. Tendo em conta que tais pretensões buscam atribuir papéis sociais às pessoas, a serem cumpridos sob pena de responsabilização, os demais agentes autônomos a serem afetados pela norma pretendida devem com ela anuir, o que torna imprescindível a existência de prévia deliberação coletiva para que as normas passem a ter validade e caráter vinculante. Os sujeitos debatedores devem expor seus argumentos, defendendo a necessidade de validade de uma norma. Os argumentos deverão ser aceitáveis a tal ponto que se atinja uma convergência razoável de posições<sup>5</sup>; uma maioria crescente de agentes afetados que aceite a norma como válida, mediante um processo de reflexão intersubjetiva<sup>6</sup>.

Deve-se trazer a autonomia para o âmbito relacional da intersubjetividade, uma vez que “sem processo de comunicação não se geram sujeitos livres”<sup>7</sup>. O jusfilósofo Jan-R Sieckmann estabelece algumas premissas ao exercício adequado da autonomia deliberativa: (i) não se deve pressupor que as normas existem independentemente de seu reconhecimento pelos agentes autônomos; (ii) agentes autônomos devem apresentar argumentos normativos acerca de que norma deveria ser considerada válida, porém não estabelecer, individualmente, normas vinculantes aos demais agentes autônomos; e (iii) agentes autônomos não podem pressupor a existência de uma norma sem considerar as visões normativas de outros agentes autônomos. Somente assim o indivíduo se considerará destinatário da norma e, portanto, pessoa; considerar-se-á digno e encarará sua decisão como livre, visto que não deduzida de normas prévias e que poderia ter sido distinta, caso optasse pela vigência de norma diversa. Entretanto, sempre que mantiver uma visão normativa, deve considerar que sua decisão estará vinculada e que a norma resultante é válida, devendo ser aplicada e observada<sup>8</sup>.

## 2. DIGNIDADE HUMANA COMO AUTONOMIA E HETERONOMIA

Hodiernamente, a doutrina brasileira (e ocidental) majoritária apregoa a consagração absoluta do princípio da dignidade da pessoa humana como âmago dos ordenamentos jurídicos democráticos. Em termos gerais, remete-se à formulação kantiana segundo a qual todo e qualquer ser humano deve ser tratado como um fim em si mesmo, sendo inadmissível sua utilização instrumental, ou seja, como um meio para atingir um fim distinto<sup>9</sup>. Diz-se

<sup>5</sup> Sieckmann, *El Concepto de Autonomía*, 472, tradução livre.

<sup>6</sup> *Ibidem*, 478, tradução livre.

<sup>7</sup> Günther Jakobs. *Sociedade, norma e pessoa*. São Paulo: Manole, 2003, 17.

<sup>8</sup> Sieckmann, *El Concepto de Autonomía*, 474, tradução livre.

<sup>9</sup> “O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”. Immanuel Kant. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, LDA., 2007, 68.



dignidade humana o elemento intrínseco à humanidade, que define o ser humano como tal<sup>10</sup>; aquilo de que o indivíduo humilhado e subjugado toma consciência quando se revolta contra as amarras impostas por um senhor, demonstrando que traz em si algo pelo qual vale a pena colocar tudo, inclusive sua própria existência individual, em risco, na medida em que esse tudo não representa muito se não vier acompanhado do elemento essencial que se reclama e reivindica através do ato de revolta<sup>11</sup>.

Por se tratar de um princípio (mandado de otimização<sup>12</sup>), a dignidade se encontra estruturada em distintos níveis concêntricos, de modo que quanto mais próximo do centro, mais rígido será seu conteúdo e menos disponibilidade haverá por parte de seu titular<sup>13</sup>. Para esclarecer de que maneira o sujeito de direito se relaciona com a própria dignidade, nos distintos níveis mencionados, vale-se da distinção entre dignidade como autonomia e heteronomia.

Enquanto autonomia remete-se à fundamental disponibilidade do ser humano por si mesmo (e conseqüente indisponibilidade pelos demais)<sup>14</sup>, ou seja, à capacidade de autodeterminação e às condições para o exercício dessa capacidade<sup>15</sup>. Capacidade e condições de autodeterminação correspondem, respectivamente, aos aspectos formal e material da faculdade intrínseca do ser humano de guiar seus próprios atos de acordo com suas concepções. A capacidade remete ao preenchimento de características pré-estabelecidas, suficientes para que se reconheça o sujeito como formalmente apto à prática livre e responsável de determinados atos, que realizem seu direito “de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade”<sup>16</sup>. A prática efetiva, entretanto, estará condicionada ao acesso, por parte do sujeito, a condições materiais mínimas que o permitam exercer sua autodeterminação.

A todo ser humano, ainda que não se atribua atual capacidade de autodeterminação, reconhece-se a potencialidade de preenchimento dos requisitos necessários para tal, o que garante, a qualquer tempo, o reconhecimento da dignidade como valor intrínseco. Nesse sentido, afirma-se essa capacidade, em

<sup>10</sup> Ingo Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 40.

<sup>11</sup> Albert Camus. *O Homem Revoltado* (Rio de Janeiro: Record, 2005), 25-35.

<sup>12</sup> Gilmar Mendes. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, 183.

<sup>13</sup> Luís Roberto Barroso. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, RT 919 (2012), p. 155.

<sup>14</sup> Werner Maihofer. *Estado de derecho y dignidade humana*. Montevideo: B e F Ltda., 2008, 13.

<sup>15</sup> Luís Roberto Barroso, and Letícia de Campos Velho Martel. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, vol. 38, nº 1, (2010), 18.

<sup>16</sup> Luís Roberto Barroso. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação* (Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010), 24.

abstrato, como sendo a aptidão “potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto”<sup>17</sup>.

A dignidade como autonomia reverbera de modos distintos, de acordo com a dimensão jurídica na qual se esteja transitando, podendo embasar a autonomia privada dos direitos individuais, a autonomia pública dos direitos políticos (garantindo a participação no processo democrático) e a noção de mínimo existencial (vinculada aos direitos sociais<sup>18</sup>) - correspondente ao “núcleo essencial dos direitos fundamentais em geral” às “pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública”<sup>19</sup>. Implica a “manutenção e ampliação da liberdade humana, desde que respeitados os direitos de terceiros e presentes as condições materiais e psicofísicas para o exercício da capacidade de autodeterminação”<sup>20</sup>, protegendo-se a individualidade, identidade e integridade do sujeito<sup>21</sup>. Afirma, simultaneamente, o limite à atuação estatal - exigindo a vedação à violação da dignidade, bem como a não intervenção o Estado sobre os atos de sujeitos autônomos - e o dever social e estatal de proteção da dignidade, em vistas à promoção da autonomia quando não estiverem presentes as condições de seu exercício pelo sujeito, tendo-se em vista o fato de que a disposição autônoma do indivíduo sobre si mesmo configura a condição primordial e elementar para a conservação e o desenvolvimento do ser humano<sup>22</sup>.

Entendida, por outro lado, como heteronomia, a ideia de dignidade traduz valores compartilhados pela comunidade, admitindo restrições à liberdade individual baseadas “na proteção de determinados valores sociais e no próprio bem do indivíduo, aferido por critérios externos a ele”<sup>23</sup>. Ganha força o aspecto comunitário e heterônomo, em detrimento da individualidade independente e do sujeito autônomo, protegendo-se valores e expectativas normativas socialmente compartilhadas e/ou impostas pelo Estado.

Necessário atentar aos perigos à liberdade individual, trazidos pela perspectiva comunitária da dignidade. Através dessa concepção, tenta-se estabelecer um suposto núcleo intangível da dignidade humana em sua dimensão objetiva, cuja validade e eficácia independeriam da vontade dos sujeitos. Contudo, olvida-se (inocente ou maliciosamente) que esse núcleo corresponde à liberdade humana, único bem indestrutível pela vontade de seu titular, na

<sup>17</sup> Sarlet, *Direitos Fundamentais na Constituição Federal*, p. 45.

<sup>18</sup> Barroso, and Martel, *A morte como ela é*, 17.

<sup>19</sup> Barroso, *Dignidade da Pessoa Humana*, 25.

<sup>20</sup> Barroso, and Martel, *A morte como ela é*, 27.

<sup>21</sup> Gunther Frankenberg. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, 315.

<sup>22</sup> Maihofer, *Estado de derecho y dignidade humana*, 23.

<sup>23</sup> Barroso, and Martel, *A morte como ela é*, 27.

medida em que aquele que quiser deixar de ser livre, através de sua decisão consciente, comunicará aos demais sua liberdade. A liberdade, quando restringe a si mesma, dá lugar a mais liberdade, sendo o ser humano condenado a ser livre e arcar com a responsabilidade de seus atos.

A dimensão da dignidade enquanto heteronomia somente poderá incidir quando imprescindível à garantia da dignidade enquanto autonomia e compensação da falta de capacidade de um sujeito. Possui, assim, caráter supletivo à dignidade como autonomia, não sendo aceitável a intervenção na liberdade de um sujeito capaz para (i) protegê-lo de si; (ii) protegê-lo de atos praticados por terceiros, quando tiver consentido com a prática; e (iii) proteger valores sociais - o que assume contornos comunitaristas<sup>24</sup> e remonta a atitudes políticas antidemocráticas, de intuito consensualista, aproximando-se de um paternalismo autoritário e moral, conforme será visto adiante.

Os principais fatores, portanto, a serem considerados quando da análise da justificação de uma intervenção na liberdade individual embasada na dignidade como heteronomia, são: a fundamentalidade do bem jurídico atingido “à preservação da autonomia individual”<sup>25</sup>; o potencial dano aos sujeitos de direito; e o grau de consenso social sobre a matéria - lembrando-se de resguardar as liberdades básicas do sujeito, ainda que exercidas em sentido contra majoritário<sup>26</sup>. Somente quando se está diante de um sujeito sem autonomia e, portanto, irresponsável, é que se pode concluir por sua impossibilidade de consentir para com lesões a si, enquanto integrante da relação sujeito/objeto que caracteriza o bem jurídico<sup>27</sup>. Nestes casos, intervenções serão válidas, desde que fundadas na honesta expectativa de que o destinatário, caso “não estivesse em estado de vulnerabilidade, não aceitaria a lesão ao seu bem jurídico”<sup>28</sup>, e/ou de que o bem jurídico tutelado seja fundamental à preservação da autonomia futura do sujeito.

### 3. AUTONOMIA EM TERMOS JURÍDICOS: CAPACIDADE CIVIL E PENAL

A constituição da sociedade e, por conseguinte, das pessoas e dos sujeitos, tem lugar por meio de normas<sup>29</sup>. Remete-se, aqui, a normativas não necessaria-

<sup>24</sup> Ana Claudia Santano, and Wilson Trindade Junior. O direito de decidir, entre a liberdade de escolha e a intervenção estatal, in *Direito, liberdade e justiça* (Curitiba: Íthala, 2017), 20.

<sup>25</sup> João Paulo Orsini Martinelli. *Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. São Paulo: LiberArs, 2015, 223.

<sup>26</sup> Barroso, “Aqui, lá e em todo lugar”, 179-180.

<sup>27</sup> O bem jurídico, segundo Eugênio Raúl Zaffaroni, é definido como a “relação de disponibilidade de um sujeito com um objeto”. Eugenio Raúl Zaffaroni. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: EDIAR, 2000, 466, tradução livre.

<sup>28</sup> Martinelli, *Paternalismo Jurídico-Penal*, 223.

<sup>29</sup> Jakobs, *Sociedade, norma e pessoa*, 10.

mente jurídicas, mas também sociais, que prescrevem a disposição da realidade e a distribuição do sensível de uma maneira específica e determinada. A partir de prescrições normativas, cada indivíduo assume um determinado papel social, a ser desempenhado com base nas expectativas normativas, linguisticamente fundadas, dos demais agentes sociais. Assumido o papel social, o indivíduo se torna pessoa, “uma entidade autônoma, capaz de se identificar como autônoma e saber que os demais a identificam como tal”<sup>30</sup>. Ser pessoa é ser destinatário de expectativas jurídico-normativas dos demais membros da sociedade em que se vive, bem como poder nutrir expectativas correspondentes em relação aos demais. Em outras palavras, pessoa “é aquele que é responsável; a capacidade de observar a norma se imputa à pessoa”<sup>31</sup>. Ser pessoa é ser sujeito de direito em plenitude<sup>32</sup>, titular de direitos e deveres que podem ser atendidos a partir da prática de ações livres que reconheçam e reafirmem a validade da norma e da liberdade atuante.

Toda pessoa possui personalidade jurídica, valor jurídico alusivo à “possibilidade de alguém ser titular de relações jurídicas”<sup>33</sup> ou à “aptidão para ser titular de direitos e obrigações”<sup>34</sup>, constituindo o pressuposto dos direitos e deveres. O momento de surgimento e extinção da personalidade jurídica é alvo de debate incessante. Enquanto para alguns autores<sup>35</sup>, que se apegam à literalidade do texto de lei, a personalidade tem início com o nascimento com vida (artigo 2º do Código Civil) do indivíduo – sendo os nascituros “sujeitos de direito dotados de capacidade civil limitada à sua proteção ou à consecução de seus fins”<sup>36</sup> – e finda com sua morte, para outros<sup>37</sup>, a personalidade jurídica da pessoa física surge antes do nascimento – visto que o nascituro não poderia ser titular de direitos sem possuir personalidade, configurando o nascimento somente o momento a partir do qual essa personalidade se consolida – e se projeta para além da morte – diz-se respeito aos casos de proteção da honra e demais direitos da personalidade do morto.

Independentemente do momento em que surge a personalidade jurídica da pessoa física, deve-se ter em conta que, uma vez originada, encontra-se o

<sup>30</sup> Jacques Rancière. Critical question on the theory of recognition, in *Recognition and Disagreement: a critical encounter on the politics of freedom, equality, and identity* (New York: Columbia University Press, 2016), 87, tradução livre

<sup>31</sup> Günther Jakobs. Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica, in *El problema de la libertad de acción en el derecho penal* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007), 148, tradução livre e itálico original.

<sup>32</sup> Paulo Lobo. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: 2015, 93.

<sup>33</sup> Francisco Amaral. *Direito Civil: Introdução* (Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003), 140.

<sup>34</sup> Mendes, *Curso de direito constitucional*, 174.

<sup>35</sup> Lobo, *Direito Civil: parte geral*, 93 e 102.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>37</sup> Amaral, *Direito Civil: Introdução*, 141 e 144.

sujeito dotado de capacidade jurídica<sup>38</sup>, ou capacidade de direito, faculdade estática que não deixará de ter até que cesse sua personalidade. Nem todo o indivíduo dotado de capacidade jurídica, entretanto, é também dotado de capacidade de fato, ou capacidade de exercício, visto que para esta é preciso preencher maiores requisitos do que para a aquisição de personalidade e capacidade jurídica. A capacidade de fato, ou de exercício, diferentemente da mera titularidade de direitos e deveres, diz respeito à “capacidade de produzir, mediante negócios jurídicos, efeitos jurídicos para si e para os outros”<sup>39</sup>. Remete às competências de “entendimento, inteligência e vontade da pessoa”<sup>40</sup>, bem como à “aptidão para a prática dos atos da vida civil, e para o exercício dos direitos como efeito imediato da autonomia”<sup>41</sup>. Doravante, quando se tratar de “capacidade”, estar-se-á referindo à capacidade de fato.

A capacidade de fato vem acompanhada da possibilidade do exercício do juízo de imputação - um juízo de atribuição de responsabilidade “pelo qual se declara alguém como autor (*causa libera*) de uma ação, a qual toma o nome de *fato* (*factum*) e que está submetida às leis”<sup>42</sup> -, reclamando, como pré-requisito, a autonomia do agente. A possibilidade de imputação e responsabilização “presupõe um conceito de liberdade como livre arbítrio e constitui o fundamento de toda responsabilidade moral e jurídica”<sup>43</sup>. A autonomia enquanto capacidade exige da pessoa a consciência “de que deve estabelecer prioridades entre pretensões ou argumentos normativos contrapostos, e que seja capaz de ponderar estes argumentos corretamente”<sup>44</sup>. O sujeito responsável, portanto, é aquele capaz de “assumir as consequências por um fato, criando-se um vínculo obrigacional entre o comportamento e o dano causado”<sup>45</sup>. Averiguar se a pessoa detém capacidade, a fim de imputar-lhe uma conduta, exige a verificação de sua capacidade de inteligência e compreensão do comportamento praticado, bem como de sua possibilidade de autocontrole, que lhe permita agir de acordo com sua percepção.

#### 4. PATERNALISMO JURÍDICO: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Medidas protetivas de caráter paternalista podem ser exercidas de diversas formas, seja no caso do pai que protege o filho, ou no caso do Estado que

<sup>38</sup> Art. 1º, do CC. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

<sup>39</sup> Lobo, *Direito Civil: parte geral*, 109.

<sup>40</sup> Amaral, *Direito Civil: Introdução*, 146.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>42</sup> Immanuel Kant. *Doutrina do Direito*. São Paulo: Ícone, 1993, 42.

<sup>43</sup> Adriana Espindola Corrêa. *Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas* (Florianópolis: Conceito Editorial, 2010), 30.

<sup>44</sup> Sieckmann, *El Concepto de Autonomía*, 475, tradução livre.

<sup>45</sup> Martinelli, *Paternalismo Jurídico-Penal*, 151.

proíbe condutas lesivas ou potencialmente lesivas, a despeito do consentimento do lesado. Quando se associa ao Direito, assumindo a forma de paternalismo jurídico, passa a ser exercido através da coerção oficial daqueles juridicamente competentes para regular certo tipo de comportamento.

Para Ronald Dworkin, o paternalismo seria “a interferência sobre a liberdade de ação de uma pessoa justificada por razões concernentes exclusivamente ao bem-estar, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou valores da pessoa coercionada”<sup>46</sup>. Na mesma linha, Manuel Atienza sustenta que uma medida paternalista deve ter por fim a obtenção de um bem para uma pessoa ou grupo de pessoas e fazê-lo independentemente da aceitação da pessoa(s) afetada(s)<sup>47</sup>. Com um adendo relativo à capacidade do destinatário da medida paternal, João Paulo Orsini Martinelli define paternalismo “como a interferência na liberdade de escolha de uma pessoa, presumidamente incapaz, contra sua vontade, com o objetivo de promover-lhe um bem (a promoção de um bem pode abranger a evitação de um mal)”<sup>48</sup>.

Isaiah Berlin que, adotando um olhar pessimista, afirma remeter o paternalismo à postura daquele que trata os indivíduos como se não fossem livres, mas objetos da ação de um reformador benevolente, a serem modelados de acordo com os propósitos livremente adotados por este reformador. Tratam-se os sujeitos como meios para a consecução dos fins paternalistas, não dos fins eleitos pelos próprios sujeitos, considerados menos importantes<sup>49</sup>.

Adotar-se-á o entendimento de que ao paternalismo jurídico há sempre uma boa razão “em favor de uma proibição ou de um mandado jurídico, imposto também contra a vontade do destinatário desta proibição ou mandado, quando este for necessário para evitar um dano (físico, psíquico ou econômico) à pessoa a quem se impõe essa medida”<sup>50</sup>. Um conceito que envolve a supressão de posições jurídicas subjetivas de liberdade de um indivíduo ou grupo, visando garantir-lhes um bem ou proteger-lhes de um dano, independentemente de seu consentimento para com o bem que se busca garantir ou o dano que se busca prevenir<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> Ronald Dworkin. *Paternalism*. *The Monist*, v. 56, n. 1, p. 64-84 (1972): 66, tradução livre.

<sup>47</sup> Manuel Atienza. *Discutamos sobre paternalismo*. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, Alicante (1998): 203, tradução livre.

<sup>48</sup> Martinelli, *Paternalismo Jurídico-Penal*, 88.

<sup>49</sup> “Paternalism is ‘the greatest despotism imaginable’. This is so because it is to treat men as if they were not free, but human material for me, the benevolent reformer, to mould in accordance with my own, not their, freely adopted purpose. [...] to use them as means for my, not their own, independently conceived ends, even if it is for their own benefit, is, in effect, to treat them as subhuman, to behave as if their ends are less ultimate and sacred than my own”. Isaiah Berlin. *The Proper Study of Mankind: an anthology of essays* (London: Chatto & Windus, 1997), 209.

<sup>50</sup> Ernesto Garzón Valdés. *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, Alicante (1998): 156, tradução livre.

<sup>51</sup> Letícia de Campos Velho Martel, *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. (PhD diss., Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010), 124-125.

Em virtude da generalidade do conceito e de inúmeras discussões que dele emanam, costuma-se classificar o paternalismo de acordo com diferentes critérios, a fim de facilitar a análise das medidas paternas. Em relação à capacidade dos destinatários da proteção, distingue-se entre o paternalismo fraco ou moderado (*soft*), que incide somente sobre indivíduos ou grupos cuja capacidade não seja aferível de maneira plena, e o paternalismo forte ou rígido (*hard*), que admite intervenções paternalistas mesmo em casos de sujeitos hábeis e capazes para tomar decisões esclarecidas e assumir os riscos de suas condutas<sup>52</sup>. Também se distingue o paternalismo puro do impuro. O primeiro visa proteger o próprio sujeito cuja liberdade é limitada, ou seja, evitam-se autolesões, ao passo em que o segundo, também denominado indireto, busca evitar heterolesões, restringindo a liberdade de terceiros distintos daquele que é protegido<sup>53</sup>. A terceira e última classificação relevante diz respeito ao paternalismo de bem-estar e paternalismo moral. Ao passo em que este cerceia a liberdade do destinatário da medida no intuito de proteger preceitos morais, entendendo que a sociedade está autorizada a recorrer ao direito “para coibir comportamentos autorreferentes que possam impactar moralmente o grupo social”<sup>54</sup>, aquele sugere que somente pode haver “a proibição de condutas que prejudiquem o exercício do poder sobre o bem jurídico tutelado [...] e consequentes frustrações ao seu titular”<sup>55</sup>. Essas breves classificações irão auxiliar na identificação de medidas paternalistas justificáveis em um Estado de Direito democrático.

## 5. PARÂMETROS AO PATERNALISMO JUSTIFICÁVEL

A utilização de sujeitos como meios à obtenção de um fim e/ou a proteção de um bem em sua dimensão objetiva e absoluta afronta a autonomia do ser humano enquanto fim em si mesmo, reforçando a ideia de dignidade da pessoa humana como heteronomia<sup>56</sup> e aproximando o paternalismo de sua versão moralista. No intuito de proteger a capacidade e independência individual, vale-se da máxima latina *volenti non fit injuria*, que implica a inexistência de lesão àquele que consente<sup>57</sup>. Tal mantra do consentimento se desdobra em cinco argumentos: (i) o argumento utilitarista, (ii) o argumento da lesividade (*harm principle*), (iii) o argumento da autonomia, (iv) o argumento da violação ao princípio da igualdade e (v) o argumento da tendência extintiva da pluralidade.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>54</sup> Barroso, and Martel, *A morte como ela é*, 23.

<sup>55</sup> Martinelli, *Paternalismo Jurídico-Penal*, 102.

<sup>56</sup> Barroso, and Martel, *A morte como ela é*, 26.

<sup>57</sup> Zaffaroni, *Derecho Penal: Parte General*, 475, tradução livre.

O (i) argumento utilitarista afirma que ninguém é melhor juiz do que o próprio indivíduo, no que diz respeito ao que causa dano ou não aos seus próprios interesses. Uma vez que cada um é quem melhor conhece suas preferências e intenções, todos são livres para guiar suas práticas de acordo com suas vontades. A interferência na liberdade da pessoa diminuiria tanto o seu bem-estar, como o bem-estar da sociedade, entendido esse como “a maximização da satisfação de certos desejos hierarquizados pela própria pessoa segundo sua importância”<sup>58</sup>.

Intimamente vinculado à filosofia utilitarista, o (ii) princípio da lesividade de (*harm principle*), ou princípio liberal do dano<sup>59</sup>, sustenta que a interferência do Estado no comportamento dos cidadãos apenas é justificável “quando se mostra razoavelmente necessária para prevenir lesões ou graves riscos de lesões às pessoas que não sejam o próprio sujeito que sofre a intervenção”<sup>60</sup>. Na mesma linha, afirma Stuart Mill que o único propósito pelo qual “o poder pode ser constantemente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade, contra a vontade deste, é o de prevenir danos para os outros membros. O próprio bem dele, seja físico ou moral, não é causa suficiente”<sup>61</sup>.

O (iii) argumento da autonomia, por sua vez, sustenta que a intervenção paternalista do Estado destrói a autonomia individual e conduz à servidão. Poder-se-ia dizer que quando se atua paternalisticamente não se permite ao indivíduo que eleja seus próprios objetivos/fins, visto que a escolha é feita por outro, havendo afronta a sua liberdade positiva. Neste sentido, o sujeito deixaria de ser autônomo, não obedecendo às leis que ele mesmo se impõe<sup>62</sup>. Haveria o desestímulo das práticas de enriquecimento (econômico e pessoal) e aperfeiçoamento individual, em razão de diversas atitudes interventivas e, inclusiva, provedoras, por parte do Estado.

O (iv) argumento afirma que o paternalismo pressupõe uma relação de hierarquia e subordinação entre o agente e o destinatário da medida protetiva, relação inadmissível quando da consideração de um sujeito autônomo. Trata-se de uma afronta à igualdade entre entes, que se dá a partir do momento em que se age partindo do pressuposto de que o destinatário da ação não possui discernimento e necessita da proteção de uma liderança que guie suas atitudes. O agente paternal se colocaria em uma posição superior, detentora do saber e do poder de determinar as condutas de seus inferiores<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> Paulette Diertelen. *Paternalismo y Estado de Bienestar*. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, Alicante (1998): 179, tradução livre.

<sup>59</sup> Martel, *Direitos fundamentais indisponíveis*, 116.

<sup>60</sup> Martinelli, *Paternalismo Jurídico-Penal*, 106.

<sup>61</sup> John Stuart Mill. *Sobre a liberdade*. São Paulo: Hedra, 2010, 49.

<sup>62</sup> Valdés, ¿Es eticamente justificable el paternalismo jurídico?, 161, tradução livre.

<sup>63</sup> Martel, *Direitos fundamentais indisponíveis*, 137.



Finalmente, o (v) argumento da tendência extintiva da pluralidade apregoa que diversas “medidas paternalistas são tomadas tendo em contra certos *padrões*, comportamentais e culturais, ou conhecimentos científicos”<sup>64</sup>, afetando negativamente o pluralismo e a tolerância e conduzindo à padronização e homogeneização de estilos de vida e visões de mundo, repercutindo de modo contraproducente ao perene conflito de ideias que garante a vitalidade de um modelo político-democrático.

Os argumentos acima combatem a intervenção paternal autoritária principalmente no plano teórico. Na prática, porém, deve-se analisar também a presença de consentimento válido por parte do lesado. A doutrina do consentimento informado apregoa a necessidade de que o consenciente possua capacidade juridicamente reconhecida, bem como esteja devidamente informado sobre as elementares da situação em que se encontra. O consentimento é ato unilateral e individual e sua revogação, quando houver, deve ser expressa; para que seja efetivo, o consenciente deve ter total disponibilidade sobre o bem objeto do consentimento; deve se dar, em regra, antes do início do ato danoso, evitando-se sua fabricação, seja para justificar o ato danoso, seja para legitimar a medida interventiva paternal; a vontade do consenciente não pode padecer de vícios, como engano, coação ou erro<sup>65</sup>.

Assim, estabelecem-se cinco quadros ideais. No primeiro, o sujeito capaz e competente, detentor de autonomia e responsabilidade, assim como de conhecimentos básicos sobre o contexto, possui aptidão para a tomada de decisões válidas, tanto no sentido de afastar, quanto de autorizar lesões e práticas paternas sobre si. Relativamente a essa pessoa, não poderão entes diversos praticar ações lesivas ou protetoras, quanto menos interventivas em seu âmbito de liberdade, a não ser sob seu consentimento ou caso rompa com expectativas normativas diretamente vinculadas aos demais membros do tecido social, devendo haver previsão normativa de responsabilização.

Em contraposição, o indivíduo incapaz e incompetente, não possuidor de autonomia e faculdades básicas, não será deixado a sofrer danos respaldados em sua vontade. Caso nunca tenha possuído capacidade (segundo quadro ideal), deverá incidir o “princípio da beneficência”<sup>66</sup>, ou a “estratégia do melhor interesse”<sup>67</sup>, baseada nos valores nutridos pelo seu círculo social e familiar, sopesados com parâmetros intersubjetivamente estabelecidos em sociedade. Contudo, caso já tenha tido capacidade de fato, porém a tenha perdido (terceiro quadro ideal), dever-se-á, antes de apelar ao princípio do

<sup>64</sup> *Ibidem*, 134.

<sup>65</sup> Zaffaroni, *Derecho Penal: Parte General*, 478, tradução livre.

<sup>66</sup> Corrêa, *Consentimento livre e esclarecido*, 101.

<sup>67</sup> Martel, *Direitos fundamentais indisponíveis*, 223.

melhor interesse, buscar a realização do julgamento por substituição, seja através de instruções prévias (testamentos vitais, por exemplo), seja por meio de algum afeto que possa tomar a decisão com base nas preferências e concepções conhecidas do indivíduo, da época em que ainda possuía capacidade plena. Havendo dúvida razoável sobre sua capacidade (quarto quadro ideal), adotar-se-ão as soluções do segundo e terceiro quadro, conforme tenha ou não sido previamente detentor de capacidade jurídica.

Ainda, no caso do sujeito capaz, porém não conhecedor de todas as variantes relevantes de seu contexto e daquilo que está envolvido em sua futura decisão (quinto quadro ideal), existem três alternativas: informá-lo, suprimindo sua carência de informação, podendo inclusive haver uma tentativa de convencimento sobre a tomada de uma decisão, em detrimento de outra (o que, como será explanado adiante, sequer configura paternalismo); caso o sujeito já tenha tomado a decisão desinformada e não esteja mais em condições de alterar seus termos (exemplo, um paciente já anestesiado), adotar o julgamento por substituição, buscando-se, de acordo com seu histórico de vida conhecido, presumir no que a informação faltante afetaria sua decisão, alterando-a, caso necessário; ou, na mesma situação anterior, caso não haja informações sobre seu histórico, preferências e concepções de vida, adotar a doutrina do melhor interesse.

Conclui-se que a medida paternalista deve ser adotada como *ultima ratio*, em casos específicos de indivíduos incapazes ou desinformados. Caso o destinatário da medida seja capaz e esteja devidamente informado, não se pode destituir sua decisão de validade, independentemente do bem jurídico que se busque proteger. O intuito benevolente do ato paternalista deve ser claro e evidente, sendo necessário que busque superar o déficit provocado pela incompetência básica do destinatário da medida, em prol de sua autonomia e liberdade, contribuindo à formação da igualdade material. O paternalismo de bem-estar, limitado pelo *harm principle* e pela primazia da autonomia intersubjetiva e independência individual, é o patamar mais elevado de intervenção que se admite em um ordenamento jurídico democrático, comprometido com a pluralidade e tolerância, em detrimento de moralismos.

## 6. CASOS PECULIARES DE NÃO PATERNALISMO E/OU INTERVENÇÃO PATERNAL JUSTIFICÁVEL.

Estabelecer parâmetros gerais à aplicação de medidas de caráter paternalista não afasta todas as dificuldades de trabalhar com o tema. Certos casos, em virtude de suas características peculiares, afastam-se dos quadros ideais de tratamento e dos argumentos retro, gerando controvérsias na comunidade jurídica. Destacam-se, nesse sentido, os contratos de escravidão, as práticas de

convencimento, os casos de paternalismo recíproco, os “contratos Ulisses” e o paternalismo de contenção, que serão analisados.

O contrato de escravidão remete à abdicação da própria liberdade. A doutrina majoritária sustenta que a liberdade não pode exigir que alguém deva ser livre para não ser livre<sup>68</sup> e entende que “um acordo pelo qual uma pessoa possa vender a si mesma, ou se deixe vender, como escrava, deve ser tido como nulo e vazio”<sup>69</sup>, considerando impossível de eliminação da liberdade futura pela liberdade presente. Costuma-se trazer à baila dois principais argumentos: (i) de que a liberdade seria um bem jurídico indisponível e (ii) de que o direito não admite negócios jurídicos de caráter perpétuo. Concorda-se que não se deve admitir contratos de escravidão como válidos. Porém, o argumento que embasa tal posição deve ser distinto dos citados.

Bens jurídicos configuram relações de disponibilidade entre sujeito e objeto. Não raro, a doutrina se refere aos bens jurídicos como homônimos dos objetos (vida, patrimônio, etc.), porém, “sua essência consiste na relação de disponibilidade do sujeito com estes objetos e não nos objetos em si mesmos”<sup>70</sup>. Assim, aqueles que consideram bens jurídicos como indisponíveis, desvirtuam sua figura, supervalorizando a dimensão objetiva, em detrimento do sujeito, que se converte em um mero obrigado. Não bastasse ser disponível, a liberdade é negociável, vide o instituto da transação penal e os contratos de leniência firmados no âmbito das práticas de delações premiadas. Quanto à perpetuidade do negócio, pertinente a distinção gradual entre “limitação” e “eliminação”, condizendo à eliminação o grau máximo de limitação de algo. Nesta senda, todo ato e toda decisão implica limitação da liberdade futura, circunscrevendo as ulteriores escolhas a um novo contexto, formado através das escolhas anteriores. Qualquer ato de limitação/disposição, portanto, é irreversível, e o que poderia ser considerado um retorno, noutra senda, diz respeito a uma nova situação, ainda que semelhante à anterior.

Correta é a perspectiva segundo a qual a decisão que elimina a autonomia e a liberdade futura se revela, paradoxalmente, como a mais alta demonstração de liberdade do agente, denotando o ser humano como ser inexoravelmente livre. No “contrato de escravidão”, fator eliminado e eliminador coincidem na liberdade. Noutros termos, a liberdade cede espaço à liberdade. Explica-se: dispor da liberdade em sua totalidade constitui uma contradição performativa, pois a decisão e o ato de dispor comunicam ser o agente possuidor de liberdade. Esse paradoxo, que traz à tona uma inconsistência lógica irremediável, é o principal impedimento à celebração válida de contratos de escravidão, não qualquer intuito paternal.

<sup>68</sup> Mill, *Sobre a liberdade*, 184.

<sup>69</sup> *Ibidem*, 183.

<sup>70</sup> Zaffaroni, *Derecho Penal: Parte General*, 466, tradução livre.

Caso não se entenda que o paradoxo demonstrado afasta a validade deste tipo de contrato, há uma segunda solução razoável, que coincide com uma hipótese de paternalismo justificável. A decisão tomada pelo indivíduo que consente com violações deve ser certa e estrita. O ato de disposição de posições jurídicas é um ato complexo, que muitas vezes envolve bens jurídicos caros, e, por isso, exige o maior grau de especificidade possível. Assim, não se admitem “contratos de escravidão” em razão do receio de que uma decisão genérica e incerta legitime práticas abusivas, não previstas pelo consenciente.

A segunda hipótese a ser analisada é a das práticas de convencimento. Devem-se distinguir duas situações. Suponham-se dois sujeitos (A e B) com concepções de vida diferentes, o que faz com que B não concorde com todas as ações de A, mesmo que essas lhe sejam benéficas. Na primeira situação, um sujeito A, em um primeiro momento (T1), pratica um ato contrário à vontade de outro B e, posteriormente, o convence de que o ato praticado estava correto, de modo que, num segundo momento (T2), o sujeito B passa a concordar com as razões do sujeito A, com as quais não concordava quando a ação foi praticada. Neste caso, tem-se uma ação paternalista praticada por A no tempo T1, seguida de um processo de justificação e fabricação do consentimento, em T2. A segunda situação remete ao sujeito A que, num primeiro momento (T1), persuade/convence o sujeito B quanto a algo. O sujeito B tem suas preferências revistas e alteradas, passando a concordar com as razões de A. Então, num segundo momento (T2), A realiza a ação que teria sido contrária à vontade de B em T1, porém não mais o é. Neste caso, não se pode considerar ter havido uma prática paternalista, visto que B, o destinatário da ação, concordava com ela no momento em que foi praticada. Conforme ressalta Manuel Atienza, atribuir a esse tipo de relação o caráter paternalista “seria confundir o paternalismo com qualquer processo educativo”<sup>71</sup>.

Os casos de paternalismo recíproco e “contratos Ulisses”, por sua vez, permitem uma relação na qual um sujeito, valendo-se de sua autonomia, consente com o controle exercido ou com o impedimento instaurado por outrem, uma vez que reconhece suas tentações de praticar atos que trariam consequências indesejadas para si. Nos casos de paternalismo recíprocos, dois sujeitos, cientes de seus desejos e ímpetos, porém convencidos de que devem se manter distantes deles, combinam que um cuidará do outro, a fim de que juntos, impeçam-se mutuamente de cair em tentação. Como exemplo, pode-se imaginar o caso de um casal que, insatisfeito com sua condição física, combina que um não irá deixar o outro comer alimentos engordativos ou pouco saudáveis. A fim de seguir o combinado, ambos terão de cercear a liberdade um do outro. Contudo, tal limitação encontrará respaldo legitimador no trato anterior, ciente e voluntariamente firmado.

<sup>71</sup> Atienza, *Discutamos sobre paternalismo*, 207, tradução livre.

Na hipótese do “contrato Ulisses”, o cidadão recorre a outro ente, seja outro sujeito, seja o Estado, e solicita sua intervenção para evitar danos futuros a si. O exemplo, clássico na literatura especializada remete à Odisseia, em que Ulisses, ciente de que seria muito difícil resistir ao canto das sereias, pede aos demais tripulantes da embarcação que o amarrem no mastro e tapem seus ouvidos. Amarrado e sob o efeito do canto das sereias, Ulisses tem sua liberdade negativa e positiva restringida, na medida em que não consegue agir conforme sua atual vontade, que o guiaria ao encontro das sereias. Porém, a medida restritiva se sustenta como um ato de auto restrição<sup>72</sup>, baseada na autorização prévia do próprio Ulisses que estava lúcido e fruindo de sua autonomia quando demandou fosse amarrado, ciente dos riscos que correria.

Em nenhum dos casos há perda de autonomia ou subordinação, uma vez que a intervenção é solicitada previa e estritamente pelo destinatário da medida. São hipóteses nas quais o ato paternal é plenamente justificável. Ressalte-se, entretanto, que somente consentimentos expressos e prévios têm o condão de justificar intervenções na liberdade do consenciente, sendo indesejável trabalhar com a ideia de consentimento futuro, que apresenta dois graves inconvenientes: por um lado, incentivar-se-ia a “fabricação” do consentimento posterior, potencializando o caráter autoritário do poder paternal; por outro, pode ocorrer que, após a prática do ato paternalista, descubra-se que seu destinatário não consentiria com sua realização e, para legitimar o ato, diga-se que o fato de o sujeito não reconhecer a necessidade da medida é prova de que deve permanecer sob cuidados alheios, já que permanece sem aptidão para guiar suas próprias ações<sup>73</sup>. Além de prévio, o consentimento deve ser certo e estrito, tal como sustentado quando do rechaço aos contratos de escravidão, sob pena de abusos do poder paternal.

Por fim, o “paternalismo de contenção” alude às medidas cujo ímpeto é evitar que o consentimento e a disposição de posições jurídicas subjetivas por parte de um sujeito, levem os demais membros do tecido social, para não sofrerem maiores danos, a também abrir mãos de suas garantias jurídicas, gerando um gradual e progressivo aumento das afetações negativas sobre as esferas de direitos fundamentais dos cidadãos. O exemplo mais palpável é a circunscrição da jornada de trabalho ao limite de quarenta e quatro horas semanais<sup>74</sup>. Trata-se de um “benefício” de ordem coletiva. Alguém que disponha

<sup>72</sup> Jon Elster. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: Editora Unesp, 2009, 127.

<sup>73</sup> Valdés, ¿Es eticamente justificable el paternalismo jurídico?.

<sup>74</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

deste direito, exercendo sua profissão para além das quarenta e quatro horas semanais, beneficiar-se-á em detrimento daqueles que estiverem respeitando os limites legais. A concorrência se tornará desigual e os demais trabalhadores se verão obrigados a também dispor de suas horas de descanso, a fim de se manter em seus postos de trabalho, visto que o empregador irá preferir empregados dispostos a trabalhar mais. Remete-se, desta forma, a normas paternalistas que se justificam a partir de uma racionalidade ampla do direito, não considerando somente o caso concreto e imediatamente regulado, mas as consequências coletivas e em longo prazo geradas pela regulamentação.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acredita-se que a conclusão a que se chega pode contribuir para a construção de uma sociedade compromissada com a garantia da autonomia e da liberdade, exercida de maneira responsável e com vistas à concretização dos anseios de cada agente social. Quer-se sejam as reflexões trazidas aproveitadas e aplicadas em pesquisas futuras que almejem solucionar problemas concretos de autolesão e heterolesão consentida da maneira mais equilibrada e adequada à manutenção de um ambiente dialógico, deliberativo e plural. Uma sociedade democrática exige que se admitam os mais diversos estilos de vida, mesmo que, para isso, seja preciso aceitar práticas não compreendidas pelas tradições liberais.

A síntese é de que a capacidade de fato, aliada ao consentimento válido, pode ser tanto um fator de proibição de medidas paternalistas - como nos casos de autolesão (em que basta a capacidade e independência do indivíduo) e heterolesão consentida (nos quais é preciso capacidade e consentimento válido para com o dano a ser causado ao consenciente) -, quanto uma circunstância legitimadora e justificadora de práticas paternas - a exemplo dos “contratos Ulisses” e paternalismos recíprocos. A vontade do indivíduo capaz e conhecedor das circunstâncias que envolvem sua decisão é soberana nos assuntos que dizem respeito ao seu âmbito de independência. Seu consentimento para com práticas lesivas deve ser prévio, certo e estrito, a fim de evitar lesões genericamente autorizadas, porém não previstas. Igualmente, o consentimento para com medidas protetivas deve ser prévio, certo e estrito, para prevenir a fabricação do consentimento ou a justificação *ad eternum* de intervenções paternas. Em virtude do exposto, justificável é o paternalismo moderado, não rígido, e de bem-estar, distante de pretensões moralistas.

## REFERÊNCIAS

Amaral, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

Atienza, Manuel. Discutamos sobre paternalismo. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, Alicante (1998).

Barroso, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010.

\_\_\_\_\_. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, RT 919 (2012).

Barroso, Luís Roberto, and Letícia de Campos Velho Martel. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, vol. 38, nº 1 (2010).

Berlin, Isaiah. *The Proper Study of Mankind: an anthology of essays*. London: Chatto & Windus, 1997.

Camus, Albert. *O Homem Revoltado*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

Corrêa, Adriana Espíndola. *Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

Diertelen, Paulette. Paternalismo y Estado de Bienestar. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, Alicante (1998).

Dworkin, Ronald. Paternalism. *The Monist*, v. 56, n. 1, p. 64-84 (1972).

Frankenberg, Gunther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

Elster, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

Honneth, Axel. Of the poverty of our liberty: the greatness and limits of Hegel’s doctrine of ethical life. In *Recognition and Disagreement: a critical encounter on the politics of freedom, equality, and identity*. New York: Columbia University Press, 2016.

Jakobs, Günther. Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica. In *El problema de la libertad de acción en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

\_\_\_\_\_. *Sociedade, norma e pessoa*. São Paulo: Manole, 2003.

Kant, Immanuel. *Doutrina do Direito*. São Paulo: Ícone, 1993.

\_\_\_\_\_. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, LDA., 2007.

Lobo, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: 2015.

Maihofer, Werner. *Estado de derecho y dignidade humana*. Montevideo: B e F Ltda., 2008.

Martel, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. PhD diss., Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

Martinelli, João Paulo Orsini. *Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. São Paulo: LiberArs, 2015.

Mendes, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

Mill, John Stuart. *Sobre a liberdade*. São Paulo: Hedra, 2010.

Rancière, Jacques. Critical question on the theory of recognition. In *Recognition and Disagreement: a critical encounter on the politics of freedom, equality, and identity*. New York: Columbia University Press, 2016.

Santano, Ana Claudia, and Wilson Trindade Junior. O direito de decidir, entre a liberdade de escolha e a intervenção estatal. In *Direito, liberdade e justiça*. Curitiba: Íthala, 2017.

Sieckmann, Jan-R. El Concepto de Autonomía. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 31, Alicante (2008).

Sarlet, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Sartre, Jean-Paul. *O Existencialismo é um Humanismo*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2012.

Valdés, Ernesto Garzón. ¿Es eticamente justificable el paternalismo jurídico?. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, Alicante (1998).

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: EDIAR, 2000.

# CAPÍTULO 13

## LIBERDADE RELIGIOSA E A TEORIA DA JUSTIÇA EM JOHN RAWLS: REFLEXÕES SOBRE O CAMPO RELIGIOSO

*James Washington Alves dos Santos*

**RESUMO:** Este artigo tem como fundamento a discussão sobre a liberdade religiosa enquanto direito e de maneira direta precursor de outros direitos como o de liberdade de expressão e a igualdade perante a lei. Em decorrência disso salientamos a diferença entre a liberdade dos antigos em relação a dos modernos e colocamos em pauta a liberdade moderna enquanto direito pessoal e o efeito disso na disseminação das crenças religiosas em detrimento das possíveis tentativas de monopólio. Assim o justo seria termos uma sociedade que na medida em que busca e liberdade com igualdade, estabeleceria princípios de justiça que estariam em conformidade com uma não discriminação de crenças, num Estado laico que defenderia a livre expressão de culto e que a princípio estabeleceria um véu de ignorância sobre as disparidades sociais. Buscando então estruturar esta discussão, fizemos uso da pesquisa bibliográfica tentando abordar temas como: liberdade religiosa, teoria da justiça em John Rawls e a relação destes temas com o campo religioso, chegando à conclusão de que o tratamento das diferenças esta distante de uma convivência abrangente e razoável.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade. Religião. Justiça.

### 1. INTRODUÇÃO

Começaremos por explicitar que os debates referentes à justiça distributiva referenciada pela teoria de John Rawls (e seus debatedores), elevam a discussão para nível de abstração que aponta para análises de aspectos mais amplos, sem perder a ligação com as instituições sociais e suas formas de operação. Dito isto, o desafio que temos é o de ligar este conjunto teórico à análise das instituições religiosas, tentando extrair a relação existente entre liberdade religiosa e o debate sobre justiça distributiva.

Para Rawls (1997, p. 4), “a justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento.” Desta maneira as teorias devem ser rejeitadas por mais bem formuladas que sejam se mentem, assim como as instituições devem ser abolidas se seu resultado final for à injustiça social. Contudo, abre-se aqui uma exceção: haveria espaço para injustiça, ou seja, para o tratamento discriminado de pessoas, caso tenha que se evitar um evento caracterizado como uma forma de injustiça ainda maior. Por este



motivo a teoria de Rawls busca não aceitar negociação diante dos conceitos de verdade e justiça.

Seu posicionamento é contrário à teoria utilitarista, que se coloca como uma alternativa que defende a ação útil como a melhor ação, a ação correta. Este termo foi utilizado pela primeira vez por Jeremy Bentham (em carta endereçada para George Wilson em 1781). Depois disso o termo foi usado por Stuart Mill em sua obra *O Utilitarismo*, de 1861, até que surgiu sua variante em 1958 com Anscombe, que usou a expressão: “*consequencialismo*” (MACIEL, 2013). Num primeiro momento (com Bentham e Mill), o termo referia-se respectivamente ao agregado de prazeres, depois de diminuído o sofrimento de todos os indivíduos, aparecendo assim uma espécie de prazer líquido que seria a base para a felicidade (BENTHAM, 1979). Este também incluía os aspectos quantitativos e qualitativos do prazer (MILL, 2000). Após a adoção do termo consequencialismo (com Anscombe), passou a designar a defesa da máxima promoção da felicidade. No mais, cabe lembrar que esta lógica se contrapõe a ideia de justificação de máximas absolutas ou mesmo a definição de uma teleologia (busca de fins últimos) para a qual os arranjos sociais deveriam se direcionar, proposta esta defendida por Rawls.

A partir destas considerações o que temos é o desafio de trabalhar com aquilo que Rawls chamou de *princípios de justiça*. Para isso será necessário tomar como pressuposto que a sociedade é um arranjo associativo de pessoas que dispõem de relativa autonomia e que conhecem as regras sociais (normas e valores coletivos) ditos como elementares e as obedecem na maior parte do tempo. Isso também implica num equilíbrio de interesses que perpassa a distribuição de benefícios. Neste tocante as mais variadas instituições têm um importante papel e as religiosas não passariam ao largo disto.

Um dos princípios trabalhados por Rawls dentro do debate sobre justiça é a questão da liberdade. Se fizermos um breve levantamento histórico de como esta se configurou na história brasileira, por exemplo, podemos dizer que foi admitida com restrições a partir da constituição de 1824, que ainda oficializava o catolicismo como religião do Império, mas permitia o culto doméstico ou particular nas casas para os protestantes. Desta forma a liberdade religiosa se mostrou como uma das liberdades que tardiamente foram asseguradas às comunidades protestantes históricas, pelo menos no contexto brasileiro, pois na Europa as lutas por direitos já haviam começado desde a primeira metade do século XV, com Luteranos, Calvinistas e Batistas. Posteriormente a partir da constituição de 1889, os pentecostais já na primeira década do século XX (com a Congregação Cristã do Brasil em 1910 e a Assembleia de Deus em 1911) estavam juridicamente em pé de igualdade com as comunidades católicas no Brasil (SANTOS, 2012). Desta forma, gradativamente através das constituições e das declarações de direitos, a liberdade de crença e de culto foi consagrada

na esfera do direito. Com isso as orientações religiosas com suas respectivas práticas possibilitaram uma conjuntura pluralista em termos de religião não só no Brasil com em todo o Ocidente.

Em termos gerais podemos definir a liberdade religiosa como a possibilidade jurídica de exercício dos ritos, dentro de determinado limite, que seria de maneira objetiva o respeito ao exercício de culto das outras denominações e matrizes religiosas. Questionamos a partir disso o que vem a ser a liberdade religiosa dentro de um panorama pluralista (e não rigorosamente sincrético<sup>1</sup>) e como as práticas religiosas podem ser definidas diante da questão da liberdade de culto e de crença. O nosso objetivo com esta abordagem é mostrar quais princípios devem ser aceitos em uma *sociedade bem ordenada* quanto às práticas religiosas e se existem limites a estas referidas práticas. É importante mencionar que o artigo em questão tem como base as teorias vistas na disciplina sobre Justiça Distributiva e também os debates efetuados em vista da comemoração dos 500 anos da reforma protestante (a serem comemoradas no dia 31 de outubro de 2017). No entanto se pretende apenas iniciar uma discussão que abrange principalmente a noção de liberdade ligando-a com as teorias de Rawls em contexto social pluralista.

O objetivo principal deste texto é a identificação dos princípios que orientam a coexistência de posições e crenças religiosas. O argumento é que as considerações sobre as práticas religiosas e sua função moral devem ser aqui explicitados e em seguida conectados a questão da concorrência por espaço no campo religioso. Disso resulta um desafio que é aplicar princípios de justiça em um contexto de concorrência por espaço social e mostrar a importância da religião.

## 2. FUNDAMENTOS DA RELIGIÃO E DA LIBERDADE RELIGIOSA

Segundo Émile Durkheim (2009), uma igreja seria caracterizada pelo agregado de membros de uma comunidade religiosa, não sendo apenas um fato numérico, mas tendo dentro de si principalmente os fundamentos de um comportamento moral (neste sentido é também uma religião). Diante disso, o que ele chama de religião teria enquanto fenômeno social dois elementos fundamentais: as *crenças* (que são representações) e os *ritos* (que expressam por meio de ações a representação desta religião). A questão interessante a ser frisada é que comumente vemos a religião (institucionalizada principalmente), se valer para a justificação de suas representações dos chamados pares de

<sup>1</sup> Entendemos por pluralismo a diversidade de referências religiosas o que não é igual ao sincretismo que postula a mistura de referências culturais.

oposição. O mais frequente deles é a dicotomia entre *sagrado* e *profano*. No entanto o par de oposição está muitas vezes ligado a práticas de legitimação de uma crença própria em detrimento de outras. Esta classificação (sagrado/profano), por muitas vezes impede, visto as lutas internas e as disputas por espaço no meio religioso que tenhamos uma doutrina abrangente razoável sobre a liberdade religiosa em contexto pluralista.

A fé religiosa passou a existir num campo de escolhas que inclui várias formas de objeção e rejeição; a fé cristã existe em um campo em que há também um amplo leque de outras opções espirituais. Porém a história que nos interessa não é simplesmente uma história de declínio, mas também de uma nova determinação do lugar do sagrado ou do espiritual em novas formas, e para novos modos de existência tanto na relação com Deus quanto fora dela (TAYLOR, p. 513).

A questão é que os “*novos modos de existência religiosa*” geram diferenças que se expressam nas representações, mas principalmente na forma de realização dos cultos. “A prática religiosa conhece no exercício de atos de culto um dos seus elementos fundamentais: onde há religião haverá necessariamente culto, sendo o culto um elemento essencial da liberdade religiosa” (ARAGÃO, 2002).

Acompanhada a questão dos ritos está a ideia de que este pluralismo religioso segue tanto crenças relativas aos deuses, seja de cunho monoteísta ou politeísta (judaísmo, cristianismo, islamismo, hinduísmo), como também religiões mediúnicas, que se caracterizam não por uma divindade, mas pela comunicação entre o mundo dos vivos e dos mortos (espiritismo, umbanda e candomblé). Além disso, poderíamos acrescentar as religiões amazônicas (como o Santo Daime, no Brasil). Diante destas referências que mesclam deuses, espíritos, plantas psicotrópicas, mediunidade e filosofias de vida a questão da liberdade religiosa é vista como algo que é justo e fundamental. Não é uma questão aqui de analisarmos o sincretismo, que a mistura de referências religiosas tão comumente citadas no caso brasileiro, mas preferimos falar de um pluralismo de referências que implica um debate profundo sobre a convivência destas em um determinado espaço.

Podemos então citar um exemplo: um espírita não se preocupa em primeiro plano (ao contrário dos cristãos) em saber de onde vem o mundo e qual o seu destino. Toma estas coisas como fato e todo o seu esforço está em evoluir espiritualmente por meio das reencarnações. Para isto conta com a evolução de sua alma por meio das obras que faz, assim encontra-se relacionado com os outros. O cristão a seu modo espera conseguir em uma única vida por meio da fé a salvação tão almejada. Lideranças cristãs e espíritas já foram perguntadas sobre a possibilidade de integração do Cristianismo ao Espiritismo no Ocidente, definindo assim a importância de haver uma ligação entre os aspectos religiosos e filosóficos nas crenças. O resultado disso é que temos um trânsito

religioso que permite certo fluxo, mas apenas enquanto o espiritismo para os cristãos servir como elemento terapêutico (por meio das cirurgias espirituais, por exemplo), fazendo com que seja um recurso no tratamento de doenças. O que não exclui por parte da maioria dos seguidores de ambos os lados uma recusa em participar de certos ritos do outro, considerando impuro ou impróprio para a sua crença.

No entanto, entre o contato e a repulsa às práticas religiosas está a conquista ao direito da prática do culto. Para Moraes (2003):

A conquista constitucional da liberdade religiosa é a verdadeira consagração da maturidade de um povo. Mas para tanto é importante entender dois conceitos chave: liberdade e religião. No que tange a liberdade, a mesma ainda pode ser dividida entre duas categorias, perfeitamente elucidadas por Benjamin Constant: a liberdade dos modernos e a liberdade dos antigos.

Nossa noção de liberdade (moderna) é não estar sujeito a imposições ditadas pela vontade arbitrária de uma instituição, um indivíduo ou vários indivíduos (o que pode ocorrer em âmbito religioso). Nesta lista também estão os direitos que abrangem a expressão de opinião, de escolha de profissões, de aquisição de bens de consumo duráveis ou não, bem como a possibilidade de ir e vir, elementos que não necessitam de prestação de contas legal a não ser em casos que interessem ou infrinjam a lei. Somado a isso temos ainda a possibilidade de livre associação a fim de suscitar debates, discutir interesses, professar crenças religiosas ou mesmo usar o tempo da maneira que melhor convém. De forma mais abrangente também temos os direitos políticos, sociais e civis que influem sobre a administração do governo, além de pedidos e reivindicações (CONSTANT, 1985).

Já a liberdade dos antigos abrangia aspectos de soberania, como a possibilidade de fazer alianças com estrangeiros, votar as leis que regem a sociedade, emitir pronunciamentos em determinados julgamentos, examinar procedimentos de gestão e contas e caso necessário trazer infratores a julgamento para condená-los ou absolvê-los. Mas apesar destas possibilidades, os antigos viviam sob a submissão completa a vontade do corpo social (do todo). Não haviam privilégios quanto a liberdade privada e todas as ações privadas estavam sujeitas a vigilância, não havendo concessões, muito menos quando se referia a religião. A possibilidade de escolha de crença religiosa ou de não a termos, que configuramos hoje como um dos mais preciosos direitos, seria um ofensa para os antigos. Nas relações patriarcais domésticas a autoridade sempre intervinha, estando os indivíduos vigiados até no interior de seus ambientes familiares. Os costumes eram regulados pela lei e tudo dependia dos costumes e da lei que faziam o papel de elementos auto reguladores (Ibid., 1985).

O poder do indivíduo estava mais centrado em questões públicas do que em âmbito privado, portanto sua soberania se expressa no *espaço público*, enquanto sua submissão se expressava no *espaço privado*. Como parte integrante do corpo social ele poderia interrogar, destituir, condenar, despojar e exilar, mas como sujeito social, poderia ser tirado de sua posição, retirados os seus pertences, banido e condenado pela vontade arbitrária da própria sociedade a qual pertence.

Na antiguidade com os romanos, por exemplo, permanecia em primeiro lugar o sentimento de pertença ao grupo e não o pensamento do indivíduo. Primeiro vinha o *grupo familiar* e depois a *civitas* (a cidade, o coletivo, o social). A liberdade para os romanos estava vinculada a liberdade de ação, por isso que até os anos 60 do início da era cristã o governo não se opunha ao cristianismo, contanto que este não ferisse os interesses governamentais de Roma. Mantinha-se assim um *status libertatis* ligado a regras coletivas que superava qualquer questão interna ao sujeito, não havendo qualquer esboço de direito subjetivo, que até então não existia (OLIVEIRA, 2010).

Neste sentido a liberdade religiosa foi enquanto direito adquirido, fundamental a formação da personalidade. Porém ao contrário da separação entre a liberdade dos modernos (individualista) e a liberdade dos antigos (ligada às regras sociais consolidadas), temos hoje a tendência a uma *judicialização do direito a liberdade religiosa e de culto* principalmente em áreas públicas. É um direito que tem por base a proteção dada por um “Estado laico” em face da liberdade particular. Desta forma a liberdade de profissão de uma crença religiosa é importante como um direito fundamental e alguns ainda a consideram como precursora dos direitos fundamentais:

A defesa da liberdade religiosa postulava a ideia de tolerância religiosa e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial. Porém, tratava-se no caso mais da ideia acerca da tolerância de credos diferentes do que propriamente da concepção da liberdade de religião e crença, da forma como veio a ser proclamado nos modernos documentos constitucionais (CANOTILHO, 1998).

No entanto esta liberdade não é absoluta e só pelo fato de estar em um documento formal não significa que efetivamente seja concretizada. Até mesmo os direitos fundamentais (de liberdade e igualdade) não escapam a estas circunstâncias. No entanto entra uma condição complicadora a esta liberdade: que ela não contrarie a ordem pública e os bons costumes. Neste sentido não podemos confundir a moral religiosa de cada matriz existente com o fato da liberdade religiosa dever enquadrar-se as diretrizes fundamentais da república, previstas no art. 3º da Constituição. Dentre estas, as previstas no inciso IV que afirma como dever “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem,

raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Estende-se também ao art. 5º, quando diz:

Primeiramente, devemos ter em mente que a liberdade de expressão começou a adquirir relevância com o advento da modernidade, ou mais precisamente, com a Reforma Protestante e o conseqüente processo de afirmação de liberdade religiosa. Portanto, pode-se dizer que a liberdade de expressão nasceu com a liberdade religiosa, mas também que, em termos gerais, a liberdade religiosa é também uma forma de liberdade de expressão.

Vale ressaltar que a relação entre liberdade democrática e liberdade de expressão tem entre si um estrito relacionamento, assumindo assim um caráter complementar, na medida em que quanto maior o nível de expressão e participação, maior a liberdade democrática. Existem, no entanto, embates no meio religioso quanto ao não reconhecimento da liberdade de expressão e legitimidade do discurso das religiões africanas e mediúnicas por parte de outros segmentos, bem como problemas acarretados nas ocasiões em que festas de diferentes matrizes se cruzam em ambientes públicos, ambas comemorando na mesma data questões relativas aos seus credos. Deste modo para Taylor (1998), os Estados democráticos liberais estão obrigados a ajudar os grupos que se encontram em desvantagem com o objetivo de preservar a sua cultura contra as interferências e as políticas de assimilação de culturas majoritárias ou de massa. As Instituições públicas devem reconhecer e tratar como iguais os membros dos grupos minoritários, considerar e respeitar de fato as particularidades culturais, pelo menos dos segmentos sociais que somente alcançaram uma compreensão de si mesmos a partir da vitalidade de sua cultura.

Desde a Constituição Imperial de 1824 o direito de expressão tem buscado o seu espaço, sendo este efetivado por meio da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, a Constituição de 1988 continua em sintonia com o respeito à Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948. De acordo com a art. 19 temos então a seguinte afirmação: “todos têm direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem fronteiras, informações e ideias por qualquer meio”.

Por sua vez o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, confirmado pelo Brasil 1992, coloca em seu art. 19 que: Ninguém poderá ser constrangido por causa de suas opiniões; toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito inclui a liberdade de buscar, receber e disseminar informações e ideias de qualquer natureza (inclusive religiosas), independentemente de considerações das barreiras com relação a outros grupos, fazendo

uso de linguagem verbal ou escrita, em forma impressa e (ou) artística em qualquer meio de sua escolha.

Já a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 ou Pacto de São José (Costa Rica), define que:

Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha [...].

Isso não significa que tenhamos cada vez mais o campo aberto para o respeito às opiniões e as crenças religiosas, pelo contrário, os casos de intolerância ameaçam o que diz os documentos formais e desafiam a razoabilidade de uma convivência justa e pacífica entre os diferentes (seja entre as matrizes cristãs, católica e evangélica, seja entre estas e outras referências). Além disso, convém lembrar que as rupturas internas (principalmente entre protestantes) é fato corrente, delas surgiram pelo menos dois grandes segmentos no meio protestante, a saber, os pentecostais (a partir de 1910) e os Neopentecostais (a partir de 1980).

Agora propomos o debate da liberdade religiosa trazendo para a discussão as teorias de John Rawls e de um de seus debatedores, Michael Sandel, tendo em vista que o debate está sendo feito em torno da questão a liberdade religiosa, acrescentamos agora com mais ênfase os chamados princípios de justiça num escopo das doutrinas abrangentes razoáveis. Tentaremos assim o apoio desta para realizar observações pontuais sobre o campo religioso sabendo de antemão do nível de abstração da teoria e sem forçarmos sua aplicabilidade.

### 3. A TEORIA DA JUSTIÇA EM RAWLS E A LIBERDADE RELIGIOSA

A liberdade religiosa já era algo comentado em documentos e obras que datam dos séculos XVI e XVII em decorrência da Reforma protestante que a partir de 1520, proporcionou a quebra do monopólio católico e a descentralização do cristianismo gerando assim uma série gradativa de novas interpretações e formas de expressão, levando sem dúvida a proliferação de reflexões críticas e concepções concorrentes.

Em especial no séc. XVII, na Inglaterra, vemos Hobbes e Locke colocarem em discussão temas que entraram no debate sobre o Estado moderno como: contrato social, soberania, elaboração de constituições, defesa da igualdade e da liberdade de todos os indivíduos (inserindo aí a liberdade de religião e de expressão) (SILVEIRA, 2007). Inclusive nomes como o de Roger Williams

(1603-1684), John Milton (1608-1674) e John Locke (1632-1704) estão ligados ao debate da liberdade de crença religiosa e de expressão. O último a ser citado, John Locke, era filho de um advogado que apoiou Cromwell e desenvolveu uma das vertentes da teoria do contrato social defendendo uma ordem estatal baseada no Parlamento e que poderia defender os direitos naturais dos indivíduos (igualdade, liberdade e propriedade), consolidando, na teoria política, uma ampla tolerância (FROSI, 2014).

Teoria essa, que serviu como base, ao lado de outras referências como Kant, Hobbes e Rousseau, para a teoria contratualista contemporânea de John Rawls. É incontestável que uma sociedade que acolhe em seu seio uma variedade significativa de culturas distintas produzirá, também, um maior número de formas de ver a vida e isso faz com que as culturas divirjam entre si. E, nessa linha de pensamento, adverte-se que nenhuma cultura ou tradição específica pode presumir ser a única certa, relativizando as outras realidades culturais para estabelecer seu próprio império de valores. (Ibid., p. 12)

Cabe lembrar que a própria Inglaterra desde 1533 havia rompido com Roma e entrava diretamente nos territórios de crença protestante (neste caso com o Anglicanismo, que logo contou de formalizar sua versão da Bíblia, a King James de 1611). Abriu-se com isso um espaço para se pensar o fundamento dos direitos numa sociedade multicultural. Ponto que não deve ser tomado a partir de uma concepção predominante. Desta forma o papel do Estado passa a ser o de garantia da liberdade e da autonomia dos indivíduos (princípio de raiz liberal), que agora dirigiriam suas vidas conforme suas escolhas.

A teoria da justiça como equidade (a respeito da igualdade de direitos), proposta por Rawls em seu livro: **Uma teoria da Justiça** (1971) procura deduzir (em termos abstratos), o que seria uma neutralidade racionalmente aceita por indivíduos livres a partir de uma posição original e hipotética chamada pelo autor de véu de ignorância. Nesta obra Rawls tenta superar o utilitarismo, cuja base de pensamento está a deia de que uma sociedade justa deve perseguir o maior nível de bem-estar possível para um maior número de pessoas (ou seja, o primado do bem sobre o que é justo). Esta posição é criticada por Rawls na medida em que se o bem é atingido, suprimindo o direito de minorias, não se poderia falar em justiça. No Brasil segundo o senso do IGBE (2010), temos em termos religiosos 76% de cristãos, 13% de evangélicos, 7% de não religiosos e 3% de demais religiões. Neste ultimo segmento incluímos crenças como o espiritismo e as religiões afro descendentes. Isso implica em falarmos de minorias religiosas que lutam por espaço em uma sociedade majoritariamente cristã (se somados os segmentos católico e protestante, cerca de 90%). Por este motivo se for tomado como bem a ampliação e manutenção da doutrinação cristã a todo custo como a melhor forma, estaríamos suprimindo a justiça e a



liberdade de crença em razão de uma negação da pluralidade e de uma escolha propositiva por uma filiação religiosa como a mais importante, o que não seria algo abrangente e nem razoável.

Pode-se salientar, porém, que, uma vez que os princípios de justiça são considerados decorrentes de um pacto original em uma situação de igualdade, não há como saber se o princípio da utilidade seria reconhecido. A princípio, seria pouco provável que pessoas que se considerassem iguais, com direito a fazer suas exigências umas as outras, aceitassem um princípio que talvez exija perspectivas de vidas inferiores para alguns simplesmente em troca de uma soma maior de vantagens desfrutadas por outros. Como todos querem proteger seus próprios interesses e suas capacidades de promover a própria concepção de bem, ninguém tem se motivo para aceitar uma perda duradoura para si mesmo a fim de gerar um saldo líquido maior de satisfação. Na ausência de impulsos benevolentes fortes e duradouros, um homem racional não aceitaria uma estrutura básica só porque eleva ao máximo a soma algébrica de vantagens, fossem quais fossem as consequências permanentes dessa estrutura sobre seus próprios direitos e interesses fundamentais. Assim, parece que o princípio da utilidade é incompatível com a concepção de cooperação social entre iguais para se obterem vantagens mútuas. Parece incompatível com a ideia de reciprocidade implícita na ideia de sociedade bem ordenada (RAWLS, 1997, p. 17).

Rawls tenta solucionar o problema do conflito entre duas vertentes ligadas ao pensamento democrático: o liberalismo associado ao pensamento de Locke (qual se ligaria a concepção de liberdade moderna, conectada aos interesses privados de liberdade e propriedade) e a noção de democracia de Rousseau (que atribui importância à igualdade de liberdades políticas a os valores da vida pública). Considerando estes dois modelos, a noção de justiça como equidade em Rawls se sustenta na ideia de uma sociedade bem ordenada e de uma pessoa moral.

Uma sociedade bem ordenada, para Rawls, possui dois traços essenciais: 1) esta sociedade é regida por uma concepção pública da justiça, onde cada um aceita e sabe que os demais também aceitam os mesmos princípios de justiça. A estrutura básica da sociedade, ou seja, suas instituições, respeitam esses princípios; 2) seus membros são pessoas: a) morais, no sentido de que todos possuem e reconhecem nos demais um senso de justiça; b) iguais, na medida em que se consideram uns aos outros como detentores de um direito igual e c) livres, na medida em que pensam ter o direito de intervir na elaboração de suas instituições comuns em nome de seus próprios objetivos fundamentais e de seus interesses superiores. Contudo, não possuem a condição de livres para perseguir fins particulares que podem ter em um dado momento (FROSI, 2014).

Esta concepção de justiça como equidade se diz apropriada a um modelo de sociedade democrática em que os cidadãos adotariam uma postura de

igualdade nos aspectos da liberdade e da moralidade (sob a égide do chamado véu de ignorância). Essa seria a situação da posição original de cada indivíduo. Estas circunstâncias em nada se assemelham a um contexto de concorrência religiosa que separa e seleciona as crenças com base em seus aspectos doutrinários, poder político institucional e número de adeptos. Não havendo equidade em relação às circunstâncias um acordo não poderia ser atingido visto que os princípios de justiça a serem levados em conta, dependem respectivamente da observância irrestrita dos princípios de igualdade e de liberdade.

Pelo já referido véu de ignorância, os indivíduos não conheceriam seu lugar próprio na sociedade, nem reconheceriam seu status social, tampouco reclamariam para si porcentagem maior na distribuição de bens devida a existência de talentos e de dons naturais. Neste sentido não conheceriam a concepção do bem em detrimento ao que é justo e disposições pessoais específicas. O véu da ignorância resulta que as pessoas sejam consideradas unicamente como pessoas morais, sem benefícios ou prejuízos dados pelas situações e contingências sociais, nem mesmo pela distribuição desigual das aptidões naturais ou pelos percursos de sua história de vida (RAWLS, 1997).

Rawls coloca então a existência de dois princípios de justiça:

- a) No primeiro elenca as liberdades básicas expandindo-as a todos os cidadãos, como liberdade de religião e expressão (princípio esse que sobrepõe às ideias de utilidade e bem-estar geral);
- b) no segundo princípio, para que haja distribuição igualitária de riquezas, é permitido que as disparidades sociais e econômicas beneficiem os membros menos favorecidos da sociedade na tentativa de equilibrar as diferenças.

No entanto, na opinião de Michael Sandel (2005; 2009), é possível questionar o fato de os participantes desse hipotético “contrato social”, realmente aprovariam e executariam tais princípios nas circunstâncias apresentadas por Rawls. Aliás, não há expoente concreto a ser comparado em termos de justiça e nenhuma forma constitucional. Além disso, nada garante que a cooperação social produza afetivamente frutos justos.

A ideia de fundar uma justiça numa premissa de direito natural como a invocada por Locke coloca aos objetivos de Rawls uma dificuldade adicional, na medida em que surge o arrepio dos pressupostos centrais do projeto deontológico (de que as escolhas são moralmente necessárias, **acréscimo nosso**). Como vimos, uma aspiração central do liberalismo deontológico é conseguir produzir um conjunto de princípios reguladores que não pressupõem qualquer concepção particular do bem, nem dependem de qualquer teoria particular das motivações humanas. Interligadas a esse objetivo, encontramos as perspectivas

de que as concepções do bem são diversas, de que não existe um objetivo humano individual que seja dominante sobre todos os demais, de que o homem é um ser que lege os seus fins, em vez de estes lhe serem dados e de que a sociedade bem ordenada é, por isso, aquela em que as pessoas se encontram livres para perseguirem os seus próprios fins, sejam eles quais forem, desde que em termos justos (SANDEL, 2005, p. 160).

Em vista do exposto, Sandel chega a concordar que na teoria da justiça de Rawls o véu de ignorância garante a equidade do poder numa dada “posição original”. No entanto a operação de fazer com que as pessoas ignorem sua posição original na sociedade, levando em conta o desprezo pelas forças e fraquezas, valores e objetivos, o véu de ignorância garante que ninguém obtenha vantagens, sob um custo por demais hipotético socialmente, ainda que involuntariamente. Isso em termos de dons naturais, status e estruturação de uma predominância de crenças não é algo fácil de ser ignorado.

Em *O Liberalismo Político*, Rawls coloca que a permanência do sistema (religioso, por exemplo, depende da existência de consenso social acerca de dadas questões). Isso distingue o sistema de uma simples aceitação habitual criando assim o que ele denomina de consenso sobreposto. Este consenso sobreposto asseguraria para as práticas religiosas e sociais como um todo a convivência entre as diferentes religiões. Antes de ser pactuada a tolerância religiosa, protestantes e católicos se confrontavam com armas na mão. A suposição era que, para sobreviver, um dos grupos deveria destruir o outro. A aceitação mútua decorreu do estabelecimento de determinado consenso em torno de valores comuns. A tolerância religiosa é um ótimo exemplo do que se deve entender pelo consenso sobreposto de Rawls (FROSI, 2014).

O consenso neste sentido deve estabelecer as seguintes questões para sua efetivação:

- a) Igualdade política;
- b) igualdade de oportunidades;
- c) respeito mútuo e garantia de reciprocidade econômica.

Em *Uma teoria da Justiça*, Rawls direciona sua análise para a concepção Kantiana de pessoa, argumentando que não basta analisarmos a soma de nossos desejos, como o faria um utilitarista e muito menos a felicidade como a realização dos propósitos pessoais. Somos seres com relativa liberdade, ligados a laços morais antecedentes, capazes de escolher certas trajetórias. E é por causa desta liberdade, que somos capazes de escolher nossas razões, algo necessário para uma construção de direitos numa sociedade que seja neutra em seus princípios e finalidades (SANDEL, 1998).

Em razão disso, a laicidade do Estado deve ser a tônica (não havendo favorecimento de nenhuma religião específica). Não se concebe aqui a vinculação a sanções de nenhuma afiliação religiosa. A proteção ao direito de culto deve ser garantida, do mesmo jeito que a apostasia a fé não seria penalizada, como ofensa jurídica, assim como não seria o fato de não se ter nenhuma crença religiosa. Desta maneira o Estado estaria defendendo a liberdade religiosa e moral (RAWLS,1997).

Igrejas e as universidades seriam então consideradas como associações ligadas a estrutura básica da sociedade e devem adaptar-se às exigências desta mesma estrutura, com vistas a ajudarem no estabelecimento de uma vida justa. Desta forma, as igrejas (como comunidades morais), estariam sujeitas a limites, no intuito de manter iguais todas as liberdades básicas (incluindo o livre pensamento) e a igualdade das oportunidades. Rejeita-se, portanto, a ideia de um Estado confessional. Visto que as associações religiosas podem se organizar (e se organizam) livremente conforme o desejo de seus membros tendo atividades e dinâmicas internas próprias, sob a condição de que seus membros tenham optado pela livre associação e estes pressupostos.

Segundo Rawls, a liberdade de consciência é limitada (conduzida) pelo interesse geral pela equidade e a ordem pública. Essa mesma limitação é decorrente de sua raiz contratualista. Isso não significa que os interesses gerais sejam superiores aos interesses religiosos, nem implica a possibilidade do governo em suprimir as manifestações religiosas, quando em conflito com o Estado. A teoria da justiça se preocupa com os aspectos da igualdade de oportunidades e a melhoria da situação daqueles mais desfavorecidos, observando um quadro que complexifica a relação entre o que é justo e o que é bom.

Defendendo uma postura racional e razoável, encontra como limites a ponderação diante de valores discordantes, caracterizados por argumentos e interesses, juntando a tudo isso a diversidade de experiências. Neste sentido a teoria da justiça de Rawls pretende demonstrar o que seria um pluralismo razoável, onde o consenso sobreposto às diferenças permitiria a participação de diferentes visões do mundo num quadro de democracia liberal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Debatemos neste breve texto o que consideramos ser a liberdade religiosa enquanto um direito fundamental, mesmo que adquirido de forma judicializada. Este foi um dos primeiros direitos a serem sancionados formalmente, colocando em vista outros direitos como o de expressão e associação. Mas seu sentido também de adequa a realidade histórica, perfazendo o caminho da chamada liberdade dos modernos ou princípio liberal de liberdade.

Diante disso a busca por equidade levanta a ideia de princípios de justiça que tem como base respectivamente a liberdade e a igualdade com suas

condições. Para isso usa-se na teoria de Rawls a ideia de um véu de ignorância que suplantaria via condições originais de igualdade características como status social, dons naturais e demais diferenças. Por isso a crítica de teóricos como Sandel a este nível alto de abstração.

O que está em jogo aqui é também a crítica ao próprio utilitarismo, enquanto busca pela vida mais prazerosa para a comunidade (ou a ideia de bem como instância máxima). Rawls lança mão então de uma visão que prioriza o justo, em relação ao bem, pois este último é relativo à determinação das camadas sociais e intenções particulares. O dever do Estado, por meio de uma espécie de contrato é estabelecer princípios de igualdade que demandem de uma vida justa, sacrificios pessoais em vista ao equilíbrio social.

Assim em termos de exercício de crença religiosa, o Estado não poderia favorecer a nenhuma religião em específico, mantendo seu padrão laico ao invés de se colocar como confessional. Deduz-se que assim defendendo a liberdade de expressão e conseqüentemente, de religião, levaria em conta o interesse geral pela ordem pública e os direitos comuns a todos os cidadãos.

## REFERÊNCIAS

- ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade Religiosa e o Estado*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 19.
- BENTHAM, Jeremy. *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1979
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 1998, p. 359.
- CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf), acesso em: 31/07/2017.
- CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Revista de Filosofia Política, nº 2 - UNISINOS, 1985. Disponível em: <http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>, acesso em: 31/07/2017.
- DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa: O sistema totêmico na Austrália*. Tradução Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 12-13.
- FROSI, Julio Cesar. *A autonomia privada na liberdade religiosa com ênfase na teoria da justiça de John Rawls*. Revista da Unioesc, 2014.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Senso das Religiões*, 2010.
- MACIEL, Willyans. *Utilitratismo*. 2013. Disponível em: <http://www.infoescola.com/filosofia/utilitarismo/>, acesso em: 31/07/2017.
- MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*, 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 125.
- MILL, John Stuart. *O utilitarismo*. São Paulo: Iluminuras, 2000.
- OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *A proteção constitucional e internacional do direito à liberdade de religião*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 34.
- RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. 6. ed. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 179.
- \_\_\_\_\_. *O liberalismo e os limites da justiça*. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005/1998.

SANTOS, Cristiano Rocha Santos. **Liberdade religiosa no Brasil Império**. Disponível em: [http://www.uesc.br/eventos/ciclohistoricos/anais/cristiano\\_rocha\\_santos.pdf](http://www.uesc.br/eventos/ciclohistoricos/anais/cristiano_rocha_santos.pdf), acesso em: 31/07/2017.

SILVEIRA, Renata Machado da. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**. 2007. 132 p. Dissertação - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Orientador: José Adércio Leite Sampaio, 2007, p. 17.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

\_\_\_\_\_. **Uma era secular**. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

# CAPÍTULO 14

## POR QUE O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NÃO ABRANGE O DISCURSO DE ÓDIO?

*João Victor Martins*

**RESUMO:** O artigo sugerido pretende analisar os fundamentos políticos e morais que atribuem à liberdade de expressão o caráter de direito constitucional, bem como demonstrar que estes fundamentos não são suficientes para garantir que o Direito ofereça guarida aos discursos de ódio.  
**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade de Expressão; Discurso de Ódio.

### 1. INTRODUÇÃO

“Posso não concordar com o que você diz, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-lo”. O famoso aforismo cuja autoria é atribuída a Voltaire elucida o cerne de um dos mais relevantes direitos fundamentais que permeiam as cartas consolidadas no seio do constitucionalismo: o direito à liberdade de expressão – o direito a desenvolver e manifestar as opiniões pessoais sem que dita manifestação venha a ensejar qualquer repreensão estatal.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, dispôs que “a livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente (...)” (1973).

A Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, no ano de 1791, determinou que “o congresso não deverá promulgar qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa (...)”<sup>1</sup> (1791).

A Constituição Brasileira de 1988, imbuída do mesmo ideal, positivou a proteção ao direito fundamental à liberdade de expressão em seu artigo 5º, incisos IV e IX, e em seu artigo 220, determinando que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; “é livre a expressão da atividade

---

<sup>1</sup> Tradução livre do original em inglês: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (1988).

A liberdade de expressão é, por conseguinte, um direito fundamental inequivocamente consolidado nos sistemas jurídicos de Estados Democráticos de Direito regidos por cartas que, permeadas pelos princípios propostos pelo Constitucionalismo, visam a atribuir aos cidadãos direitos e garantias fundamentais, bem como limitar o poder estatal.

A tradição político-filosófica liberal, desenvolvida desde a obra *On Liberty*, de John Stuart Mill (1964), e mais recentemente representada por Ronald Dworkin, é responsável pelo desenvolvimento teórico de alguns dos mais relevantes fundamentos político-morais do direito à liberdade de expressão. Essa tradição tem demonstrado grande apreço pela impossibilidade de imposição de limites ao exercício do direito à liberdade de expressão, senão quando esta implicar em efetiva violência.

Segundo Rosenfeld, ao longo da história, foram desenvolvidos três principais argumentos que se prestam para justificar o direito à liberdade de expressão, quais sejam: a busca da verdade, a democracia e a autonomia individual, além do contrato social (2003, 163).

Partindo desta perspectiva, no tópico seguinte, dentro do recorte proposto pelo presente trabalho, será dedicada alguma atenção a cada qual destes três fundamentos político-morais que justificam o direito à liberdade de expressão e, posteriormente, será avaliado se estes fundamentos implicam em uma permissão ao discurso de ódio como um direito inerente à liberdade de expressão.

## 2. OS FUNDAMENTOS POLÍTICO-MORAIS DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

### 2.1. A busca da verdade

A justificação lastreada na busca da verdade se baseia na teoria de John Stuart Mill segundo a qual “o descobrimento da verdade é um processo empírico crescente que se baseia no método de ensaio e erro e que exige uma discussão desinibida”<sup>2</sup> (Rosenfeld 2003, 164). Isso porque, de acordo com Stuart Mill, somente a proteção ao dano contra outro indivíduo constitui um princípio capaz de justificar a interferência do Estado na liberdade de um indivíduo. Assim, o dano provocado pelo indivíduo, no exercício de sua autonomia, a ele

<sup>2</sup> Tradução livre do original em espanhol: “el descubrimiento de la verdad es un proceso empírico creciente que se basa en el método de ensayo y error y que exige una discusión desinhibida”.



mesmo, não pode ser objeto de tutela do Estado. “Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano” (Mill 1964, 34).

Para Mill, ao se cercear a liberdade de expressão, ao se impedir a manifestação de determinada opinião, rouba-se a possibilidade de permitir que uma opinião verdadeira venha à tona ou, ainda que se trate de uma opinião errônea, perde-se a possibilidade de se enfatizar a força da opinião contrária ao confrontá-la com a opinião dissonante. “Nunca podemos estar seguros de que a opinião que procuramos sufocar seja falsa; e, se estivessemos seguros, sufocá-la seria ainda um mal” (1964, 44). Mill dá vida à tese do mercado livre de ideias com essa frase. Ele a defende porque entende a falibilidade da razão humana, que é capaz sempre de construir opiniões equivocadas. Sendo assim, impedir que uma manifestação seja expressa porque se supõe que a opinião contrária é verdadeira seria um erro absurdo (Mill, 1964, 45).

É fato que Mill não exclui a possibilidade de presumir-se a verdade naquilo que se postula, naquilo que se defende. Muito pelo contrário, é não uma faculdade, mas um dever daquele que defende uma ideia presumir a verdade do que postula, de modo a orientar a própria conduta do autor do discurso. Isso não implica, entretanto, em presumir a irrefutabilidade do postulado, de modo a impedir a discussão acerca do tema (1964, 47-48). Com razão, segundo Mill, melhor confiança merece aquela tese que, postulando-se verdadeira, submete-se a toda e qualquer espécie de crítica e as responde, quando falácias, ou as absorve, quando adequadas (1964, 49-50).

Mill, além das duas possibilidades suscitadas – a de que o debate fortalece a verdade quando a opinião é verdadeira e a de que o debate faz sucumbir a opinião quando falsa –, apresenta uma terceira possibilidade: quando duas opiniões divergentes são apresentadas em um debate e nenhuma das duas são verdadeiras, essas opiniões podem, em debate, se complementar na busca da verdade (1964, 87). Segundo a sua tese, “[...] mesmo que a opinião a que se impôs silêncio seja um erro, pode conter, e muito comumente contém, uma parte de verdade. E, uma vez que a opinião geral ou dominante sobre um assunto é raramente, ou nunca, a verdade inteira, só pela colisão das opiniões contrárias se faz provável se complete a verdade com a parte ausente” (Mill 1964, 98).

Mill entende que não se deve impor limitações ao exercício da liberdade de expressão, ainda quando a opinião for manifestada por meios insidiosos e não cordiais. O mais curioso é que, segundo Mill, na maior parte das vezes, o discurso agressivo somente é aceito quando oriundo de uma maioria e direcionado contra uma minoria, já que tende a encontrar espaço para se acomodar e pouco espaço para sofrer críticas. Já quando o discurso agressivo é proferido por uma minoria em face de uma maioria, encontra rapidamente uma enorme resistência. Segundo Mill, “as opiniões contrárias às comumente admitidas

só podem conseguir atenção por uma linguagem estudadamente moderada, e pelo mais cauteloso evitamento de ofensas desnecessárias” (Mill 1964, 100).

A partir dessa perspectiva, Mill defende a ampla liberdade de expressão, como meio de busca à verdade e entende pertinente uma limitação à liberdade de expressão apenas quando se tratar de incitação à violência.

Para compreender a lógica do argumento de Stuart Mill, é importante perceber que o autor defende o individualismo enquanto fonte de evolução da sociedade. Para ele, o cerceamento ao individualismo embota a criatividade inerente aos gênios e pode conduzi-los à mediocridade do comportamento costumeiro de determinada sociedade. Tanto por isso, é de extrema relevância, para Mill, garantir seja oportunizada a cada pessoa o desenvolvimento de sua individualidade independentemente de este comportamento se adequar ou não aos costumes da sociedade. Em outros termos, Mill defende a liberdade, a individualidade e, com isso, a diversidade.

Em virtude de tanto, é necessário, para Mill, garantir que se imponham limites à interferência do Estado na esfera de liberdade do indivíduo. Segundo Mill, ainda que não se parta de uma ideia contratualista de Estado, é certo que o Estado exija determinados comportamentos e determinadas contrapartidas do cidadão, a partir do momento em que lhe oferece proteção, infraestrutura e benefícios, bem como pressupõe a existência de uma sociedade que é constituída por uma diversidade de cidadãos que hão de conviver. Segundo Mill, o Estado pode, então, exigir que um indivíduo não ofenda determinados interesses de terceiros, interesses estes juridicamente constituídos como direitos. Contudo, Mill defende que um indivíduo pode até adotar condutas que sejam danosas a outros indivíduos, sem que isso implique, entretanto, em violação ao direito atribuído a estes indivíduos. Em situações como estas, cabe à moralidade pública reprimir dito comportamento e não ao Direito (Mill 1964, 135-136).

Mill não enxerga a possibilidade de reprovabilidade social a atos que, ainda que não facilmente aceitos, tendam a prejudicar tão somente o próprio indivíduo. Somente quando há um prejuízo ao direito estabelecido pelo Estado a outro indivíduo ou à sociedade, o ato individual pode vir a sofrer a devida repreensão. “Em suma, quando se verifica um prejuízo definido, ou existe um risco definido de prejuízo, a um indivíduo, ou ao público, o caso sai do setor da liberdade, e recai no da moralidade ou no da lei” (Mill 1964, 146).

É pertinente observar como esta tese do “mercado livre de ideias” desenvolvida por Stuart Mill foi incorporada de forma notória pela jurisprudência constitucional estadunidense construída em torno da Primeira Emenda à Constituição Americana, sobretudo, sob a batuta do *Justice* Oliver Wendell Holmes, e deu origem à “jurisprudência do perigo iminente” adotada atualmente pela Suprema Corte norte-americana. A partir dessa jurisprudência, assim como para a tese do “mercado livre de ideias”, a liberdade de expressão

deveria ser ampla, a não ser em casos de incitação à violência, já que, caso uma ideia seja falsa, o melhor método para combatê-la é o debate amplo, que resultaria em seu falseamento (Rosenfeld 2003, 164).

Conforme relata Dworkin, inicialmente, à época dos federalistas, a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos era lida à luz da Teoria da Restrição Prévia, conforme desenvolvida por William Blackstone: o Estado não poderia proibir a publicação de nenhum conteúdo, mas poderia punir posteriormente a entidade que o publicou caso entendesse se tratasse de conteúdo ofensivo ou perigoso. Até mesmo o Juiz Oliver Wendell Holmes adotou essa teoria, em julgado datado de 1907 (Dworkin 2006, 314).

Essa tese, contudo, começou a ser descartada, aos poucos, a partir da I Guerra Mundial, em casos como *Masses (Masses Publishing Company vs. Patern, 244 F, 355 - 1917)*, *Abrams (Abrams vs. United States, 250 U. S. 616 - 1919)* e *Whitney (Whitney vs. California, 274 U. S. 357 - 1927)* e foi substituída pela teoria do perigo iminente já no início da segunda metade do Século XX. A partir desta teoria, o Estado somente pode intervir na liberdade de expressão para evitar ou punir um “perigo evidente e imediato” (Dworkin 2006, 315-316).

É interessante observar que, de acordo com os precedentes desenvolvidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos, este perigo capaz de ensejar a limitação à liberdade de expressão há de ser de fato evidente e imediato, não se caracterizando como tanto declarações que possam ofender, desagradar, humilhar, sem, contudo, ensejar uma ação violenta direta e imediata.

O julgamento do caso *National Party vs. Skokie* pela Suprema Corte é o mais reverenciado exemplo da força praticamente ilimitada da liberdade de expressão na tradição liberal norte-americana, fundada na teoria do perigo iminente. No referido caso, a Suprema Corte Americana decidiu, nos idos de 1977, pela inconstitucionalidade de uma decisão judicial que impediu o Partido Nacional Socialista de realizar uma passeata de caráter neonazista, com a distribuição de panfletos e a ostentação de suásticas, em um bairro tipicamente judeu da cidade de Skokie, tendo em vista que a decisão judicial contrariava a liberdade de expressão e de reunião prevista na Primeira Emenda à Constituição Americana (US Supreme Court 1977).

É incontestável, portanto, que a justificação apresentada a partir da busca pela verdade ganhou terreno fértil, sobretudo nos Estados Unidos, e deu origem a um argumento de segunda ordem: a teoria do perigo iminente.

## 2.2. A democracia

A justificação proposta a partir da democracia parte da ideia de que a liberdade de expressão exerce uma função indispensável no processo de auto-

governo democrático. O discurso político, neste sentido, deve ser protegido, de modo a garantir a livre circulação das ideias (Rosenfeld 2003, 163).

A concepção constitucional de democracia desenvolvida por Ronald Dworkin pressupõe a imprescindibilidade da defesa da liberdade, enquanto condição necessária ao exercício da democracia. Segundo a sua concepção constitucional de democracia, “o objetivo que define democracia tem de ser diferente: que as decisões sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito” (Dworkin 2006, 26).

A partir dessa concepção constitucional de democracia, Dworkin afirma que:

O Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas a seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político; deve tentar de boa-fé, tratar a todas com a mesma consideração (equal concern); e deve respeitar todas e quaisquer liberdades individuais que forem indispensáveis para esses fins, entre as quais (mas não somente) as liberdades mais especificamente declaradas no documento, como a liberdade de expressão e a liberdade de religião (Dworkin 2006, 11).

Para tratar da liberdade de expressão, a partir do argumento da democracia, vale a pena lançar luzes sobre o caso *Buckley versus Valeo* (*Buckley versus Valeo*, 424 US 1 - 1976), por meio do qual a Suprema Corte Americana declarou a inconstitucionalidade da lei que estipulava um teto de gastos nas campanhas eleitorais após os escândalos do *Watergate*. A Suprema Corte fundamentou-se na Primeira Emenda para derrubar dita limitação, já que, para ela, limitar os gastos de campanha implicaria em impor limites à liberdade de expressão de ideias políticas pelos candidatos, o que violaria a Primeira Emenda (Dworkin 2011, 495).

A posição concordante ou discordante em relação à decisão proferida pela Suprema Corte americana depende, segundo Dworkin, da concepção de democracia adotada pelo crítico. Ele poderia adotar uma concepção tradicional (majoritarista) de democracia, ou uma segunda concepção de democracia à qual Dworkin atribui o nome de coparticipativa (Dworkin 2011, 501-503).

Um crítico que adote a concepção majoritarista da democracia sustenta que a democracia requer que as decisões do governo correspondam à vontade da maioria da população sujeita ao seu império. Uma perspectiva mais requintada da concepção majoritarista da democracia exige, ainda, que aos cidadãos seja provida a maior possibilidade de acesso a informações para que tomem as suas decisões da forma mais fundamentada possível (Dworkin 2011, 503-509). Seria possível questionar a um defensor de uma concepção majoritarista de democracia: “[...] será compatível com essa concepção de democracia permitir

restrições legais que diminuam o volume total de discursos eleitorais, quando tais restrições tiverem, como meta, que a opinião pública seja diferente da que seria sem tais restrições”? (Dworkin 2011, 504).

Adotando essa concepção majoritarista de democracia, invariavelmente, um crítico há de concordar com a decisão tomada pela Suprema Corte, já que reputa inaceitável o controle do governo sobre a liberdade de expressão, primeiramente porque ela não reflete algo que a maioria da população quer e, em segundo lugar, porque a liberdade de expressão, no caso, se presta para conceder aos cidadãos um maior volume de informações que se prestarão como subsídio para a tomada de decisão inerente ao exercício do voto. Trata-se da adoção de uma estratégia à qual Dworkin atribui o nome de aposta democrática (2011, 509).

Tomemos em conta, agora, a segunda perspectiva proposta por Dworkin. Para ele, a concepção coparticipativa de democracia exige que os cidadãos se autogovernem de forma coletiva, não apenas através do sufrágio, mas como parceiros ativos e iguais (2011, p. 510). Essa concepção de democracia contém três dimensões necessárias: (i) a soberania do povo, que detém efetivamente as rédeas do poder; (ii) a igualdade de cidadania, que demanda que cada indivíduo receba a oportunidade de participar em igualdade de condições com os demais deste processo democrático – também nomeada de equidade; e (iii) o discurso democrático, que exige a deliberação entre os cidadãos em situações que oportunizem o convencimento recíproco (2011, 510-512).

Quanto à relação entre a dimensão da soberania e a liberdade de expressão, Dworkin defende que a liberdade de expressão é meio para que o povo possa, de fato, exercer o poder democrático. Caso o governo tivesse o condão de cercear a manifestação da opinião popular, necessariamente inviabilizaria o exercício da soberania popular (2011, 513).

Mais especificamente sobre a relação entre a liberdade de expressão e a dimensão do discurso democrático, Dworkin ressalta que:

A democracia não pode oferecer uma forma genuína de autogoverno se os cidadãos não puderem falar à comunidade em uma estrutura e em um ambiente que incentive a atenção aos méritos do que dizem. Se o discurso público for mutilado pela censura, ou cair em uma briga de gritos e calúnias, na qual cada lado só tenta distorcer o que os outros dizem ou gritar mais alto do que os outros, então não há governo coletivo, nenhum tipo de empreendimento coletivo, mas somente a contagem de votos como uma espécie de guerra (2011, 512-513).

Por outro lado, Dworkin defende a possibilidade de regulamentação do discurso político realizado “por meio de comerciais políticos grotescos, que não fazem o debate e não vão além de *jingles* e *slogans* repetitivos” (2011, 515),

já que este tipo de discurso “também compromete o caráter argumentativo do discurso” (2011, 515).

Já sobre a relação entre a liberdade de expressão e a dimensão da igualdade de cidadania, Dworkin sustenta que:

A liberdade de expressão também ajuda a proteger a igualdade dos cidadãos. [...]. Devemos permitir a cada cidadão, que pretendemos ter a obrigação de cumprir nossas leis, uma voz igual no processo de produzir tais leis, mesmo quando justamente detestamos suas convicções, ou então perdemos o direito de lhes impor nossas leis. A liberdade de expressão impõe esse princípio e, assim, protege a igualdade dos cidadãos (2011, 514).

Com base nessa ideia, Dworkin ataca aqueles que defendem a intervenção do governo para a proibição de discursos de ódio. Segundo ele, aqueles que defendem essa limitação manifestam o “desejo de uma maioria de cidadãos de silenciar aqueles cuja opinião desprezam” (2011, 514).

Há quem afirme que a expressão de opiniões pejorativas com relação a grupos raciais, étnicos ou sexuais prejudica a igualdade dos cidadãos porque, além de ofender os cidadãos que são seus alvos, também prejudica sua própria capacidade de participar da política como iguais. Diz-se que o discurso racista, por exemplo, “cala” as minorias raciais que são seus alvos. A força empírica dessa ampla generalização é incerta: não está clara a extensão do impacto que tal discurso tem e sobre quem. Mas, de qualquer forma, seria um grave mal-entendido da igualdade dos cidadãos, e da concepção geral de democracia co-participativa, supor que permitir a livre circulação até de opiniões políticas psicologicamente danosas ofenda a igualdade em questão. A igualdade dos cidadãos não pode exigir que eles sejam protegidos pela censura, mesmo contra as crenças, convicções ou opiniões que dificultem para eles conquistar atenção para suas opiniões em um concurso político justo, ou que prejudiquem sua própria opinião sobre si mesmos. Não seria possível generalizar um direito a tal proteção – um cristão fundamentalista, por exemplo, não poderia ser protegido de tal forma – sem proibir completamente o discurso e a expressão de opiniões. Precisamos atacar coletivamente o preconceito e a predisposição, mas não assim (Dworkin 2011, 514-515).

A partir deste argumento, para defender a liberdade de expressão em uma democracia, segundo Dworkin, pode-se adotar três estratégias: a aposta democrática, estratégia adotada pela concepção majoritarista de democracia; a estratégia balanceadora, que avalia o custo benefício de cada regulamentação da liberdade de expressão a partir do prejuízo que traz a determinada dimensão em relação ao benefício que atribui a outra dimensão de democracia; ou um “método mais minucioso que combinasse elementos de ambas as estratégias” (2011, 516).

Para desenhar essa estratégia mais minuciosa, Dworkin parte, inicialmente, do pressuposto segundo o qual “a garantia da liberdade de expressão não pode, em hipótese alguma, ser absoluta” (2011, 516). Dworkin alerta, ainda, que não se pode promover uma competição entre as diversas dimensões da democracia de modo a estipular aquela ou aquelas que devam prevalecer nesta ou naquela situação. Segundo ele:

A igualdade dos cidadãos, em especial, é uma questão de direito individual, e não poderíamos justificar as violações a esse direito – censurando os racistas com a justificativa de que isso melhoraria o discurso democrático, por exemplo – por intermédio de qualquer cálculo agregatório. Em segundo lugar, qualquer exceção desse tipo estaria especialmente aberta a abusos: haveria o constante risco de que o governo tentasse aniquilar partidos novos e barulhentos, ou críticos poderosos, em nome do discurso democrático ou da igualdade dos cidadãos, como têm feito os governos totalitários em outros lugares. O Congresso ou um legislativo estadual poderia desqualificar um partido cuja mensagem declarasse perigosa para a soberania popular por ser confusa, por exemplo (2011, 516-517).

Porém, embora a história apoie tanto a plausibilidade desse temor quanto a sensatez de tal estratégia, não podemos mais nos dar ao luxo de ignorar os riscos opostos – principalmente nesta era eletrônica – de um discurso político completamente desregulamentado. Precisamos comparar o risco de uma garantia constitucional menos rígida permitir que um governo engenhoso oculte do povo informações e discussões que deveria divulgar, mesmo que os tribunais estejam vigilantes para evitar tal abuso, com o risco adversário de uma proteção mais rígida permitir à riqueza e aos privilégios um poder flagrantemente antidemocrático, e permitir que o discurso político se torne tão depreciado que perca completamente seu caráter argumentativo (Dworkin 2011, 518).

A partir desse argumento, Dworkin desenvolve a terceira estratégia à qual atribui o nome de estratégia minuciosa, que reconhece os danos potenciais carregados pela liberdade de expressão ilimitada e “proíbe qualquer legislação do discurso que prejudique perceptivelmente a soberania dos cidadãos ou a igualdade entre eles” (2011, 519). “Rejeita, por ser incompatível com a igualdade dos cidadãos, o argumento que mencionei de que se deva proibir o discurso racista ou machista para evitar que se ‘silenciem’ os grupos minoritários ou as mulheres, ou para aperfeiçoar o caráter do discurso político” (Dworkin 2011, 519). Por outro lado, essa estratégia permite regulamentações à liberdade de expressão que visem a fomentar alguma dimensão da democracia sem causar nenhum “dano genuíno à soberania dos cidadãos ou à igualdade entre eles” (Dworkin 2011, 520).

Partindo de uma declaração do Juiz Brandeis no caso *Withney versus California* (274 U.S. 357, 375 (1927)), Ronald Dworkin frisa que, conforme ex-

pressado pelo juiz, a liberdade de expressão não objetiva tão somente garantir a manifestação de opiniões, mas também permitir o desenvolvimento dos cidadãos, funcionando como instrumento para alcançar um fim democrático (2011, 523). Em outros termos, Dworkin defende abertamente que a Primeira Emenda “permite uma regulamentação do discurso que aumente sua meta presumida de proteger a democracia, melhorando a igualdade dos cidadãos ou o caráter do discurso político” (2011, 531), Trata-se de uma interpretação à qual Dworkin vai atribuir a alcunha de interpretação discriminadora (2011, 531).

Dworkin adota a premissa epistêmica do mercado livre de ideias de John Stuart Mill (1964) citada há pouco. Contudo, ele a interpreta de outro modo a despeito daquele comum. Em regra, admite-se, a partir de Mill, que, quanto maior o volume de informações recebidas, maior a probabilidade de se alcançar a verdade. Dworkin, entretanto, entende que não apenas a quantidade, mas a qualidade dessa informação e a qualidade da estruturação de sua apresentação influenciam na busca pela verdade. “Nessa outra perspectiva, o importante é a mistura cognitiva e emocional do que se apresenta, e não a quantidade em si (...)” (2011, 535-536). Assim, Dworkin defende que esse modelo de interpretação permite que o discurso guarde maiores probabilidades de alcançar a verdade, caso seja estruturado de tal modo que incentive a investigação dos conteúdos das ideias manifestadas (2011, 536).

### 2.3. A autonomia

A justificação da liberdade de expressão por meio da autonomia individual se fundamenta na ideia de que a autonomia do indivíduo é constituída, entre outros fatores, pela liberdade de manifestar as suas ideias de forma espontânea e não ser sancionado por isso. Em outros termos, a partir dessa perspectiva, a liberdade de expressão é elemento imprescindível para a afirmação da autonomia do indivíduo (Rosenfeld 2003, 166).

Dworkin defende que cada indivíduo deve ter autonomia para decidir quais valores são importantes para ele mesmo. Em *Justice for Hedgehogs* (2014), Dworkin ressalta a relevância do direito à liberdade para cada indivíduo da sociedade e demonstra o seu valor através de suas diversas facetas ou de seus diversos enfoques.

Segundo Dworkin, tomando-se a liberdade como um valor interpretativo, tradicionalmente atribuem-se duas interpretações necessárias a ela: a liberdade negativa e a liberdade positiva. Conforme a clássica distinção promovida por Isaiah Berlin, em *Dois conceitos de Liberdade* (1981), entre liberdade negativa e liberdade positiva, a primeira constitui uma vedação ao Estado, que está impedido de cercear a liberdade dos indivíduos, enquanto a liberdade positiva “é o poder de participar das decisões públicas e controlá-las – inclusive da decisão de o quanto se deve restringir a liberdade negativa” (Dworkin 2006, 345).



Dworkin, entretanto, afasta a ideia proposta por Isaiah Berlin da existência de duas liberdades, sustentando que ambas são apenas teorias sobre a liberdade. Esta posição de Dworkin deriva diretamente de sua teoria sobre a dignidade, que, segundo ele, é formada por dois princípios: o respeito por si mesmo – segundo o qual “cada pessoa deve levar a sério a sua própria vida” (2014, 311) – e a autenticidade – segundo o qual “cada um tem a responsabilidade pessoal e especial de identificar quais devem ser os critérios de sucesso em sua própria vida” (2014, 311).

A questão é que este segundo princípio da dignidade – a autenticidade – exige que o sujeito viva de acordo com a sua situação e com os valores que lhe parecem adequados. A autenticidade pressupõe um zelo pelo caráter pessoal e o compromisso com os padrões e ideais segundo os quais o sujeito age. O princípio da autenticidade exige tanto que cada pessoa tenha responsabilidade reflexiva pelos seus atos, quanto que tenha independência nas relações com as demais pessoas. Em outros termos, a “autenticidade exige que, na medida em que for necessário a uma pessoa tomar decisões acerca do melhor uso a ser dado à sua vida, elas devem ser tomadas pela própria pessoa” (Dworkin 2014, 324).

Um dos enfoques do direito à liberdade seria, segundo o autor norte-americano, o direito à liberdade de expressão. Especialmente em relação a esta liberdade, Dworkin entende que ela se encontra protegida tanto pela “liberdade positiva”, quanto pela “liberdade negativa”. Primeiramente, porque a capacidade de autogoverno do indivíduo somente se constrói mediante igual acesso à informação e à influência política. Em segundo lugar, porque a censura, além de danificar o autogoverno, no sentido de igual respeito e consideração com as ideias de todos na hora de construir políticas, pode ferir o direito à independência ética das pessoas (2014, 570).

Além de solapar a liberdade positiva, a censura também pode, como eu já disse, violar o direito à independência ética das duas formas já assinaladas. Pense em como vários fatores interagem quando o governo tenta proibir as expressões de ódio (*hate speech*). Um tribunal de Ohio condenou criminalmente um líder da Ku Klux Klan porque ele defendera o ódio contra os negros e os judeus. A lei, assim interpretada, violava o seu direito à liberdade positiva, pois o proibia de tentar convocar outros cidadãos a adotar as suas opiniões políticas. Violava o seu direito à independência ética, porque o direito a dar testemunho público das próprias convicções políticas é fundamental e a violência por ele pregada não era iminente. E violava sua independência ética de um outro modo ainda, pois parece provável que o processo não foi motivado pelo medo da violência, mas pela aversão – inteiramente justificada – à baixa estima que ele tinha pela importância de certas vidas (Dworkin 2014, 570-571).

O fato é que, de acordo com a teoria desenvolvida por Dworkin, todos os cidadãos têm o direito à independência ética – enfoque do direito à liberdade

segundo o qual o Estado não tem o condão de interferir na esfera de liberdade dos indivíduos de poder eleger os seus projetos de vida e sequer os valores pelos quais pretendem nortear estes projetos (2014, 572).

Dworkin postula que os fundamentos da dignidade – igual respeito e consideração pelos indivíduos – são trunfos conquistados face às políticas governamentais e, assim, devem ser respeitados, afastando-se a ideia de supremacia do interesse geral sobre o interesse de cada indivíduo. A garantia ampla ao direito à liberdade de expressão, segundo Dworkin, é um meio de se resguardar não apenas a democracia, mas de sobremaneira a autonomia individual, denotando-se igual respeito e consideração por cada um dos indivíduos (2014, 572).

#### 2.4. O argumento constitutivo

A classificação proposta por Michael Rosenfeld (2003) delineada acima demonstra, conforme se pôde observar, argumentos político-morais de três principais ordens a fundamentar o direito à liberdade de expressão: a busca da verdade, a democracia e a autonomia do indivíduo.

De acordo com Dworkin, contudo, os três primeiros argumentos compõem a categoria de argumentos de ordem instrumental, sendo, contudo, merecedor de igual atenção um argumento de ordem constitutiva (2006, p. 318). Ambas as justificações – instrumental e constitutiva – não são autoexcludentes, mas se completam (Dworkin 2006, 320).

Com razão, a partir da classificação de Dworkin, apresentam-se como justificativas de ordem instrumental à liberdade de expressão a já mencionada busca pela verdade, fundada na tese do mercado livre de ideias, segundo o qual é mais provável se encontrar a verdade em um debate quando este é livre de censura; a defesa da democracia, já que a liberdade de expressão permite o autogoverno do povo; e até mesmo a proteção contra a corrupção, já que um governo tende a ser menos corrupto quando não tem o poder de limitar a liberdade de expressão daqueles que o criticam (2006, 319).

Já a justificativa de ordem constitutiva defende que a liberdade de expressão carrega em si mesma um valor político-moral a ser constitucionalmente protegido, não se valendo apenas como mero instrumento de garantia de outros direitos (Dworkin 2006, 319).

Conforme ressalta Dworkin:

[...] o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial ou ‘constitutivo’ de uma sociedade política justa. Essa exigência tem duas dimensões. Em primeiro lugar, as pessoas moralmente responsáveis fazem questão de tomar as suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal na vida e na política e do

que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé. O Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis. Só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la (Dworkin 2006, 319).

Em segundo lugar, a responsabilidade moral significa não só a responsabilidade “de constituir convicções próprias, mas também de expressá-las para os outros, sendo essa expressão movida pelo respeito para com as outras pessoas e pelo desejo ardente de que a verdade seja conhecida, a justiça seja feita e o bem triunfe” (Dworkin 2006, 320). Segundo Dworkin, “o Estado frustra e nega esse aspecto da personalidade moral quando impede que certas pessoas exerçam essas responsabilidades, justificando o impedimento pela alegação de que as convicções delas as desqualificam” (2006, 320).

A partir dessa perspectiva, na mesma medida em que o Estado exerce o domínio político sobre uma pessoa e exige dela a obediência política, o governo não pode negar nenhum desses dois aspectos de responsabilidade moral da pessoa, por mais odiosas que sejam as opiniões que esta decida ponderar ou propagar. Não pode fazê-lo do mesmo modo pelo qual não pode negar-lhe o direito de votar (Dworkin 2006, 320).

Tomemos, a título de exemplo, o caso *American Booksellers Association vs. William H. Hudnut, III, Mayor, City of Indianapolis*, 598 F. Supp. 1316 (S. D. Ind. 1984). Neste caso, o Município de Indianápolis promulgou uma lei que proibia a produção e a comercialização de material pornográfico (Dworkin 2006, 349-350). Referida legislação se justificava, segundo o Município, no fato de a pornografia incentivar o estupro e provocar uma submissão da mulher na sociedade, que passaria a ser vista como mero objeto de prazer, provocando, inclusive, a sua subordinação política (Dworkin 2006, 351-353).

Refutando o argumento, Dworkin defende que:

[...] toda ideia deve ter a possibilidade de ser ouvida, mesmo aquela que tem por consequência fazer com que outras ideias sejam mal compreendidas, desconsideradas ou mesmo silenciadas, na medida em que os que poderiam expressá-las não controlam sua própria identidade pública e portanto não podem ser vistos pelos outros como gostariam de ser (Dworkin 2006, 357).

É interessante analisar como Dworkin enfatiza dita liberdade quase ilimitada de expressão. Ele o faz novamente quando se dedica à análise da defesa à criminalização da pornografia feita por MacKinnon em *Only Words* (Mackinnon 1996).

Vários argumentos suscitados pela autora são expostos, mas um sobressai e atrai a atenção de Dworkin com mais contundência, o seguinte: a pornografia, ainda que seja protegida pela liberdade de expressão prevista na Primeira Emenda, viola o ideal de igualdade previsto na Décima Quarta Emenda, segundo a qual o Estado não pode privar um cidadão da proteção legal concedida aos demais. Assim, segundo MacKinnon, incumbiria à Suprema Corte promover uma ponderação entre os dois princípios e avaliar qual teria primazia neste caso (MacKinnon 1996, 71-73).

A partir desse argumento, as mulheres seriam merecedoras de “proteção garantida pela Primeira Emenda, pois a pornografia as humilha, as obriga pelo medo a ficar em silêncio e condiciona os homens a não compreenderem o que elas dizem” (Dworkin 2006, 372).

Para Dworkin, entretanto, esse argumento “toma como premissa uma proposição inaceitável: que o direito à liberdade de expressão inclui o direito a viver em circunstâncias que nos encorajem a falar e o dever das outras pessoas de compreender e respeitar nossa voz” (2006, 372). Para o autor, evidentemente esse direito e esse dever não podem ser reconhecidos nem muito menos impostos por nenhuma sociedade (2006, 372).

Segundo Dworkin, se tivéssemos que fazer a escolha proposta por MacKinnon entre a liberdade de expressão e a igualdade, “se os dois valores constitucionais realmente estivessem em rota de colisão –, teríamos de escolher a liberdade, pois a alternativa seria o despotismo da polícia do pensamento” (2006, 379).

Como se sabe, porém, Dworkin discorda deste conflito entre liberdade e igualdade, conforme se tornou mais evidente em sua obra *Justice for Hedgehogs* (2014). Para Dworkin, a igualdade, no âmbito da política, exige que todos os cidadãos possam desempenhar o mesmo papel no escrutínio dos candidatos. E isso não apenas por meio dos votos, mas também por meio dos debates e das discussões públicas que permitam a cada um manifestar os seus anseios e preferências políticas. Em outros termos, “o que a igualdade exige é que todas as opiniões tenham a oportunidade de exercer a sua influência” (Dworkin 2006, 379-380).

Mas Dworkin sustenta que a igualdade não se aplica apenas ao ambiente político, mas a algo que ele chama de “ambiente moral”. Segundo Dworkin, “o modo como as outras pessoas me tratam, minha noção de identidade e minha autoestima são determinadas em parte pelo conjunto de convenções sociais, opiniões, gostos, convicções, preconceitos, culturas e estilos de vida que se manifestam na comunidade em que vivo” (2006, 380). Em virtude disso, a igualdade exige que “ninguém deve ser impedido de influenciar o ambiente moral comum através de suas próprias escolhas, gostos e opiniões e do exemplo de sua vida; o fato de esses gostos e opiniões chocarem aqueles que têm o poder de prender ou calar a pessoa não é motivo suficiente para que ela não possa expressar-se” (Dworkin 2006, 381).

A partir dessa ideia, Dworkin descarta a possibilidade de afastar do debate – tanto no “ambiente moral”, quanto no ambiente político – as manifestações que venham a ofender ou prejudicar determinados grupos em virtude de suas opiniões ou gostos dissonantes, sob pena de cercear o direito de participação de determinados grupos do debate (2006, 381-382). Por isso, Dworkin defende uma concepção de liberdade de expressão da Primeira Emenda que tem como um dos seus objetivos a defesa da igualdade nos processos de formação dos ambientes moral e político. “A liberdade garantida pela Primeira Emenda não é inimiga da igualdade; é o outro lado da moeda da igualdade” (Dworkin 2006, 382).

### 3. OS DISCURSOS DE ÓDIO: APTIDÃO PARA SOLAPAR A BUSCA PELA VERDADE, A DEMOCRACIA, AUTONOMIA INDIVIDUAL E A DIGNIDADE

Conforme é possível observar, o direito à liberdade de expressão encontra-se lastreado em três principais fundamentos político-morais, quais sejam: a busca pela verdade, a democracia e a autonomia, além de carregar um valor político-moral intrínseco em si mesmo.

A questão que se coloca é: estes fundamentos, além de justificar a proteção à liberdade de expressão, dão guarida aos discursos de ódio?

Inicialmente, quanto à busca da verdade, é interessante observar que o próprio Dworkin – defensor quase absoluto da liberdade de expressão – sustenta de forma expressa que não apenas a quantidade de informação, mas a sua qualidade, é imprescindível para a busca da verdade (2011, 535). Assim, a própria ideia de interpretação discriminadora, sustentada por Dworkin, é bastante para refutar a tese do mercado livre de ideias.

E com toda razão. Com efeito, há ideias que visam antes a poluir o ambiente e a inviabilizar a participação dos demais cidadãos no debate democrático do que a fomentar a busca pela verdade, conforme será analisado.

Já quanto à democracia e quanto ao argumento constitutivo proposto por Dworkin, é relevante avaliar que Dworkin defende que seria insustentável alegar “que o direito à liberdade de expressão inclui o direito a viver em circunstâncias que nos encorajem a falar e o dever das outras pessoas de compreender e respeitar nossa voz” (2006, 372),

Contudo, ao dar à luz a ideia de obrigações associativas em *O Império do Direito* (2007), parece que a supracitada alegação seria não apenas defensável, como, ademais, uma obrigação imposta a cada cidadão, de forma recíproca.

Com razão, além da condição imposta pela reciprocidade, Dworkin ainda enumera quatro atitudes que devem ser adotadas pelos membros de uma comunidade de modo a tornar viável a assunção de obrigações associativas.

Em primeiro lugar, esses membros “devem considerar as obrigações do grupo como especiais, dotadas de caráter distintivo dentro do grupo, e não como deveres gerais que seus membros devem, igualmente, a pessoas que não pertencem a ele” (Dworkin 2007, 242).

Em segundo lugar, os membros do grupo devem adotar essas responsabilidades especiais enquanto responsabilidades pessoais, ou seja, dirigidas diretamente a um segundo membro do grupo e não de forma genérica, dirigida a todos. Cada qual dos indivíduos deve merecer consideração e respeito. Mas, em terceiro lugar, os membros do grupo devem tratar “essas responsabilidades como decorrentes de uma responsabilidade mais geral, o interesse que cada um deve ter pelo bem-estar de outros membros do grupo” (Dworkin 2007, 242). Por fim, os membros de um grupo devem adotar a atitude segundo a qual toda e cada ação de um membro deve denotar igual interesse por todos os membros daquele grupo (Dworkin 2007).

Com razão, “se o objetivo primordial é a preservação e o fomento da democracia, o discurso antidemocrático em geral e o discurso de ódio e o discurso político extremista em particular, com toda probabilidade não serviriam a um propósito útil, e portanto *não justificariam proteção*”<sup>3</sup> (Rosenfeld 2003, 163).

Por fim, quanto à defesa da autonomia, é valioso dispendir algum tempo na análise da obra *The Harm in Hate Speech* (2012) de Jeremy Waldron e avaliar o seu impacto sobre o argumento da autonomia.

Waldron inicia a obra levantando a possibilidade de um cidadão americano islâmico, ao passear com os seus filhos, ser defrontado com um cartaz que atribui características ofensivas à sua origem e questiona se há possibilidade de limitar essa conduta à qual ele vai atribuir o nome de discurso de ódio (2012, 01-02).

É certo que diversas pessoas são contrárias à limitação dos discursos de ódio, pelo simples fato de o direito fundamental à liberdade de expressão, em tese, permiti-lo. Muitas pessoas defendem que o discurso de ódio é um direito vinculado à liberdade de expressão e, com isso, cabe a pessoas como o cidadão islâmico há pouco mencionado tão somente se adequar a tais situações (2012, 03).

Mas Waldron confronta essa tese, e o faz com base em dois argumentos. Em primeiro lugar, Waldron defende que há um bem público de inclusão com o qual a sociedade deve estar comprometida. De acordo com Waldron, os seres humanos são diversos (em sua etnicidade, em sua cor, em sua cultura, em sua religião) e estão sujeitos a uma experiência de viver e trabalhar conjuntamente, a despeito da existência dessa diversidade. Isso posto, de acordo com o autor,

<sup>3</sup> Tradução livre do original em espanhol: “Si el objetivo primordial es la preservación y el fomento de la democracia, el discurso antidemocrático en general, y el discurso del odio y el discurso extremista político en particular, con toda probabilidad no servirían a un propósito útil, y por lo tanto no justificarían protección”.

cada grupo deve aceitar que a sociedade não é apenas dele ou vive para ele, mas é dele também, assim como de todos os outros grupos. O discurso de ódio dificulta a efetividade deste bem público de inclusão (2012, 04).

Em segundo lugar, para Waldron, cada membro de cada grupo deve ter o direito de participar dessa experiência de viver conjuntamente, com a garantia de que não será excluído e discriminado pelos demais. Este é, para Waldron, um postulado, enquanto uma condição social básica do ser humano, ao qual ele vai atribuir o nome de dignidade. De acordo com esta condição social básica, cada pessoa deve ser tratada como membro da sociedade, tendo, por exemplo, o direito de professar a sua fé, manter a sua rotina diária, sem que as suas características culturais possam servir de razão para que a este indivíduo seja demandado tratamento diferenciado e excludente (2012, 05).

A dignidade, para Waldron, portanto, enquanto uma questão de status, demanda que a todos os membros da sociedade seja garantida a mesma condição social básica, segundo a qual tenham direito às mesmas liberdades e proteções que os demais (2012, 05).

Waldron, portanto, desconstrói a ideia de que o discurso de ódio está abarcado pelo direito à liberdade de expressão (2012, 06). Com efeito, Waldron procura nos fazer enxergar as leis sobre discurso de ódio como um compromisso coletivo de defender o status fundamental das pessoas enquanto cidadãos ou sujeitos de direitos dentro de uma sociedade, bem como apresentar os fundamentos para a defesa desse status social, dessa dignidade (2012, 16).

Waldron se preocupa em demonstrar que não é o mero ódio em si que caracteriza o discurso de ódio ou que justifica a sua regulamentação (2012, 16). Para que se entenda algo como discurso de ódio, não basta a mera ofensa, há de haver uma conduta que cause um impacto permanente no ambiente das minorias vulneráveis. Com efeito, segundo Waldron, aqueles que defendem a regulamentação do discurso de ódio não inferem o equívoco da instigação do ódio contra minorias vulneráveis da mera maldade do ódio em si mesmo. Eles se preocupam sim com a situação das pessoas vulneráveis que estão sujeitas ao ódio voltado contra a sua cor, a sua religião ou a sua origem (2012, 37).

Waldron assume que a história da Primeira Emenda está relacionada ao fato de que o governo assumiu tamanha força que as suas defesas contra a liberdade de expressão se tornaram não apenas desnecessárias à sua manutenção, mas, pior, ameaças aos direitos individuais dos cidadãos. O fato é que as leis que limitariam estes discursos provocariam, segundo Waldron, certa histeria pública. Ocorre que esta histeria pública também é provocada pelos discursos de ódio, como foi visto recentemente em Charlottesville (2012, 32).

O discurso de ódio provoca um dano social, ao depreciar a dignidade e a cidadania básica de determinados grupos sociais. Há um propósito substantivo na legislação que objetiva suprimi-lo (Waldron 2012, 65).

Fato é que estes tipos de difamações representam verdadeiros ataques à dignidade das pessoas. “Dignidade no sentido de sua condição social básica, os fundamentos do seu reconhecimento com iguais e portadores de direitos humanos e direitos fundamentais<sup>4</sup>” (2012, 59). “É uma questão de status – o status de alguém como membro da sociedade em boas condições – e isso gera uma demanda por reconhecimento e por tratamento de acordo com este status<sup>5</sup>” (2012, 60).

É que, filosoficamente, podemos afirmar que a dignidade é uma condição inerente ao ser humano. Mas, juridicamente, a dignidade deve ser estabelecida, garantida, assegurada e reivindicada pela sociedade por meio do Direito (2012, 60).

Assim, em que pese se trate de difamações coletivas, o alvo dessas difamações é a dignidade individual e não do grupo. Com efeito, ao fim e ao cabo, a preocupação das leis que tratam do discurso do ódio é com os efeitos provocados nos indivíduos quando imputações difamatórias são associadas a características do seu grupo como a cor, a raça, a etnia, a religião, o gênero. (2012, 60).

As leis de discurso de ódio buscam afirmar a dignidade e igual cidadania para todos os membros de todos os grupos, já que os discursos de ódio tentam minar esse status de alguns grupos (2012, 61).

Vê-se, portanto, que os fundamentos político-morais que sustentam o direito à liberdade de expressão não albergam os discursos de ódio, vez que estes tendem a provocar danos à busca pela verdade, à democracia e à autonomia, além de solapar a dignidade.

#### 4. CONCLUSÃO

No primeiro tópico deste artigo, procurou-se delinear e perscrutar os três principais fundamentos políticos-morais que atribuem à liberdade de expressão a condição diga-se inquestionável de direito fundamental. Sendo assim, foram analisados os argumentos da busca pela verdade, da democracia e da autonomia, além de um argumento constitutivo, proposto por Ronald Dworkin.

Já o segundo tópico dedicou-se a avaliar se cada qual destes fundamentos se prestavam a proteger não apenas a liberdade de expressão, mas se serviam de guarida, ainda, aos discursos de ódio.

Conforme avaliado, nenhum dos fundamentos do direito à liberdade de expressão se presta como lastro à defesa dos discursos de ódio, vez que estes discursos têm o condão de danificar a busca pela verdade, a democracia, a autonomia e, ainda, de solapar a dignidade.

<sup>4</sup> Tradução do original em inglês: “dignity in the sense of their basic social standing, the basis of their recognition as social equals and as bearers of human rights and constitutional entitlements”.

<sup>5</sup> Tradução do original em inglês: “It is a matter of status—one’s status as a member of society in good standing – and it generates demands for recognition and for treatment that accords with that status”.



## REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- EUA. *First Amendment - US Constitution*. Disponível em: <<http://constitution.findlaw.com/amendment1.html>>. 1791. Acesso em 20 de novembro de 2017.
- FRANÇA. “Declaração de Direitos dos Homens e do Cidadão”. In: *Textos Básicos sobre Derechos Humanos*. Tradução de Marcus Cláudio Acqua Viva. Madrid: Universidad Complutense, 1973.
- MACKINNON, Catharine A.. *Only words*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- MILL, John Stuart, *Ensaio sobre a Liberdade*. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Editora Arcádia, 1964.
- ROSENFELD, Michael. “El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo”. *Pensamiento Constitucional*. Año XI N.º 11. PP 154-198. Cardozo Law Review. Abril de 2003.
- US SUPREME COURT. *National Socialist Party of America v. Village of Skokie* 432 U.S. 43 (1977). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/432/43/case.html>>. Acesso em 10 de novembro de 2017.
- WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

# CAPÍTULO 15

## LIBERDADE DE EXPRESSÃO E *HATE SPEECH* NOS ESTADOS UNIDOS: DWORKIN, POST E BAKER

*Sylvia Maria Cortês Bonifácio de Araújo*  
*Camila Salgueiro da Purificação Marques*

### 1. INTRODUÇÃO

Diante de inúmeros atentados terroristas baseados em intolerância religiosa, massacres contra homossexuais, inclusive com o recrutamento *online* de jovens de todas as partes do mundo para integrar as trincheiras do grupo de fundamentalistas muçulmanos autoproclamado Estado Islâmico (EI), que vem aterrorizando o mundo, torna-se cada vez mais controversa a concepção sobre a proteção da liberdade de expressão, especialmente de discursos que demonstrem intolerância e ódio em relação a etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual de pessoas ou grupos.

Em fevereiro de 2015 a Organização das Nações Unidas, por meio de assessores dos núcleos de Prevenção do Genocídio e da Responsabilidade de Proteger, fez um apelo aos líderes mundiais para que evitassem discursos de ódio diante do assassinato do piloto Moaz Kasasbeh pelo grupo jihadista Estado Islâmico, afirmando que “discursos de ódio por parte de figuras influentes em um momento como esses só podem levar a mais violência” (UOL 2015).

Diversos tratados internacionais obrigando os Estados a proibirem o discurso de ódio foram elaborados após a Segunda Guerra Mundial – dentre eles a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968), a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1948), em seu artigo 10, item 2<sup>1</sup> e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos

---

<sup>1</sup> Artigo 10. 2. O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

(1969), em seu artigo 13, item 5<sup>2</sup> – na tentativa de coibir manifestações de intolerância que pudessem levar aos horrores vividos durante as duas guerras, quando o totalitarismo e o preconceito geraram violações de direitos humanos nunca antes experimentadas.

A postura dos organismos internacionais diante do *hate speech*, no sentido de que ele deve ser combatido, é compartilhada pela maioria dos países do globo, que preveem diversas formas de restrição à liberdade de expressão em nome de outros direitos fundamentais, como a dignidade, a honra e a igualdade. Uma exceção no tratamento dispensado ao discurso de ódio são os Estados Unidos.

A Primeira Emenda à Constituição norte-americana estabelece a proibição de qualquer restrição legal à liberdade de expressão, como é possível intuir de seu teor: “O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito do estabelecimento de uma religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas”<sup>3</sup> (Estados Unidos Da América 1787).

Apesar da proteção aparentemente absoluta do discurso, há alguns precedentes da Suprema Corte norte-americana que restringiram a liberdade de expressão com base no argumento do *clear and present danger*, explicado no item 3 do presente artigo, bem como no entendimento de que determinados tipos de expressão, como ameaças e ofensas diretas a pessoas determinadas, também não são abarcados pela proteção da Primeira Emenda, mas, de modo geral, há um excepcionalismo norte-americano no tratamento do tema, especialmente em comparação com o sistema europeu, onde, por meio da ponderação, outros direitos são sopesados em relação à liberdade de expressão.

O fato é que os norte-americanos, sejam quais forem os motivos históricos e sociológicos envolvidos, tendem a valorizar a liberdade de expressão mais do que outros povos do mundo e um exemplo exponente dessa característica estadunidense está no tratamento conferido àquilo o que se denomina discurso de ódio, caracterizado por portar um ataque ofensivo a determinado grupo de pessoas, especialmente em virtude de sua raça, etnia, opção sexual ou religião.

Assim, vê-se que o atípico debate sobre o tema nos Estados Unidos é campo fértil para novas reflexões sobre os limites da liberdade de expressão, sua interação com a autonomia e, conseqüentemente, com a ideia de Estado

<sup>2</sup> Artigo 13.5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

<sup>3</sup> Tradução nossa. No original: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

Democrático de Direito, levantando o debate sobre o real papel do discurso de ódio em uma democracia.

A fim de debater uma possível proteção ao discurso de ódio é que o presente artigo vai analisar, no item 2, a tutela da liberdade de expressão, dando especial ênfase ao tratamento do discurso de ódio no ordenamento jurídico brasileiro, para, então, no item 3, partir para uma visão geral do tema na jurisprudência da Supre Corte norte-americana e, enfim, no item 4, após identificada uma noção panorâmica da tutela do *hate speech* naquele país, adentrar na discursão doutrinária de três teóricos contemporâneos que escreveram trabalhos recentes e atuais defendendo, em maior ou menor medida, a proteção ao *hate speech*, analisando, a partir de uma revisão bibliográfica, suas justificativas.

## 2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, *HATE SPEECH* E O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

“Não há democracia sem discurso público e não há discurso público sem liberdade de expressão, liberdade de imprensa e liberdade de informação”, afirma Dieter Grimm (Grimm 2009, 11), em artigo intitulado *Freedom of Speech in a Globalized World* (Liberdade de Expressão em um Mundo Globalizado). Liberdade de expressão não é um direito absoluto, já que a expressão de um pode entrar em confronto com liberdades e direitos fundamentais alheios.

Segundo Grimm (Grimm 2009, 12), a questão fundamental sobre a liberdade de expressão em uma democracia é se ela pode ser privilegiada em relação a outros direitos fundamentais sob a justificativa de ser indispensável à autogovernança coletiva.

De fato, o tratamento conferido à liberdade de expressão é tópico de discussão especialmente importante quando se imagina que lhe conferir tratamento especial em nome da democracia pode levar na verdade a uma discriminação contra discursos que critiquem ou rejeitem a própria ideia de democracia, acabando por proteger apenas as manifestações que estejam de acordo com as ideias compatíveis com os valores da maioria da população.

Mas o que dizer quando esses discursos não democráticos se traduzem em discursos de ódio - *Hate Speeches*?

A questão proposta traz à baila um aspecto controverso do direito à liberdade de expressão: o discurso de ódio, tema do presente artigo. Chamado de *Hate Speech* ou *Extreme Speech* entre os norte-americanos e no Direito Comparado, trata-se de “manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores [...]” (Sarmiento 2014, 2).

O discurso de ódio é geralmente banido em todas as partes do mundo e não é diferente com o Brasil. Uma exceção são os Estados Unidos.

No Brasil – tendo em vista o panorama de supressão de direitos, especialmente da liberdade de expressão, enfrentado no período da ditadura militar – a Constituição de 1988 conferiu especial proteção a esta garantia, consagrando-a em diversos artigos<sup>4</sup>, observando também, como ressalta Daniel Sarmiento (Sarmiento 2014, 1), a necessária independência do Poder Judiciário para realizá-la plenamente, buscando equilíbrio entre a liberdade de expressão e outros direitos.

O caráter não absoluto da liberdade de expressão é inequívoco, uma vez que a própria Constituição de 1988 estabeleceu direitos fundamentais que lhe impõem limites, como a indenização por dano moral ou à imagem (art. 5º, inciso V) e a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X).

Ademais, a Constituição de 1988 assumiu como objetivos fundamentais da República, art. 3º, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais” (inciso III) e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, o que implica em perceber que o Estado não tem papel neutro diante das características desiguais da sociedade brasileira, pelo contrário, impõe-se o dever de promover as mudanças que nela deseja ver realizadas.

Um importante fator no que diz respeito ao banimento das manifestações de ódio no Brasil é a concepção de liberdade trazida na Constituição de 1988, a qual não é meramente formal, mas “se preocupa com a efetiva possibilidade de fruição da liberdade pelos indivíduos, o que supõe o enfrentamento dos obstáculos sociais que atravancam o seu exercício”, o que no plano da liberdade de expressão culmina na “pretensão estatal de coibir as manifestações que silenciem as vozes das suas vítimas, como as envolvidas no *hate speech*”, como afirma Daniel Sarmiento (Sarmiento 2014, 48).

Por fim, é de se notar o papel do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro. Além da previsão como “fundamento da República”, no art. 1º, inciso III, da CF/88, foram ratificados e incorporados ao ordenamento jurídico quase todos os tratados internacionais de Direitos Humanos que contêm referências à dignidade. Ademais, o princípio tem sido muito invocado no discurso jurisdicional, a ponto de suscitar preocupações acerca de sua banalização. Ainda, na CF/88, as pessoas não foram tratadas de acordo com uma visão atomizada, pelo contrário, fez-se uso de concepção mais concreta e integral da sua personalidade (Sarmiento 2015, 50).

<sup>4</sup> Art. 5º, incisos IV, X, XIV e Art. 220, *caput*, §§1º e 2º.

Daniel Sarmiento (Sarmiento 2015, 70), em tese apresentada no concurso público para Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro aponta seis funções do princípio da dignidade humana mais relevantes na ordem jurídica brasileira, dentre elas seu papel hermenêutico, seu uso como diretriz para ponderação entre interesses colidentes e como fator de limitação de direitos fundamentais, todos essenciais para a compreensão da tutela da liberdade de expressão no país.

Quanto ao papel hermenêutico do princípio, ele deve guiar os processos de interpretação, aplicação e integração do Direito no ordenamento brasileiro, não só dos direitos fundamentais, mas das normas constitucionais de todas as áreas e mais do que isso, a dignidade deve se irradiar para todos os ramos da ordem jurídica, inclusive do Direito Privado. Ainda no campo hermenêutico, a dignidade funciona como critério para a ponderação entre interesses constitucionais conflitantes. “Ela enseja a atribuição de um peso superior *prima facie* aos bens jurídicos mais importantes para a proteção e promoção da dignidade, e de um peso menor aos interesses mais afastados do princípio” (Sarmiento 2015, 74).

Ademais, vê-se que quando o exercício de um direito conflita com a dignidade humana de um terceiro – o que, no mais das vezes, envolve a tensão entre dois direitos fundamentais diferentes, ambos com algum conteúdo em dignidade – deve-se recorrer à ponderação de interesses para a solução da colisão, o que aconteceu com a criminalização do racismo (art. 20 da Lei nº 7.716/89), um caso de limitação legislativa e de restrição da liberdade de expressão, mais especificamente banimento do discurso de ódio, instituindo limitação às liberdades de expressão e de imprensa, quando utilizadas para a difusão do preconceito racial, em nome da dignidade da pessoa humana.

Um caso muito importante no Brasil tratou da condenação por crime de discriminação racial do editor Siegfried Ellwanger por escrever e editar vários livros com conteúdo antissemita, negando a ocorrência do Holocausto e atribuindo características negativas a judeus. O Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a proteção da dignidade humana e do direito à igualdade dos judeus prevalecia em relação à tutela da liberdade de expressão. O caso sedimentou a orientação do STF em relação à liberdade de expressão, contrária à proteção constitucional do *hate speech*.

### 3. PANORAMA DA TUTELA DO *HATE SPEECH* NO DIREITO CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO

Como bem observa James Weinstein (Weinstein 2009, 81), “os Estados Unidos são um caso à parte na forte proteção que oferece a algumas das formas mais nocivas de discurso extremo imagináveis.”

Enquanto no Brasil e na maioria dos países que adotam o sistema europeu – no qual, por meio da ponderação, a liberdade de expressão e outros valores são balanceados com igual importância na decisão da contenda – nos Estados Unidos, o debate jurisprudencial sobre a liberdade de expressão se limita a responder se o discurso se enquadra ou não na proteção conferida constitucionalmente e, uma vez enquadrado, deve ser respeitado pelo Estado, por mais absurdo que seu conteúdo pareça.

A proteção constitucional conferida à liberdade de expressão nos Estados Unidos é, à primeira vista, absoluta, pois a Primeira Emenda à Constituição afirma: “O Congresso não fará nenhuma lei [...] cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa [...]”. Acontece que, como bem alerta Dieter Grimm (Grimm 2009, 12), o texto constitucional não é capaz de contar toda a história sobre a liberdade de expressão em um Estado, a sua interpretação e aplicação também importam.

O direito à liberdade de expressão começou a ser efetivamente protegido pela Suprema Corte norte-americana no século XX de uma maneira tímida – no início do século passado eram comuns limitações à liberdade de expressão, com prisão ou imposição de outras penalidades às pessoas em virtude do seu discurso, como afirma Edwin Baker (Baker 2009, 140) – mas a partir da segunda metade do século houve um aumento da proteção judicial ao discurso de ódio.

O primeiro caso relevante para demonstrar a excepcionalidade dos Estados Unidos nessa seara foi o *Brandenburg v. Ohio* (Estados Unidos Da América, 1969a), em 1969, quando a Suprema Corte reformou decisão que havia condenado Brandemburg, líder da Ku Klux Klan em Ohio, pelo delito de apologia ao crime, em virtude de ele ter declarado através da televisão, durante um evento da organização, que os negros deveriam ser devolvidos para a África e os judeus para Israel e, ainda, por ter ameaçado o Presidente, o Congresso e a Suprema Corte caso continuassem a prejudicar a raça caucasiana.

A Corte declarou inconstitucional a lei do Estado de Ohio, sob a justificativa de que ela tipificava a mera defesa de uma ideia, o que seria incompatível a liberdade de expressão, mesmo que essa ideia estivesse relacionada ao racismo. Por outro lado, caso houvesse a incitação à prática de violência, existiria substrato para punição. Veja-se trecho da decisão:

As garantias constitucionais da liberdade de expressão e liberdade de imprensa não permitem que o Estado proíba a defesa do uso da força ou da violação da lei, exceto quando esta defesa seja direcionada a incitar ou promover ação ilegal, e seja adequada ao incitamento ou à produção desta ação. (SARMENTO, 2004, p.8)

Nessa mesma linha de raciocínio, a Corte decidiu caso ainda mais emblemático, *Village of Skokie v. Nationalist Socialist Party of America*, em 1977,

quando o Partido Nacional-Socialista da América quis fazer uma passeata com manifestantes vestindo uniformes nazistas e bandeiras com suásticas na cidade de Skokie, subúrbio de Chicago, onde mais da metade da população era composta de judeus, dentre eles cinco mil sobreviventes do holocausto.

O Município de Skokie criou diversas normas procurando impedir o acontecimento, declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte dos EUA, de modo que o Partido obteve autorização para realizar a manifestação, sob a justificativa de que a proibição era incompatível com a 1ª Emenda. De qualquer forma, os seus organizadores optaram por fazer a passeata em Chicago.

Esses dois casos demarcaram o entendimento contemporâneo da Suprema Corte em relação ao *hate speech*, defendendo de uma maneira geral, que o Estado deve se comportar com neutralidade diante das ideias presentes na sociedade, e que limitações de conteúdo do discurso público são, em regra, inconstitucionais.

Não obstante a sua excepcionalidade no tratamento dos discursos, a proteção à liberdade de expressão nos EUA não é tão absoluta quanto se pode imaginar pela leitura do artigo da Constituição. Segundo Daniel Sarmento (Sarmento 2014, 6), atualmente os Estados Unidos possuem um sistema de proteção à liberdade de expressão bastante complexo, no qual: (i) há campos não protegidos pela primeira emenda, como a obscenidade (caso *Miller v. Califórnia*, em 1973); (ii) áreas onde a proteção à liberdade de expressão é menos intensa, como nos casos de propaganda comercial e (iii) campos nos quais a proteção à liberdade de expressão é reforçada, como no discurso político *lato sensu*. Tudo isso será tratado com mais detalhamento a seguir.

Ainda, há formas de regulação da liberdade de expressão no direito norte-americano: (i) restrições de tempo, lugar e forma da manifestação; (ii) restrições de conteúdo e (iii) restrições de ponto de vista. Essas duas últimas são menos aceitas, e o conteúdo é gênero do qual o ponto de vista é espécie.

Para James Weinstein (Weinstein 2009, 81), o que define a doutrina contemporânea da liberdade de expressão nos Estados Unidos é a sua hostilidade em relação à regulação do discurso público baseada em seu conteúdo e, consequentemente em pontos de vista. Ele explica que as leis baseadas em conteúdos são aquelas em que o poder público procura regular o discurso em virtude da mensagem que ele transmite, já leis de conteúdo neutro regulamentam o discurso por alguma outra razão que não a sua mensagem, assim como o lugar, tempo e modo como foi proferido.

A regulação baseada no conteúdo pode ainda se dar em virtude do ponto de vista expressado - *viewpoint discrimination* - segundo Weinstein, o tipo mais escandaloso de limitação à liberdade de expressão, pois se baseia “na específica motivação ideológica, ou opinião ou perspectiva do orador [...]” (Estados Unidos Da América, 1995), o que deveria ser completamente respeitado.



Para o autor, uma característica distintiva da jurisprudência norte-americana no que tange à liberdade de expressão é que a regra contra a discriminação baseada em conteúdo se estende não apenas a leis atacando determinadas ideias ou assuntos, mas também a regulações que proíbam o uso de palavras altamente ofensivas ou símbolos.

Essa proteção é especialmente forte no que tange à expressão relacionada a assuntos de interesse público especialmente em ambientes essenciais para o debate público, como livros, revistas, a Internet, entre outros (Weinstein 2009, 83).

Entretanto, a regra geral contra limitações à liberdade de expressão baseadas em conteúdo não se aplica de maneira universal a todas as manifestações de expressão em qualquer contexto. Existem exceções à regra das limitações de conteúdo, como a obscenidade, palavras de combate (Estados Unidos Da América, 1942), pornografia infantil (Estados Unidos Da América, 1982), ameaças reais (Estados Unidos Da América, 1969b) e incitamento à violência que seja susceptível de causar tal conduta (Estados Unidos Da América, 1969a).

Um importante exemplo de limitação ao *hate speech* são os precedentes da Suprem Corte norte-americana que restringiram a liberdade de expressão com base no argumento do *clear and presente danger* em *Schneck v. United States*, em 1919. Os réus foram acusados de violar o Ato de Espionagem de 1917 (*Espionage Act*) por entregarem para militares folhetos contra o recrutamento de jovens para a guerra, em contra partida, a defesa alegou que a atividade estava protegida pela 1ª Emenda a Constituição.

O juiz Oliver Wendell Holmes descartou o argumento da defesa ao defender que se, de fato, a ação de obstrução do recrutamento de homens para a guerra era configurada crime de acordo com a constituição, a tentativa de obstrução também era passível de punição, caso o discurso ou texto escrito fosse, em um sentido de grau e proximidade, tendencioso a causar o ato punível, isto é, caso houvesse um *clear and presente danger* – claro e iminente perigo.

O significado do termo *clear and presente danger*, entretanto, permaneceu obscuro até o julgamento do caso *Debs v. United States* (Estados Unidos Da América, 1919), em 1919, quando o juiz Holmes esclareceu que a teoria dizia respeito à possibilidade de que o discurso tenha uma “tendência real natural e um efeito razoavelmente provável” de levar a consequências sociais graves.

Além dessa previsão, áreas fora do alcance do discurso público, como administração da justiça, postura dos professores nas salas de aula de uma escola pública ou efetivação de programas governamentais no local de trabalho do governo, são mais livremente reguladas pelo poder público, que chega a demitir empregados por demonstrarem deslealdade em relação aos seus superiores (Estados Unidos Da América, 1983). No caso de propagandas comerciais o Estado apresenta um poder regulatório ainda mais amplo em relação ao conteúdo das publicações (Estados Unidos Da América, 1980).

Assim é que alguns autores defendem que, na verdade, a margem de liberdade absoluta de expressão nos Estados Unidos não é tão ampla quanto muitos pensam, mas que o que acontece de fato é que dentro do escopo da regra contra a limitação da liberdade de expressão com base no conteúdo a rigorosidade para permitir uma norma restritiva é mais expressiva do que em qualquer outro lugar do mundo, submetendo a regulamentação a um escrutínio rigoroso, que na maioria das vezes leva a norma a ser declarada inconstitucional.

Essa atitude de excepcionalidade no tratamento conferido à liberdade de expressão e maior respeito ao discurso de ódio pode ser explicada de diversas maneiras, e muitos doutrinadores se dedicaram a discutir a matéria, alguns deles serão tratados abaixo.

#### 4. JUSTIFICATIVAS DOUTRINÁRIAS: RONALD DWORKIN, ROBERT C. POST E EDWIN BAKER

Na literatura norte-americana existem alguns esforços de justificativa para a proteção extremada da liberdade de expressão, especialmente ligando essa proteção ao autogoverno democrático, como nos casos de Ronald Dworkin e Robert C. Post, e, ainda, fazendo a relação da necessária proteção do discurso com a ideia de autonomia, como o faz Edwin Baker.

Esses autores, por serem contemporâneos e representarem com envergadura uma noção geral da relação feita entre democracia e liberdade de expressão nos Estados Unidos, foram escolhidos para compor o presente artigo em uma tentativa de apresentar alguns dos argumentos mais sólidos nesse campo.

Ademais, todos apresentaram recentes contribuições para o debate, participando da construção do livro *Uma Visão Geral da Doutrina da Liberdade de Expressão nos Estados Unidos e sua Aplicação ao Discurso Extremo* (*An Overview of American Free Speech Doctrine and its Application to Extreme Speech*), organizado por Hare Ivan e James Weinstein e publicado em 2009.

A maioria das contribuições de cada autor foi analisada a partir da obra acima, pela sua atualidade e completude, e ainda, por conter as ideias mais recentes por eles elaboradas, possibilitando-os revisar algumas das conclusões produzidas em textos anteriores.

É importante ressaltar que a literatura norte-americana em relação ao discurso de ódio, apesar do que as decisões da Suprema Corte desde a segunda metade do século passado nos fazem crer, não é homogênea, havendo aqueles que defendam maiores restrições à liberdade de expressão, como é o caso, por exemplo de Jeremy Waldron (Waldron 2012), em *The Harm in Hate Speech*, ou Owen Fiss (Fiss 2005), em *The Irony of Free Speech*, apenas para citar alguns dos mais importantes. Tais autores, entretanto, não serão tratados no presente artigo.

#### 4.1. Ronald Dworkin

Dworkin defende a tutela à liberdade de expressão, incluindo-se a proteção a discursos de ódio, através do argumento da legitimidade. Para Jeremy Waldron (Waldron 2012, 173), Dworkin argumenta que “*a legitimidade de certas provisões legais específicas* podem ser colocadas em risco pela decretação e execução de leis sobre discurso de ódio.”.

Ou seja, segundo Dworkin (Dworkin 2009, vii), a liberdade de expressar um discurso de ódio é o preço que se paga pela legitimidade de poder decretar uma lei, por exemplo, que proíba a discriminação, pois democraticamente, tal lei só seria legítima se fosse permitido um amplo debate sobre suas razões, incluindo-se, nesse debate, o *hate speech*.

Para chegar a tais conclusões, o autor parte de premissas que compartilha com aqueles que defendem as restrições ao discurso de ódio. Inicialmente, concorda com a necessidade de proteger as pessoas contra a violência e discriminação, principalmente as mais vulneráveis, afirmando que devem ser adotadas leis nesse sentido. Ainda, ele reconhece que adotando estas leis, há que se fazê-lo passando por cima de pessoas que concordam e praticam a discriminação racial.

Até então, Dworkin (Dworkin 2009, vii) apresenta apenas ideias comuns com aqueles que pretendem banir o discurso de ódio. Mas, enquanto estes defendem que em face da existência de pessoas contrárias a essa lei o processo democrático que respeita a vontade da maioria (que, no caso, seria a favor da lei contra o discurso de ódio) é suficiente, para o autor uma democracia justa requer:

[...] que cada cidadão tenha não somente um voto mas uma voz: uma decisão majoritária não é justa ao menos que cada um tenha a justa oportunidade de expressar as atitudes dele ou dela ou opiniões ou medos ou gostos ou pressuposições ou preconceitos ou ideais, não apenas na esperança de influenciar outros (apesar que esperança é crucialmente importante), mas também apenas para confirmar a posição dele ou dela como um agente responsável, e não uma vítima passiva, da ação coletiva. (Dworkin 2009, vii).

Em resumo, a liberdade de expressão é o preço que pagamos pela legitimidade democrática, pois a maioria não pode impor sua vontade contra alguém proibido de expor suas ideias. Assim, pra legitimar uma lei contra o discurso de ódio, devem-se deixar aqueles que são contra ela falarem para só então legitimá-la através do voto e não importa a forma participação deles, desde que sejam ouvidos.

Diante da afirmação de que vale apenas editar leis contra o discurso de ódio de qualquer modo, porque ele é muito perigoso, Dworkin (Dworkin 2009, viii) contesta que mesmo que ela esteja correta, ou seja, que limitar a

expressão seja uma saída adequada, não há nada que se possa fazer, porque uma intervenção no processo de formação de consciência coletiva macula a justificativa democrática para a criação da lei de restrição do discurso.

Para Waldron (Waldron 2012, 177), a extrema valorização da legitimidade democrática é para Dworkin uma questão de justiça. Só pode se esperar que alguém obedeça às leis – inclusive um racista a obedecer a uma lei contra discriminação – caso elas tenham sido criadas através de um processo político justo, em que todos tiveram a oportunidade de demonstrar suas opiniões.

Ainda, segundo Waldron (Waldron 2012, 178), a compreensão da teoria de Dworkin funciona apenas quando se percebe que ele trabalha com dois tipos de lei: (i) aquelas contra o *hate speech*, que repreendem expressões de hostilidade racial, ódio religioso entre outras, as *upstream laws* e (ii) leis que protegem as pessoas supostamente também protegidas pelas leis do *hate speech*, ou seja, leis contra violência, discriminação, garantindo oportunidades iguais, entre outras, as *downstream laws*.

Aqueles que defendem a criação de leis contra o *hate speech* (*upstream laws*) o fazem dizendo que essas leis são necessárias para enfrentar as causas das violações das leis contra violência e discriminação (*downstream laws*), mas, segundo a teoria de Dworkin, ao interferir coercitivamente no *hate speech* se retira a legitimidade política inclusive para fazer as *downstream laws*, fazendo com que seus destinatários não as respeitem, exatamente o resultado oposto do esperado.

Waldron (Waldron 2012, 179) resume essa posição: “se você quer ser duro com o crime, legitimamente duro com ofensas como violência racial e discriminação, você tem que ser tolerante com as causas do crime [...]”.

## 4.2. Robert Post

Para Robert Post (Post 2009, 123-124), o ódio é uma necessidade social, na realidade, ele é inclusive desejável, desde que seja um ódio direcionado corretamente, por exemplo, como na intolerância a injustiças.

Todas as tentativas legais de suprimir o discurso de ódio, segundo o autor, enfrentam a dificuldade conceitual de distinguir ódio de um simples não gostar ou não concordar. A discordância é parte essencial da política e da atividade comunicativa, mas o autor se pergunta em que hipótese essa discordância deve ser punida.

O autor questiona se é ódio ou se constitui mera crítica um discurso contra o Estado Islâmico, pela sua homofobia e discriminação de gênero, ou, até mesmo um discurso contra a Igreja Católica, criticando a pedofilia praticada pelos seus padres. Para ele, o que define o discurso de ódio geralmente diz respeito a expressões de antipatia e algum outro elemento adicional que identifique o extremismo no discurso, afirmando que

[...] embora regulações do discurso de ódio existirem em inúmeras variações, esse elemento adicional vem em cerca de dois tipos distintos: algumas vezes enfatiza a maneira do discurso e em algumas outras enfatiza a probabilidade de ele causar danos eventuais, como violência ou discriminação. (Post 2009, 127).

Muitas leis do discurso de ódio regulamentam-no não proibindo determinados assuntos de serem abordados – como raça, nacionalidade e religião – mas procuram impedir que o sejam de forma grosseira ou desdenhosa. A questão se mantém então em saber como a lei vai conseguir distinguir um discurso respeitoso daquele ultrajante e que induza ao ódio. O autor sugere que essa distinção, se não determinada pelo conteúdo do discurso, o é em referência apenas às normas sociais (Post 2009, 128).

Post entende que é através das normas<sup>5</sup> que uma pessoa socializada pode afirmar se um discurso está sendo extremista ou não, de modo que o que define se uma norma vai ser suscetível a sanção legal é o fato de ela violar ou não padrões de civilidade.

Post (Post 2009, 129), assim, reconhece cinco aspectos dessas normas: (i) elas não são apenas subjetivas, mas intersubjetivas, pois a partir delas se espera que outros ajam conforme elas; (ii) tais normas não são incorporadas apenas no processo de primeira socialização, com a família, mas ao longo de outras formas de interação social elas são reforçadas; (iii) a totalidade das normas de uma cultura define sua identidade como um todo; (iv) as normas são compartilhadas e evoluem com o tempo; (v) justamente porque evoluem, as normas são intrinsecamente contestáveis. Como consequência da mutabilidade das normas, as culturas tendem a criar instituições para fixar interpretações, com base em seu poder de autoridade, uma dessas instituições é o direito.

Uma vez que entendemos, no entanto, que normas impostas por lei não são fixas e singulares [...] mas em vez disso estão em constante evolução, podemos ver também que a lei deve continuamente escolher que tipo de comunidade que irá sustentar. Deve sempre decidir se irá reforçar as normas existentes ou permitir o nascimento de novas normas. (Post 2009, 130).

Nesse sentido, Post destaca que numa sociedade a lei não é isenta ou inocente, ao estabilizar normas, ela lida com o conflito entre elas e toma decisões que afetam o caminho que a sociedade irá tomar, impondo muitas vezes os costumes dos grupos dominantes que controlam o conteúdo dessa lei.

Para o autor, entretanto, a lei de proibição ao *hate speech*, por mais que queira proibir uma prática socialmente rejeitada, alcança apenas uma pequena

<sup>5</sup> “[...] usarei o termo ‘normas’ para me referir a atitudes de grupo que todos carregamos em nós a todo tempo e que formam a base e possibilidade de nossa existência [...]” (POST, 2009. p. 128)

margem dos discursos que contém um potencial de provocar efeitos nocivos, como discriminação e violência. Como exemplo, muitos discursos podem provocar a discriminação racial, incluindo-se aquele de um cientista que realizou uma pesquisa trazendo evidências de uma possível correlação entre raça e crime – um artigo com tal conteúdo poderia ser a causa de inúmeras formas de discriminação racial, mas muito dificilmente seria banido por alguma lei contra o *hate speech*. Para o autor:

Isto sugere fortemente que as leis que proíbem o discurso de ódio que se propõem a regular apenas o discurso que irá causar efeitos contingentes como a discriminação não pune, de fato, todo o discurso que tem a tendência de causar estes efeitos. Elas, na verdade, suprimem apenas o subconjunto de tal discurso que *também* viola as normas sociais de respeito. Parece, portanto, que tais leis não são movidas tanto pela necessidade de eliminar os danos objetivos de discriminação como pela necessidade mais urgente de suprimir discurso que viola as normas sociais de respeito. (Post 2009, 135).

Pode-se chegar à mesma conclusão a respeito de leis contra o discurso de ódio que justificam sua regulamentação com base no potencial do discurso de causar violência. Na verdade, o autor defende que a ideia de que essas leis procuram apenas suprimir violações a normas sociais pode ser generalizada, pois se houvesse o desejo de proibir discursos que pudessem causar verdadeira violência por razões raciais, étnicas ou nacionais, haveria muito mais leis de proibição, que atingiriam novelas, filmes e outras formas de entretenimento.

Para Post, como esclarece em sua contribuição para o livro *Uma Visão Geral da Doutrina da Liberdade de Expressão nos Estados Unidos e sua Aplicação ao Discurso Extremo* (Hare Ivan e James Weinstein), sob a desculpa de coibir o discurso de ódio, usa-se a lei para aplicar as normais sociais relativas à raça, nacionalidade, entre outros assuntos sensíveis, o que restringe a participação de pessoas no discurso público e compromete a formação da opinião pública, que é a fonte última da legitimidade de um governo em um Estado democrático, levando à perda da autoridade democrática, fazendo com que as leis contra o *hate speech* tenham um efeito contrário ao que desejam.

Assim, o autor conclui que a excepcionalidade norte-americana no tratamento da liberdade de expressão se deve a aspectos sociológicos, levantando suas hipóteses: (i) valores enraizados na cultura norte-americana como individualismo e desconfiança perante o governo se combinam para pressionar o discurso público a legitimar o governo e (ii) nos Estados Unidos normas de individualismo tendem a suprimir normas de civilidade, especialmente na área da liberdade de expressão (Post 2009, 138).

Para Post, então, a definição de democracia não é correspondente ao critério da maioria, na verdade, a democracia exigiria um diálogo entre maioria e

minoría através de livre argumentação a favor e contra determinada regulamentação (Khan 2013, 572). Dessa forma, a primeira emenda agiria como forma de proteção do discurso público contra as ideias da maioria, as normas sociais.

### 4.3. Edwin Baker

Para Edwin Baker (Baker 1997, 981), “a nocividade por si só do discurso de uma pessoa nunca justifica uma limitação legal à liberdade de expressão dessa pessoa”. O autor justifica sua defesa da quase absoluta liberdade de expressão no respeito à autonomia dos indivíduos, o que o próprio afirma ser uma teoria controversa na relação dos Estados Unidos com a liberdade de expressão (Baker 2009, 139).

Parte de duas premissas para criar sua tese: (i) que a legitimidade do governo depende do respeito à autonomia e igualdade dos indivíduos e (ii) em uma visão puramente formal da primeira premissa, o Estado só respeita a autonomia individual se permite que as pessoas, em seus discursos, expressem seus próprios valores, não importando se eles são ou não ofensivos (Baker 2009, 142).

O seu conceito de autonomia é permeado pela noção de que a cada pessoa deve ser permitido ser ela própria e apresentar-se, assim, quando ela oferece sua visão de mundo a outra, ela está apenas se apresentando, exercendo sua autonomia e, portanto, qualquer reação negativa que advir dessa relação, desde que também respeitada a autonomia do espectador, é responsabilidade deste. Como resultado está “o direito do orador a apresentar seu ponto de vista mesmo que a sua assimilação pelo ouvinte leve a ou constitua um prejuízo grave.” (Baker 1997, 992).

Assim, o autor defende que a concepção de autonomia que o Estado deve respeitar é formal e não substantiva. Deve atribuir autonomia a toda as pessoas, genericamente, confiando que ela é capaz de fazer suas próprias escolhas, dentre elas a escolha de obedecer à lei. Nessa concepção, não se pode dizer que uma pessoa é autônoma se a ela for negado o direito de expressar-se de acordo com seus pontos de vista. Ademais, essa visão de autonomia não provoca nenhum dano ou adentra nos limites à autonomia do outro, veja-se:

Além disso, atender à exigência de respeitar sua escolha autônoma, concedendo esse direito expressivo, não cria nenhum conflito real ou mesmo potencial a respeito da autonomia formal do outro, isto é, não há conflito com o reconhecimento da escolha de seu equivalente ou seus direitos expressivos em relação ao seu corpo ou discurso. O respeito da lei à autonomia formal de uma pessoa nunca nega respeito à autonomia formal (ou, nessa matéria, a igualdade formal) de outro. (Baker 2009, 142).

O mesmo não acontece em relação à autonomia substantiva<sup>6</sup>, pois, segundo Baker, quando o Estado age para promovê-la, alocando recursos para tal, há, simultaneamente, uma redução na autonomia substantiva de outra pessoa.

Em resumo, o autor acredita que a legitimidade democrática não permite que – em nome de avanços na igualdade e autonomia substantivas – possam ser usados meios que desrespeitem a autonomia formal das pessoas e, dentro dessa autonomia, o discurso delas, mesmo que se trate de um discurso racista, por exemplo. Isso porque:

Normalmente o discurso de ódio racista incorpora a visão de mundo, pelo menos momentânea, do orador e nessa medida, expressa seus valores. Claro, seu discurso não respeita a igualdade ou a dignidade do outro. Não é, no entanto, ela, mas a legitimidade do Estado que está em jogo na avaliação do conteúdo da ordem jurídica. (Baker 2009, 150).

Edwin Baker não nega que o *hate speech* seja a causa de muitos danos e tenha o potencial para estimular danos futuros, mas diante do argumento usual de que em face de acontecimentos como genocídios e conflitos raciais armados, qualquer tentativa de prevenção de tais acontecimentos (ou da repetição deles) é válida, inclusive a supressão da liberdade de expressão das pessoas, ou ao *hate speech*, o autor desconfia e rebate a afirmação, questionando se a escolha seria tão boa e segura assim.

O autor aponta os males que restrições ao discurso podem causar, dada sua suspeita de que as proibições a certos discursos não sejam tão efetivas em reduzir as chances de eventos nefastos, na verdade, em sentido contrário, elas poderiam aumentar esse tipo de problemas. O autor chega a tal conclusão a partir da consideração de seis pontos interligados.

Primeiro, segundo o autor (Post 2009, 150), as “proibições de discurso de ódio podem desviar a energia de e atenuar o sentimento de necessidade da atividade mais vital de responder expressivamente e criticar opiniões racistas.”. Aqui o autor observa a preocupação apontada já por Stuart Mill (Mill 2006), em sua obra *On Liberty*, de que há a necessidade de proteção da liberdade de expressão como meio de atingimento da verdade, e isso não pelo bem daquele que se expressa, mas de toda a coletividade, que entra em contato com ideias mais nefastas ou impopulares e pode, assim, realizar um necessário confronto de ideias.

Edwin Baker vai mais além, dizendo que o perigo, nesse caso, é que com a proibição de determinados discursos, certos argumentos irão sumir da esfera pública, e as pessoas vão estar privadas da experiência de responder e

<sup>6</sup> Para o autor, “autonomia substantiva envolve a real capacidade e oportunidades de uma pessoa de levar a melhor, mais significativa, autogerida, vida possível.” (Baker 2009, 143).



críticas posições nefastas, correndo-se o risco de que estas se tornem um “dogma estéril, ineficaz de uma vez por todas porque as pessoas terão perdido a capacidade de justificar e explicar a verdade [sobre eles] quando desafiadas” (Baker 2009, 151). Assim, o autor sugere que uma repressão mais efetiva aos discursos de ódio vem de práticas sociais, como o debate aberto, do que de proibições legais.

Uma segunda observação do autor se refere à possibilidade de, ao restringir discursos racistas, por exemplo, tais proibições mascarem a real extensão do problema e inclusive aqueles que criam o problema (que agora não mais se expressam), reduzindo erroneamente a necessidade e a efetividade de oposição ao racismo. Trata-se, nesse ponto, de “conhecer o inimigo”, sua existência, pontos de vista e identidade, para que as potenciais vítimas de um discurso racista possam saber se defender politicamente e legalmente (Baker 2009, 152).

O terceiro ponto levanta a hipótese de que proibições ao discurso de ódio podem aumentar ou criar um senso de opressão em indivíduos ou grupos que antes o proferiam, provocando raiva e a ânsia por agir contra essa ordem legal. Em quarto lugar, para o autor, a proibição de qualquer expressão “no contexto de discursos onde respostas verbais são possíveis, é provável que reduza a auto-compreensão democrática cultural que conflitos existem para serem tratados por luta política e não violenta” (Baker 2009, 152).

Como quinta preocupação, Baker adverte que um programa político para aplicação de proibições ao discurso de ódio pode acabar por desviar a energia política necessária de respostas mais significativas para as raízes do mal do racismo. E, por fim, “a proibição de mesmo uma restritamente formulada categoria do discurso do ódio encarna um princípio que vai ser difícil de circunscrever” (Baker 2009, 154), por dois motivos: (i) as leis comumente são usadas de modo abusivo por aqueles que estão no poder e (ii) qualquer princípio que permita restrições ao discurso de ódio vai ser difícil de conter, de modo que proibições justificadas pelo possível dano que a expressão pode causar não justifiquem outras proibições com base nos mesmos argumentos, trazendo sérios riscos para a liberdade de expressão.

Em face de tais sugestões de cunho empírico é que Edwin Baker (Baker 2009, 140) conclui que a “regulação do discurso de ódio é mais propensa a contribuir para eventos genocidas e grandes eventos de violência racial do que reduzi-los”.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da tutela da liberdade de expressão nos Estados Unidos provoca bastante estranheza àquele que convive em meio a um direito de tradição europeia e, especialmente, no caso brasileiro, em que o direito constitucional

permeia todas as relações humanas, dando especial ênfase à dignidade da pessoa humana, por lhe ser um princípio tão caro.

É inimaginável para o jurista brasileiro conceber uma proteção tão ampla ao discurso, abarcando, inclusive, a tutela de manifestações odiosas e que, pelo menos em uma visão inicial, provoquem ou ajudem a manter desigualdades sociais ou discriminatórias no país.

Diante das lições de Ronald Dworkin, Robert Post e Edwin Baker é possível repensar a concepção do papel da liberdade de expressão em um Estado Democrático de Direito como o nosso. As provocações dos autores, apesar de adstritas à análise do direito norte-americano, propõem questionar se a vedação a determinados discursos é realmente capaz de transformar uma realidade, ou apenas incitar mais ódio.

A questão que permanece inalterada e parece inconclusiva diante da análise das obras dos três autores é o papel da dignidade da pessoa humana na tutela da liberdade de expressão. O princípio parece ter pouca ou nenhuma função naquele ordenamento jurídico e, sejam quais forem as razões para tal tratamento, a perspectiva de priorizar o discurso em detrimento da dignidade, ainda parece incabível na realidade social e econômica brasileira.

Não que os autores e a jurisprudência norte-americana sejam insensíveis aos efeitos nefastos da expressão do ódio. Contudo, dentre as muitas reflexões que propõem, chegam a argumentar, inclusive, que o discurso de ódio é positivo, pois confere legitimidade ao processo democrático, contribui para o mercado de ideias e, empiricamente, afasta possibilidades ainda mais nefastas de ódio.

Da análise de todas essas contribuições, conclui-se que os referidos autores norte-americanos confiam muito mais nos cidadãos e na sua participação no discurso público para definir os rumos da democracia estadunidense. Resta refletir, entretanto, sobre as condições de participação desses cidadãos, que muitas vezes não são igualmente ofertadas entre elites e minorias, estas, justamente, as principais vítimas do discurso de ódio.

## REFERÊNCIAS

Baker, C. Edwin. 2009. Freedom of Speech in a Globalized World. In *Autonomy and Hate Speech*, organized by Ivan Hare and James Weinstein. Oxford: Oxford University Press.

\_\_\_\_\_, C. Edwin. 1997. "Harm, Liberty and Free Speech". *Heinonline*, no. 979, 979-1020.

BRASIL. 2004. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424. Diário da Justiça.

Convenção Europeia de Direitos Humanos. 1950. Accessed June 22, 2017. <http://www.oas.org/es/cidh/expression/showarticle.asp?artID=536&IID=4>

Convenção Interamericana de Direitos Humanos. 1969. Accessed June 22, 2017. [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)

Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. 1968. Accessed June 22, 2017. <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriminacao.htm>

Dworkin, Ronald. 2009. Foreword. . In *Autonomy and Hate Speech*, organized by Ivan Hare and James Weinstein. Oxford: Oxford University Press.

\_\_\_\_\_. 2005. *Freedom's Law: the moral Reading of the american constitution*. New York: Oxford University Press.

Estados Unidos Da América. 1787. Constituição dos Estados Unidos da América. Accessed June 22, 2017. [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#a7](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a7)

Estados Unidos Da América. 1942. Suprema Corte. Apelação nº 315 US 568. Walter Chaplinsky. New Hampshire. Accessed June 22, 2017. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/315/568/case.html>.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. 1969ª. Apelação nº 395 U.S. 444. Brandenburg. Ohio. Accessed June 22, 2017. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/case.html>

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. Apelação nº 447 US 557 (1980). Central Hudson Gas & Electric Corporation. Public Service Commission of New York. Acesso em: < <https://www.oyez.org/cases/1979/79-565>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. Remissão dos Autos (writ Of Certiorari) nº 249 US 211 (1919). Eugene V. Debs. United States. Disponível em: < <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/249us211>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. Remissão dos Autos (writ Of Certiorari) nº 394 US 705 (1969b). Robert Watts. United States. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/705/case.html>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. Remissão dos Autos (writ Of Certiorari) nº 432 U.S. 43(1977). National Socialist Party of America. Village of Skokie. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/432/43/case.html>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. Remissão dos Autos (writ Of Certiorari) nº 458 US 747 (1982). New York. Ferber. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/458/747/case.html>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. Remissão dos Autos (writ Of Certiorari) nº 461 US 138 (1983). Harry Connick. Sheila Meyers. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/461/138/case.html>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. Remissão dos Autos (writ Of Certiorari) nº 515 U.S. 819 (1995). Rosenberger. Rector and Visitors of the University of Virginia. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/515/819/case.html>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

Fiss, Owen M. 2005. A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar.

Grimm, Dieter. 2009. Freedom of Speech in a Globalized World. . In *Autonomy and Hate Speech*, organized by Ivan Hare and James Weinstein. Oxford: Oxford University Press.

Khan, Robert A.. 2013. Why Do Europeans Ban Hate Speech? A Debate Between Karl Loewenstein and Robert Post. Hofstra Law Review, no. 41(3):545-585.

UOL Notícias. 2015. "ONU pede que líderes mundiais evitem discursos de ódio contra Estado Islâmico". Accessed June 22, 2017. <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2015/02/06/onu-pede-que-lideres-mundiais-evitem-discursos-de-odio-contra-estado-islamico.htm>

Post, Robert. 2009. Foreword. In *Autonomy and Hate Speech*, organized by Ivan Hare and James Weinstein. Oxford: Oxford University Press.

Sarmiento, Daniel. 2014. "A Liberdade de Expressão e o Problema do 'Hate Speech'". Accessed June 22, 2017. <http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmiento.pdf>

\_\_\_\_\_, Daniel. 2015. Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Constitucional Brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia. Tese (apresentada no concurso público para Professor Titular de Direito Constitucional) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

Waldron, Jeremy. 2012. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press.

Weinstein, James. 2009. Freedom of Speech in a Globalized World. . In *Autonomy and Hate Speech*, organized by Ivan Hare and James Weinstein. Oxford: Oxford University Press.

## CAPÍTULO 16

# LAICIDADE E PLURALIDADE DEMOCRÁTICA: ACOMODANDO A DIVERSIDADE RELIGIOSA

*Wagner Vinicius de Oliveira*

**RESUMO:** O trabalho dessa pesquisa busca destacar as tensões existentes entre a laicidade e a diversidade religiosa, a partir da experiência do controle de constitucionalidade estadual, vertente ainda hoje pouco estudada. Nesse sentido, o objeto geral é investigar as possibilidades de colaboração das instituições religiosas dentro do Estado democrático de direito. Para tanto, utiliza-se uma estratégia que inclui o levantamento e a análise bibliográfica, para a compreensão dos sentidos e alcances da laicidade; em seguida, a investigação prossegue numa Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual com o objetivo de demonstrar empiricamente os contornos das colaborações no interesse público. Com base nos resultados obtidos, percebe-se a essencialidade da jurisdição constitucional, nacional e estadual, para a preservação dos valores e garantias democráticos. Em arremate, conclui-se pela possibilidade das participações das instituições religiosas, nas atividades estatais, desde que estejam efetivamente alinhadas com o interesse público à luz do paradigma democrático de direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle de constitucionalidade estadual. Estado democrático de direito. Laicidade. Participações políticas.

### *SECULARISM AND DEMOCRATIC PLURALISM: ACCOMMODATING THE RELIGIOUS DIVERSITY*

**ABSTRACT:** *The research work seeks to highlight the tensions between secularity and religious diversity, from the experience of the judicial review (in Member States), subject little studied. In this sense, the general object is to investigate the possibilities of collaboration of the religious institutions within of the democratic State of law. To do so, we use the work strategy that includes the bibliographical survey and the analysis, for the understanding of the senses and the reaches of secularism; then the investigation proceeds in a Direct Action of Unconstitutionality (in Member States), with the aim of demonstrating empirically the contours of collaboration in the public interest. Based on the results obtained, we perceive the essentiality of constitutional jurisdiction, national and state, to preserve democratic the values and guarantees. Finally, we concluded by the possibility of participation of religious institutions, in the political activities, if they are effectively aligned with the public interest in the light of the democratic of law paradigm.*

**KEYWORDS:** *Judicial review. Democratic State of law. Secularism. Political participations.*

## 1. INTRODUÇÃO

Esse ensaio parte da conflituosa relação entre as liberdades democráticas de participação política na condução dos assuntos públicos, por parte das instituições religiosas, e o dever de laicidade do Estado brasileiro. Cujo objeto de pesquisa é a possibilidade de inserção do elemento religioso na esfera pública

e, possui por fio condutor a compreensão de que “A laicização é uma convergência absoluta e necessária. [...] elemento essencial à convivência federativa.” (Borges e Romeu 2012 n.p), contudo, essa condição de possibilidade para o Estado democrático de direito não deve representar a exclusão antecipada de certos atores dos espaços públicos.

Cumprido de partida, destacar o objetivo geral de investigação sobre as possibilidades de colaboração das instituições religiosas para a construção do Estado democrático de direito. Diante disso, para proporcionar uma análise crítica, isto é, colocar em crise, inaugura-se o debate a partir da situação-problema demarcada pela (in)adequação da proibição das relações entre as religiões e o Estado. Por outras palavras, “[...] se e até que ponto pode-se pensar em aproximações entre Estado e Igreja sob o âmbito jurídico” (Barboza e Morêz 2015, 93).

Em vista disso, no campo dos objetivos específicos consistem em (i) analisar as possibilidades para a pluralidade religiosa nas participações políticas; (ii) compreender a laicidade e a exclusão política, pois, uma perspectiva inclusiva exige a distinção entre os conceitos de laicidade e laicismo; por fim, (iii) desenhar uma via intermediária para o dissenso democrático como forma de acomodar a diversidade religiosa existente.

Divide-se as justificativas para realização do presente estudo em duas partes, quais sejam: social e acadêmica. Assim, as possibilidades de legitimidade para as sobreditas articulações apresentam-se, do ponto de vista social, como potencialidade de controle democrático das atividades estatais, além da inserção da sociedade civil na esfera política institucional; do ponto de vista acadêmico, revela-se como um esforço introdutório com desdobramentos a serem realizados em pesquisas futuras.

Para tanto, utiliza-se como metodologia de trabalho uma estratégia que inclui, num primeiro momento, o levantamento e a análise bibliográfica, para compreensão dos sentidos e alcances da laicidade; em seguida, a investigação prossegue a partir da Ação Direita de Inconstitucionalidade Estadual selecionada,<sup>1</sup> como ambiente de testagem da hipótese apresentada.

Em verdade, tem-se uma mostra qualitativa, segundo demonstra Creswell (2010, 26), vertente que representa “um meio para explorar e para entender o significado que os indivíduos ou os grupos atribuem a um problema social ou humano.” Por consequência, cumprirá o objetivo de demonstrar empiricamente os contornos das interrelações válidas entre as religiões e o Estado, donde se extrai o substrato fático para a pesquisa e, também como forma de visibilizar a jurisdição constitucional estadual, uma vertente ainda hoje pouco estudada.

<sup>1</sup> Minas Gerais. Tribunal de Justiça. Autos do processo n. ADIe 1.0000.07.457387-4/000. Relator: Herculano Rodrigues. Nova Era, 05 set. 2009.

Afora a parte introdutória e as considerações finais esse artigo está metodologicamente estruturado em três seções. Num primeiro momento (*i*) versará sobre o conceito de participação política no Estado democrático de direito. Ato contínuo, (*ii*) buscará revelar os alcances da “[...] colaboração de interesse público” (art. 19, I, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88; art. 165, § 3º, Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989 - CEMG/89). Nesse diapasão, detalha-se, no terceiro e último momento, (*iii*) a necessidade de compreender a laicidade compatível com o paradigma democrático de direito.

De tal forma, a resposta (provisória) a ser trabalhada é que laicidade não possui como sinônimo a exclusão antecipada do debate público, assim, em regra, não se justifica suprimir o elemento religiosos quando for compatível com a colaboração do interesse público primário.<sup>2</sup> Cogita-se, portanto, articular um contraponto ao considerar a laicidade e as participações das instituições religiosas; contudo, percebe-se um aparente paradoxo, que não se sustenta diante do envio às raízes de seus fundamentos filosóficos, políticos e jurídicos.

## 2. SOBRE AS PARTICIPAÇÕES POLÍTICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Antes de adentrar no tema das participações política propriamente dito é adequado retornar um pouco para demonstrar algumas das ideias que antecederam e, de certa forma, permitem que o tema continue em movimento. De tal sorte, Rosseau (1963, 109) concomitante à ideia de soberania popular, dividiu a religião em três partes: a religião do homem (*droit divin naturel*), do cidadão (*droit divin civil ou positif*) e mista (*religion du prêtre*). Ao final, entende como adequada a “religião civil” porque permite reunir o culto divino e o amor as leis.

Para o autor “[...] essa religião [do homem], não tem nenhum relacionamento particular com o corpo político [...]” (Rousseau 1963, 110 tradução nossa).<sup>3</sup> Portanto, “[...] a lei cristã é, no fundo, mais prejudicial do que útil para a forte constituição do Estado.” (Rousseau 1963, 109 tradução nossa).<sup>4</sup> No entanto, em que pese sua postura aparentemente secular não é possível dis-

<sup>2</sup> Embora ao longo do Texto Constitucional de 1988 sejam utilizadas, de forma indistinta, as expressões interesse coletivo, comum, nacional, público e social entende-se que tais formas de interesses dimanam diretamente dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, positivados no art. 3º, CRFB/88.

<sup>3</sup> No original: “*Mais cette religion, n’ayant nulle relation particulière avec le corps politique [...]*”. (Rousseau 1963, 110).

<sup>4</sup> No original: “[...] *la loi chrétienne est au fond plus nuisible qu’utile à la forte constitution de l’État.*” (Rousseau 1963, 109).

sociar os indivíduos das (des)crenças que carregam consigo, pois, em sequência Rousseau (1963, 110 tradução nossa),<sup>5</sup> ao que tudo indica, sustenta um posicionamento contrário, pois, “Dizem-se que um povo de verdadeiros cristãos se formaria a sociedade mais perfeita imaginável.”

Vale acrescentar que as atuais relações sociais hipercomplexas exigem formas cada vez mais sofisticadas para acomodar os diversos interesses e dissensos mediante as participações políticas da sociedade civil. Essas tensões tendem a aumentar quando se adiciona junto as participações sociais as múltiplas religiosidades. Logo, as formas de relação entre o Estado e as religiosidades é tema que exige dos arranjos institucionais respostas minimamente satisfatórias, para fazer jus aos imperativos democráticos.

Essa dimensão adquire importância na exata medida em que ao se acolher as participações dessas instituições o Estado perderia seu caráter laico, fato que implica comprometer as próprias premissas democráticas. O ponto de partida para a interpretação e aplicação do direito à participação política é localizá-lo dentro dos direitos humanos. Pontuado nesse particular pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966, especialmente no que respeita a garantia de usufruírem dos direitos positivados no aludido Pacto, sem qualquer discriminação, inclusive religiosa (Brasil 1992 art. 2º item 1).

Ressalta-se, ainda, que as religiões ou crenças se sujeitarão as limitações legalmente impostas (Brasil 1992 art. 18 item 3), mas não ao ponto de suprimirem o direito e a possibilidade de tomarem parte, direta ou por representantes, na condução dos assuntos políticos (Brasil 1992 art. 25 “a”). Para organizar as ideias, deve-se compreender que o compromisso com os direitos humanos é a cultura do Estado de direito, fato que *per se* implica rearticular os múltiplos interesses fundamentais existentes.

Na ordem jurídica interna, ao mesmo tempo que a Constituição da República de 1988, concebe em seu art. 5º, VIII, que “Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;” (Brasil 1988), impõe, por outro lado, o dever de laicidade ao Estado brasileiro, conforme se verá adiante.

Sabe-se que “A democracia contemporânea, portanto, exige votos, direitos e razões.” (Barroso 2015, 26). Não raro essas questões são examinadas pelo Judiciário que devem ser observadas sob três aspectos, nesse sentido Barroso (2015, 24), demonstra que “A essas duas dimensões - formal e substantiva - soma-se, ainda, dimensão deliberativa, feita do debate público, argumentos e persuasão a democracia contemporânea, portanto, exige votos, direitos e razões.”

<sup>5</sup> No original: “On nous dit qu’un peuple de vrais chrétiens formerait la plus parfaite société que l’on puisse imaginer.” (Rousseau 1963, 110).

Segundo Barroso (2015, 37), a versão contemporânea democrática reclama para além da dimensão procedimental igual dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça. É isso que transforma verdadeiramente em projeto coletivo de autogoverno em que ninguém deve deliberadamente ser deixado para trás ou colocado de lado. Portanto, um dos resultados desse projeto de legitimação é a superação do “déficit democrático da representação política.” (Barroso 2015, 38).

Cabe acrescentar sobre o desafio e a necessidade de conciliar, em um só tempo, democracia e representação, participações e laicidade, no sentido de superar “[...] uma visão tradicional e puramente majoritária da democracia, ela se resumiria a uma *legitimação eleitoral* do poder.” (Barroso 2015, 40 grifo do autor). Ao contrário, exige-se muito mais do atual Estado democrático de direito. Portanto, as atenções devem estar voltadas para a atividade dos(as) intérpretes, cuja responsabilidade reside na compreensão e clareza do debate acerca do elemento religioso na esfera pública.

A regulamentação democrática para o discurso inclusivo passa pela compreensão de formação do “*ethos* compartilhado” (Monteiro 2012, 10). Decerto, o direito à participação política não é um fim em si mesmo, pois, consiste, em um primeiro momento, no mecanismo ou instrumento de alteração das estruturas de exercício do poder instituído, uma vez que altera sua centralidade. Num segundo momento, apresenta o rearranjo das estruturas sociais, como potencialidade de reivindicação de direitos e garantias fundamentais, provocado pela imbricação entre os sentidos material e formal da Constituição, porquanto o reconhecimento do efetivo exercício de participação política é um dos mecanismos para mitigar uma espécie de “aristocracia do saber” constitucional. (Dias 2012, 29).

Para acomodar a multiplicidade religiosa de forma a analisar que “[...] estarão em jogo, de um lado, o interesse público perseguido pelo Estado, e do outro, o direito religioso, de natureza privada, a lesar toda uma coletividade que com ele supostamente não compactue.” (Monteiro 2012, 48). Portanto, ao se extrapolar os interesses subjetivos na busca pelo interesse público primário deve-se revelar as possibilidades de participações dos(as) distintos(as) agentes com interesse moral na atividade pública.

Aliás, vale antecipar que o interesse público é a única exceção prevista no Texto Constitucional de 1988 para a regra da vedação da associação entre Estado e as religiões, por outras palavras, o interesse público primário (que não se confunde com os interesses, vontades ou privilégios da maioria) é o filtro capaz de fornecer a legitimidade para as articulações entre o Estado e as religiões. Isto implica afastar a discricionariedade que permeia o tema e, atuar de forma a tornar viável o emprego do termo democrático, enquanto necessidade de pluralidade, como já se disse, distante do sentido do governo da maioria, notadamente antidemocrático.



Da identificação dessa problemática emerge uma diferença significativa entre a participação política (legítima), amparada pela promoção dos interesses públicos, e o desvio de finalidade, fundado na criação ou manutenção de privilégios particulares indevidos. Na perspectiva de instrumentalizar as participações em prol do controle social e da transparência pública e democrática, mediante a atribuição de vozes as narrativas multi religiosas. Dessa forma, o propósito último deste estudo é apresentar as razões para distinguir a laicidade da exclusão política indevida.

Com essa ligeira demonstração quer se considerar os limites entre a necessária distinção das atividades do Estado e das religiões. Campos distintos de atuação, porém, com algumas áreas de competência em comum, ou seja, há hipótese que devido ao interesse público comum ambas as atuações podem ser complementares, que será aprofundada mais à diante. Ressalta-se a existência de um movimento pendular sobre as relações entre o Estado e as religiões, que oscila ora entre a imbricação, ora entre a separação. Formas distintas de compreensão de um mesmo fenômeno com consequências práticas distintas.

### **3. SENTIDOS E ALCANCES PARA AS COLABORAÇÕES NO INTERESSE PÚBLICO (ART. 19, I, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 - CRFB/88; ART. 165, § 3º, CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS DE 1989 - CEMG/89)**

Nesse tópico propõe-se o estudo das formas ou sentidos para que as participações das instituições religiosas possam ser desenvolvidas para atingir o escopo do interesse público em seu sentido primário. De largada, sabe-se que a definição, exaustiva ou taxativa das formas de colaboração revela-se insuficiente para comportar as complexidades que o tema apresenta. Em termos de laicidade, o que se pretende é desenvolver propostas para uma espécie de rearranjo institucional para estabelecer a prioridade nas colaborações da sociedade civil. Isto, no entanto, não consiste na precipitada hipótese de anuir que qualquer relação entre os órgãos estatais e as religiões seja abarcada pelas considerações até o momento apresentadas.

Assim como realizado no tópico acima, cumpre recuperar algumas ideias antecedentes na história constitucional brasileira, cujo caráter secular foi inaugurado no governo provisório da República mediante lavra do Decreto n. 119-A, de 1890.<sup>6</sup> Já que ao vedar o estabelecimento de uma religião oficial (art. 1º) e assegurar ampla liberdade de culto a todas as denominações religiosas (art. 2º), dentre outras determinações (Brasil 1890), não se revela suficiente para

<sup>6</sup> Vigência restabelecida pelo Decreto n. 4.496/2002.

delimitar as relações contemporâneas de validade entre o Estado e as religiões. Ao contrário, resta uma tarefa a ser minimamente desenvolvida, isto é, delimitar os espaços para a atuação válida das instituições religiosas em colaboração com o interesse público primário.

Dentro da experiência constitucional brasileira,<sup>7</sup> a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, estabeleceu precisamente no art. 11, item “2”, a vedação dos Estados e da União de “estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;” (Brasil 1891). Os desdobramentos dessa proibição são minudenciados nos parágrafos do art. 72 do citado Diploma Constitucional:

§ 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.

§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

§ 5º - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis.

§ 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.

§ 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados.

§ 28 - Por motivo de crença ou de função religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderá ser privado de seus direitos civis e políticos nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever cívico.

§ 29 - Os que alegarem motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer ônus que as leis da República imponham aos cidadãos, e os que aceitarem condecoração ou títulos nobiliárquicos estrangeiros perderão todos os direitos políticos. (Brasil 1891).

O Texto Constitucional de 1891, posicionou-se no extremo da Constituição Imperial de 1824, que assumiu a religião católica apostólica romana como religião oficial para o Estado confessional brasileiro. Em alguma medida, os parâmetros de laicidade estabelecidos pela República ainda são replicáveis e compatíveis com o Estado democrático de direito nos dias atuais. Em consequência do processo de abertura democrática, inaugurado pela Constituição da República de 1988, coexistem o dever de laicidade e as participações políticas das instituições religiosas, tal afirmação encontra respaldo nos Textos Constitucionais, Federal (art. 19, I, CRFB/88) e Estadual (art. 165, § 3º, CEMG/89), que, excepcionalmente, permitem a relação entre o Estado e as religiosidades:

<sup>7</sup> Cf. apontam Alves e Borges (2013, 251-256), as Constituições brasileiras de 1891 (art. 11), de 1934 (art. 17), de 1937 (art. 32), de 1946 (art. 31), de 1967 (art. 9º) e de 1988 (art. 19), estabeleceram e mantiveram a laicidade do Estado brasileiro.

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; (Brasil 1988).

No que concerne as vedações contidas na CRFB/88, Monteiro (2012, 62), remete a feição negativa e reforça as dimensões que a laicidade comporta.

Esses quatro núcleos concretizam não só o princípio da neutralidade, como também os limites existentes entre as esferas política e religiosa, limites os quais, acaso ultrapassados, para um lado ou para outro, poderão comprometer a laicidade constitucionalmente instituída.

Ao se referir ao sobredito dispositivo da Constituição de Minas Gerais de 1989, em seu art. 165, dispõe que “Os Municípios do Estado de Minas Gerais integram a República Federativa do Brasil. [...] § 3º. O Município se sujeita às vedações do art. 19 da Constituição da República.” (Minas Gerais 1989). Sobre o tema, remanesce a garantia de que

[...] a estrita obediência à vedação constitucional de qualquer forma de subvenção ou repasse de verbas públicas às Igrejas ou confissões religiosas, meio mais adequado de preservar os recursos do Estado e de garantir, para as Igrejas, a sua independência. (Monteiro 2012, 65).

Decerto, para amenizar as tensões relatadas há de se estabelecer intenso “diálogo democrático e da participação popular” (Monteiro 2012, 90), contudo, entende-se que tais prescrições normativas, legislativas e judiciais, devem ser adequadamente exploradas para que se possa extrair os sentidos e os alcances para a colaboração, legítima e democrática, no atendimento ao interesse público.

Para moldar a questão a ser trabalhada, uma perspectiva inclusiva exige a distinção entre os conceitos de laicidade e laicismo, que não se confundem, ou seja, o laicismo representa a total rejeição da religiosidade na esfera pública, por outro lado, “A laicidade do Estado não significa, por certo, inimizade com a fé.” (Branco e Mendes 2012, 936). Cumpre, portanto, detectar um dos sentidos para laicidade capaz de recuperar o termo *laós* (oposição ao eclesástico, no sentido de povo), daí a origem dos termos laico ou leigo. “Assim sendo, laicidade remonta mais à ideia de não-clérigo que de não-religioso.” (Pinho 2015, n.p.).

Essa distinção torna-se relevante na medida em que permite avançar na compreensão do tema e também demonstrar como tais ideias podem ser aplicadas aos preceitos constitucionais, de modo a mutilar as participações políticas tornando-as impraticáveis pelas vestes da laicidade. Alguns pontos de

convergência (poucos) são estabelecidos por Lefebvre (1991, 60) que inclui necessariamente a religiosidade na agenda pública.<sup>8</sup> Eis a tese articulada:

3 - União entre a Igreja e o Estado: mas diversidade não significa separação! Como os dois poderes se ignorariam uma vez que governam os mesmos súditos e freqüentemente (*sic*) legislam sobre a mesma matéria: casamento, família, escola, etc.? Seria inconcebível que se opusessem, quando ao contrário a unanimidade de ação é requerida para o bem dos homens.

Todavia, as concordâncias com o clérigo francês cessam na medida em que passa a defender a retomada do direito público canônico. Pois, com a pretensão reivindicatória de verdade universal, pensamento geralmente fecundo nas manifestações religiosas, arroga que “É direito de Deus governar tanto os Estados como os indivíduos.” (Lefebvre 1991, 24), por isso, Lefebvre (1991, 39) afirma que “[...] a democracia não é laica, mas claramente cristã e católica.” Posicionamento claramente questionável.

Em outros termos, esses argumentos efetivamente acarretam no término da laicidade estatal e do pluralismo religioso. Já que, segundo afirma, o “Estado não pode ser senão laico, portanto sem religião!” (Lefebvre 1991, 64). E, “Certamente em um país católico, tem-se o direito de impedir que os falsos cultos se manifestem publicamente, de limitar sua propaganda!” (Lefebvre 1991, 103).

Lê-se nas entrelinhas dos trechos em questão a revelação de uma postura sectária<sup>9</sup> demarcada pelo projeto de apropriação ou cooptação do direito por uma determinada denominação religiosa, com propósitos específicos. Pois, “[...] para o jurista católico é indispensável basear nos deveres para com Deus e nos direitos de Deus, os direitos dos homens que vivem em sociedade.” (Lefebvre 1991, 146). Efetivamente posturas arbitrárias que colidem com o Estado democrático de direito.

De outra sorte, uma normatividade laica revela-se compatível com o sistema democrático capaz de compreender que a religiosidade compõe a identidade étnica e cultural, da mesma forma que a descrença. Portanto, as participações ora aventadas não devem ocorrer ao ponto de “justificarem” a união entre Estado e uma religião específica, conforme o equívoco acima denunciado. Visto que para além de um direito subjetivo de participação política, ressalta-se a necessidade das participações da sociedade civil ou sociais como forma de realizar o próprio interesse público ínsito a ideia de coisa pública (*res publica*).

No que toca ao elemento religioso, Monteiro (2012, 40) argumenta sobre dois componentes da laicidade na atuação estatal; ativa (garantir à liberdade

<sup>8</sup> De forma adequada às exigências democráticas indica-se, por todos, Bader, Veit. *Secularism or democracy? Associational governance of religious diversity*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2007.

<sup>9</sup> Cf. afirma Lefebvre (1991, 106): “No céu não há protestantes, há somente católicos!”.

religiosa dos cidadãos e igrejas) e passiva (dever de neutralidade). As dificuldades que se passa a enfrentar é que o Estado “[...] atuando como agente ativo, positivo, porém neutro frente ao direito do exercício à liberdade religiosa, o Estado brasileiro promove esse direito fundamental num comportamento diametralmente oposto à ideia de indiferença.” (Monteiro 2012, 42).

Por outro lado, importa pontuar “[...] a *obrigação passiva* que, marcada pela neutralidade, impede que as confissões religiosas se valham da máquina estatal e comprometam, com isso, a democracia.” (Monteiro 2012, 48 grifo da autora). Portanto, assume uma feição negativa imposta ao Estado democrático de direito. Ao lado disso, busca-se compreender em que medida as participações das instituições religiosas interferem na neutralidade estatal.

No entanto, cabe ressaltar que as participações políticas não devem ser concebidas de forma a afrontar a própria regra constitucional de laicidade, ante a confusão entre o Estado e as religiões, bem como, ao avesso, implicar negativa de suas possibilidades. Não se trata de valorizar as participações em si mesmas, mas examinar as possibilidades de transformações sociais que o conjunto delas podem proporcionar. Para dissidiar dessa visão deficitária e, demonstrar pragmaticamente mediante um caso concreto no qual o sistema de controle concentrado de constitucionalidade estadual funcionou como uma espécie de “filtro de legitimidade”.

Assim, ao considerar o não cabimento de Ação Direita de Inconstitucionalidade - ADI em face de lei municipal, compete à jurisdição constitucional estadual, conforme dispuser o Poder Constituinte Decorrente, isso é, a função de “[...] complementar a Constituição com a obra produzida pelos Estados-membro, qual seja, Constituições Estaduais, conforme art. 11 do ADCT e art. 25 da CR/88.” (Fernandes 2014, 150). E, nos termos da Constituição do Estado de Minas Gerais,<sup>10</sup> a competência para realizar o juízo de (in)compatibilidade de determinada lei municipal em face da Constituição Estadual é do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Nos autos da ADIe n. 1.0000.07.457387-4/000, ajuizada pela Procuradoria Geral de Justiça - PGJ, requereu-se a supressão da expressão “ou religiosa” contida no do parágrafo único do art. 1º e da íntegra do art. 3º da Lei Municipal n. 1.536/2002, do Município de Nova Era/MG (vide anexo A). Em virtude de sua inconstitucionalidade material com os preceitos da Constituição Federal e Estadual.

<sup>10</sup> CEMG/89, art. 106 Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição: I processar e julgar originariamente, ressalvada a competência das justiças especializadas: h) ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face desta Constituição e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual em face desta Constituição; (Minas Gerais 1989).

Durante o curso de tramitação da ação de controle abstrato foi ouvido o Executivo Municipal, que não se opôs à declaração de inconstitucionalidade da lei questionada. Por outro lado, a Câmara Municipal entendeu pela constitucionalidade, haja vista a o atendimento ao “interesse social”. O cerne da questão constitucional debatida é a infringência dos deveres de imparcialidade e de neutralidade do Município no uso de suas atribuições legislativas. A Corte Superior,<sup>11</sup> por maioria dos votos dos Desembargadores, 21 (vinte e um) a 03 (três),<sup>12</sup> fixou a seguinte tese:

[...] os textos legais em apreço extrapolam o limite constitucional da colaboração de interesse público entre o Município e a igreja do Evangelho Quadrangular, na medida em que permite o uso do imóvel público para fins declaradamente religiosos, para cultos e “estudos bíblicos”, bem como para residência do pastor e de sua família. (Minas Gerais 2008, 03).

Contudo, abrindo dissidência, o Desembargador Jarbas Ladeira, entendeu que “[...] o simples fornecimento de residência ao ministro religioso não quer dizer que o governo tenha religião oficial. O Estado não se compromete com determinada religião ao permitir que um ministro tenha residência.” (Minas Gerais 2008, 04-05). Com essas considerações, em seu voto desacolheu por inteiro a representação realizada pelo PGJ.

Já o Desembargador Brandão Teixeira, por seu turno, divergiu em parte do entendimento do Relator, segundo entende, “[...] ultrapassa os objetivos de colaboração de interesse público ao dispor como objeto da concessão ‘assistência de moradia para o Pastor e sua família’.” (Minas Gerais 2008, 06). Nesse sentido, considerou incompatível com as disposições Constitucionais, Federal de 1988 e Estadual de 1989, dessa expressão “[...] contida no artigo 3º da Lei Municipal nº 1.536/2002.” (Minas Gerais 2008, 06). Foi acompanhado pelo voto do Desembargador Wander Marotta.

À rigor, a notória confusão entre Estado e religião, é corrigida pela atuação do controle concentrado de constitucionalidade em nível estadual, como requisito das condições que demarcam o próprio Estado democrático de direito. Contudo, ainda persiste a dúvida sobre o que, de fato, consiste o interesse público no qual as instituições religiosas podem colaborar sem, contudo, romper com o paradigma democrático. Diante dessa inquietação, apresenta-se uma

<sup>11</sup> Desde 25/09/2012, nos termos da Resolução do Tribunal Pleno n. 03/2012, Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - RITJMG, art. 9º, II, a denominação da Corte Superior passa a ser Órgão Especial, que atualmente é composto por treze Desembargadores.

<sup>12</sup> Diante da ausência de prática deliberativa nos Tribunais brasileiros, tem-se, em verdade, o voto do Relator seguido por vinte “de acordos”, um voto dissidente isolado e um voto parcialmente divergente seguido por um “de acordo”. A “metodologia decisória”, como de *praxe*, foi a mera contagem dos votos individuais.

construção teórica preliminar, a partir do ordenamento jurídico positivo, para analisar a laicidade e o interesse público primário.

Para tanto, são realizadas algumas incursões na legislação infraconstitucional brasileira, para retomar o estudo a partir da premissa das participações políticas das instituições religiosas. Dentre outros exemplos fala-se sobre a Lei n. 6.923/1981, que dispõe sobre o Serviço de Assistência Religiosa nas Forças Armadas, no que concerne ao seu artigo segundo, cabe as instituições religiosas a “educação moral realizadas nas Forças Armadas” (Brasil 1981). Tal missão é incumbida a figura dos Capelães Militares, art. 4º da sobredita Lei, na prestação de serviços como “oficiais da ativa e da reserva remunerada.” (Brasil 1981 art. 11). Sob premissas questionáveis, estabeleceu-se que o interesse público, nesse caso, é revelado pela colaboração na defesa nacional.

Na mesma esteira, a Lei n. 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 94, dispõe que “As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras: [...] XII propiciar assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças;” (Brasil 1990). A razão de ser dessa obrigação institucional e faculdade individual decorre do direito fundamental positivado no art. 124, do citado Diploma Legal, qual seja: “São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes: [...] XIV receber assistência religiosa, segundo a sua crença, e desde que assim o deseje;” (Brasil 1990).

Por fim, igualmente nos termos da Lei n. 10.741/2003, Estatuto do Idoso, em seu art. 50, estabelece que “Constituem obrigações das entidades de atendimento: [...] X propiciar assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças;” (Brasil 2003). Por razões assemelhadas as acima apresentadas.

Sob pena de esvaziar o conteúdo semântico das colaborações com o interesse público primário, deve-se estabelecer, ainda que minimamente, a ideia de laicidade, no sentido de estar aberta à pluralidade para a construção do paradigma democrático. A vista disso, conforme visto, “É preciso que se esclareça em que consiste este interesse público. Não se restringe apenas a interesse social. Interesse público não é só escola, creche, hospital e asilo, dentre outras entidades mantidas pelas instituições religiosas.” (Pinho 2015, n.p.).

Em última análise, parece acertada a constatação realizada por Pinho (2015, n.p.), que “Embora o Estado seja laico, o povo não é.” Do contrário haveria uma inaceitável transferência do dever de laicidade estatal, a redundância aqui é proposital, para a sociedade civil. Deste modo, acomodar a diversidade religiosa significa o compromisso de que os órgãos estatais garantam as condições para que instituições religiosas, mas, não apenas estas, possam participar do debate republicano carregando suas crenças e descrenças.

Assim, verificadas as possibilidades jurídicas de se estabelecer relações entre as instituições religiosas e o Estado, bem como a necessidade de se estabelecer

limites para conter as formas nocivas de participações. Passa-se, então, as formulações teóricas sobre o conceito de laicidade compatível com o Estado democrático de direito, para conectar-se ao tema segue para o próximo tópico.

#### 4. COMPATIBILIDADE ENTRE A LAICIDADE E O PARADIGMA DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Viu-se até aqui a necessidade das participações da sociedade civil, gênero do qual decorre a espécie das participações das instituições religiosas, assim como a necessidade de controle democrático dessas formas de colaboração com o interesse público. Nesse tópico, oferece-se com um pouco mais de detalhe as possibilidades de atuação do *laikos* à luz do Estado democrático de direito. O conceito chave para enfrentar a questão da laicidade, conforme demonstrou Rousseau (1963, 106 tradução nossa),<sup>13</sup> é que “[...] a intolerância teológica e civil, é naturalmente a mesma [...]”.

Como resultado, pressupõe-se “[...] nos dias atuais, que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria exigindo a incorporação de outros valores fundamentais.” (Barroso 2015, 36). Desse modo, reforça a ideia de um interesse público primário e de um direito humano a participar das decisões políticas, no sentido de torná-las uma prática deliberativa constante.

Uma contribuição aproximativa - no sentido de tornar adequada do ponto de vista teórico e justificar normativamente que a diversidade, também religiosa, deve ser considerada um valor constitucional - para elevar às participações sociais ao patamar de valor constitucional e, portanto, igualmente estimulado e preservado. Todavia, nessa abertura plural acentua-se exponencialmente os graus de complexidade e de dificuldade, sobretudo a impossibilidade de conhecer, de antemão, as hipóteses que permitam a colaboração na construção do interesse público, conforme visto nos tópicos pretéritos.

A questão que efetivamente se coloca não é a inserção dos vários “sagrados” no debate público, ao revés, assegurar que o espaço público deliberativo possa ser também o local de fala e de atuação dos(as) diversos(as) agentes sociais, proposição que potencialmente contempla as diversas instituições religiosas. Todavia, em virtude da colidência entre os deveres de laicidade e de promoção das participações políticas a explicitação das razões de atribuir maior peso ao dever de laicidade por parte do Estado deve vir acompanhada de um intenso ônus argumentativo por parte dos agentes estatais, capazes de fundamentadamente decidirem pela não participação diante do caso em concreto.

<sup>13</sup> No original: “[...] là l’intolérance théologique et civile, qui naturellement est la même [...]”. (Rousseau 1963, 106).



Por igual motivo, inexistente valor constitucional absoluto ou disposição positivada no ordenamento jurídico capaz de impedir as participações das instituições religiosas. De outra sorte, exige-se a apresentação de, no mínimo, justificativas razoáveis para a restrição do direito à participação política, dessa maneira, tem-se a oportunidade de, no caso concreto, desvelar o ponto limítrofe entre laicidade e as participações sociais, pois, via de regra, as generalizações antecipadas provocam problemas desnecessários.

À luz dos padrões constitucionais vigentes quer-se evidenciar que a regra é a participação plural nas atividades estatais. Ligado a isso residem outros valores democráticos como é o caso da limitação à discricionariedade dos agentes públicos, de igual maneira, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais e administrativas, que não se restringem à fundamentação formal. Dentre outros motivos, essas questões fazem avançar as possibilidades de acesso de outros(as) intérpretes constitucionais, por exemplo, numa contribuição para desconstruir o mito do grupo ou dos(as) intérpretes constitucionais privilegiados(as).

De toda sorte, tem-se um esforço para (re)configurar a capacidade de se compreender as contribuições ou prováveis soluções que emergem da discussão apoiada em vários pontos de vista. No mais das vezes, a laicidade centra-se na ideia de completa separação entre as religiões e o Estado, confusão com o laicismo, cujo efeito imediato é a colocação do debate num plano empobrecido e inferiorizado.

Similarmente aos raciocínios empregados no exame da ADIe acima apresentada, longe de representar a comprovação cabal, mas, apenas fornece mecanismos para identificar e superar uma ilegítima interação entre uma instituição religiosa e um órgão estatal. Cumpre insistir que os pontos mencionados não esgotam ou definem de forma peremptória as possibilidades de caracterização do interesse público ou comum.

De forma explanatória, a colaboração das instituições religiosas com o interesse público primário consiste em (i) atender ao menos um interesse público que possa ser concretamente identificável; (ii) as interlocuções desenvolvidas devem ampliar os direitos e as garantias fundamentais, mediante as contribuições singulares de determinada instituição religiosa, para fundamentar um discurso de aplicação para a universalidade de indivíduos e, não apenas aos membros de determinada congregação; (iii) proporcionar controle social e transparência democrática ao processo de deliberações públicas; (iv) por fim, não resultar ou manter vantagens indevidas para indivíduos ou grupos de indivíduos, sobretudo do seguimento religioso (particular) ao qual representam.

Pois, os sistemas constitucionais pluralistas são aqueles em cuja participações sociais, além de aumentar sua legitimidade na construção do direito, elevam os níveis de efetividade dos direitos humanos e fundamentais, conforme narrado nas linhas passadas. Bem por isso, as participações políticas ora

defendida “[...] não pode, em hipótese alguma, implicar o direito de coagir outros a submeterem-se aos mesmos padrões.” (Chiassoni 2017, 266).

Sob pena de reinstalar os regimes teocráticos, nos quais há identidade entre as comunidades política e religiosa. Vale registrar que tal retrocesso se faz presente tanto nos Estados ditos ateus quanto nos ditos teocráticos, porque em ambos as liberdades individuais e coletivas religiosas são lesadas. Revela, portanto, que somente “Os Estados laicos, sem associações com o poder religioso, garantem a ampla liberdade ao sujeito.” (Alves e Borges 2013, 233). Ressalvadas as exceções apresentadas no decurso desse escrito. Deste modo, conforme demonstram Alves e Borges (2013, 239):

A democracia está caracterizada pela contínua e ininterrupta possibilidade de dissensos, pensamentos heterodoxos, discrepantes e da contínua possibilidade de coexistência de visões de mundo e valores, sem que jamais qualquer um dos dogmas possa alcançar ou ser alçado à condição de verdade do Estado, ou conteúdo único do Estado democrático.

E, ao trazer à tona a necessidade de análises heterogêneas, que por sua vez perpassa pela incidência das participações sociais, como possibilidade de efetivar a articulação entre as razões públicas (seculares) e as não públicas (religiosas) na formação do paradigma democrático de direito implica anuir com a possibilidade de existência de laicidade fora das cercanias democráticas. Haja vista que nos regimes não democráticos (ou autoritários) brasileiros de 1891 a 1967 implementaram e mantiveram a separação orgânica e formal entre o Estado e as religiões. (Alves e Borges, 2013, 259). Portanto, “A liberdade religiosa e a laicidade são essenciais à democracia, mas não são exclusivas da democracia.” (Alves e Borges 2013, 260).

Uma vez que o paradigma democrático de direito “[...] é incompatível com a adoção de um dogma ou verdade religiosa única - um único conteúdo.” (Alves e Borges 2013, 240), pelo contrário, é também formado pelo pluralismo religioso sem a imposição de determinada concepção de bem. A provocação que se apresenta é estabelecer relações substantivas entre as convergências democráticas de tratar todas as pessoas com igual respeito e consideração e seu contraste com o dever de laicidade. Por certo, deve-se fazer emergir igualdade, liberdade e laicidade.

Tais discussões remontam ao liberalismo político baseado no conceito de razão pública de Rawls (2001, 91), ou seja, “pessoas livres e iguais que cooperem politicamente com base no respeito mútuo”, cujo discurso assenta-se no dever de civilidade pública (*duty of public civility*) atribuído as ditas “pessoas morais livres e iguais” (Rawls 2001, 117).

Porém, como é possível conciliar diferentes concepções de bem, contrárias e contraditórias entre si? Se por um lado é conferido aos(as) cidadãos(as)

o direito inalienável de optarem por uma concepção de vida boa do ponto de vista filosófico, moral, religioso etc., não deve, pelas mesmas razões subtrair de parcela dos indivíduos (os religiosos, por exemplo) o igualmente inalienável direito de participação nas deliberações sobre a agenda pública.

O atual o estado das discussões sobre democracia deliberativa (participações sociais) e laicidade enveredam por um profuso debate realizado, dentre outros, por Rawls e Habermas. (Cf. Freire 2014, 35-66; Lois 2005, 121-141; Melo 2004, 16-66; Orben 2016, 01-18; Rouanet 2011, 52-63; dentre outros). Cujas aproximação entre ambas as teorias é a exigência de “[...] justificação pública do exercício do poder político.” (Orben 2016, 17).

Inclusive o uso público da razão habermasiana é a consequência da autonomia individual e política dos(as) cidadãos(ãs). E, a partir dessas compreensões encampar, em igualdade de condições, as interlocuções com diversos atores sociais. Nesse contexto, o conceito de laicidade aproxima-se do dever de neutralidade estatal somada a dimensão de tolerância mútua das manifestações políticas de uma identidade coletiva, esse fruto das razões seculares e religiosas é o que Habermas (2006, 04) denominou de sociedades pós-seculares (*post-secular society*).

Por conseguinte, “O pressuposto de uma razão humana comum constitui a base da justificação para um Estado secular que não depende mais da legitimação religiosa.” (Habermas 2006, 04, tradução nossa).<sup>14</sup> Interessante observar que “[...] a versão padrão liberal é intrinsecamente contraditória se imputará igualmente a todos os cidadãos um *ethos* político que de fato distribui encargos cognitivos desigualmente entre cidadãos seculares e religiosos” (Habermas 2006, 13, tradução nossa).<sup>15</sup>

No entanto, tais ideias são passíveis de refutação. Em que pese os posicionamentos contrários ao liberalismo político manifestados por Lefebvre (1991) e Mouffe (1993), mas, nem por isso, possuem visões convergentes. Entende-se que a problemática examinada nesse artigo comporta tão somente pontuar a crítica ao discurso liberal de democracia enquanto necessidade de consenso. Cabe, portanto, na linha do que se disse anteriormente, destacar “A ilusão de consenso e unanimidade, bem como os apelos ‘antipolíticos’, devem ser reconhecidos como fatais para a democracia e, portanto, abandonados”. (Mouffe 1993, 05 tradução nossa).<sup>16</sup>

<sup>14</sup> No original: “*The assumption of a common human reason forms the basis of justification for a secular state that no longer depends on religious legitimation.*” (Habermas 2006, 04).

<sup>15</sup> No original: “[*t*]he liberal standard version is intrinsically self-contradictory if it equally imputes to all citizens a political ethos which in fact distributes cognitive burdens unequally between secular and religious citizens.” (Habermas 2006, 13).

<sup>16</sup> No original: “*The illusion of consensus and unanimity, as well as the calls for ‘antipolitics’, should be recognized as being fatal for democracy and therefore abandoned.*” (Mouffe 1993, 05).

Pois, “De fato, a democracia moderna é precisamente caracterizada pela ausência de um bem comum substantivo.” (Mouffe 1993, 64 tradução nossa),<sup>17</sup> seja religioso, moral ou filosófico. Logo, as supostas verdades não devem, por isso mesmo, serem impostas como padrão de aferição ou gradação do interesse público.

Nesse ponto específico revelam-se adequadas as reflexões de Vita (2009, 80), quando acertadamente manifesta contrário ao pensamento “[...] daqueles que acreditam que sua visão religiosa só pode ser adequadamente praticada se os mecanismos de coerção coletiva estiverem sob seu controle, os resultados de uma política de tolerância não são neutros.” De outra feita, para acomodar a diversidade religiosa “A tolerância liberal é uma moralidade política a ser defendida contra aqueles que querem restringir a liberdade de outros com base em suas próprias convicções de valor moral.” (Vita 2009, 81).

Para franquear as participações das instituições religiosas na vida política e, portanto, operacionalizar o dissenso político nos espaços de debate público mediante as vozes dissonantes existentes, outras perspectivas precisam ser examinadas. Assim, a tolerância, liberal ou não, vem ao encontro das ideias ventiladas, contudo, torna-se problemática ante a impossibilidade de fixar claramente os limites da neutralidade (igualdade de tratamento) do Estado frente as participações de determinadas instituições religiosas.

Essas definições preliminares implicam repensar o aparato conceitual sobre os espaços públicos, bem como a possibilidade de abertura para as religiosidades. Ou haveriam hipóteses nas quais acolher tais manifestações seriam inadequadas ou inviáveis? Como anteriormente mencionado, o escopo deste ensaio reside na tentativa de conciliação entre esses elementos conflitantes, que não devem ser desconsiderados, sob pena de malferir o paradigma democrático de direito ao desconsiderarem antecipadamente as possíveis contribuições do discurso religioso no debate público.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, buscou-se reunir argumentos que justifiquem as participações dos(as) vários(as) agentes com interesse moral no debate axiológico e teleológico sobre os assuntos públicos. Outrossim, compreender em profundidade, os porquês de, validamente, restringir as participações das entidades religiosas, já que a regra é (ou deveria ser) a participação plural.

Esse escrito contribui para (re)desenhar os contornos da laicidade que deve ser preservada enquanto regra (valor) constitucional e condição de possibilidade para o paradigma democrático de direito. Ampliando o debate sobre a complexa

<sup>17</sup> No original: “Indeed, modern democracy is precisely characterized by the absence of a substantive common good.” (Mouffe 1993, 64).

relação entre direito e religiões. Contudo, deve, igualmente, ser compatibilizada com as participações da sociedade civil que, como visto, certamente inclui as instituições religiosas de distintas denominações. Isso, contudo, não implica restaurar o modelo brasileiro adotado pela Constituição Imperial de 1824 ou, ainda, que argumentos religiosos devam orientar e compor as práticas estatais, mas, pelo exercício da liberdade religiosa, individual e coletiva, exercitar as participações sociais na deliberação sobre assuntos coletivos. Basicamente, foram estas as discussões travadas no primeiro tópico.

Nessa medida, no segundo tópico, prosseguiu-se com as possibilidades de as instituições religiosas validamente cooperarem com o interesse público, em seu sentido primário. Viu-se a impossibilidade de confundir as participações multi religiosas com a teoria da união entre o Estado e uma religião específica, fato que não implica anuir com a ideia da plena separação (laicismo). Para diagnosticar a validade das interlocuções entre o Estado e as instituições religiosas contou-se com uma amostra representativa de como a jurisdição constitucional estadual visa salvaguardar valores democráticos, bem como assegurar a efetiva laicidade.

Por derradeiro, no terceiro tópico, extraiu-se alguns traços indicativos para a legitimidade das participações das instituições religiosas, a saber: (i) o atendimento de, no mínimo, um interesse público concreto e identificável; (ii) a ampliação dos direitos e das garantias fundamentais para a universalidade de indivíduos; (iii) controle social e transparência democrática ao processo deliberativo; (iv) por fim, não criar ou manter vantagens indevidas para indivíduos ou grupos religiosos. Acredita-se que o contrário é distorcer o resultado final das participações políticas, que transcende a mera defesa de privilégios ou interesses morais de determinados grupos religiosos, e corromper o interesse público em formas nocivas de participações antissociais e antidemocráticas.

## REFERÊNCIAS

- Alves, Rubens Valtecedes; Borges, Alexandre Walmott. O Estado laico e a liberdade religiosa na experiência constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 107, jul./dez. 2013, p. 227-265.
- Bader, Veit. *Secularism or democracy? Associational governance of religious diversity*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2007.
- Barboza, Estefânia Maria Queiroz; Morêz, Francielli. Secularização e liberdade religiosa na sociedade estadunidense: ponderações histórico-sociais e o posicionamento da suprema corte. *Revista de Direitos e Democracia*, Curitiba, v. 17, n. 17, 2015, p. 91-108.
- Barroso, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista brasileira de políticas públicas*, Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 24-50.
- Borges, Alexandre Walmott; Romeu, Luciana Campanelli. O estado laico e a associação entre igreja e estado na experiência constitucional brasileira: normas de tutela da unidade territorial nos regimes imperial e republicano. In: Borges, Alexandre Walmott; Marrafon, Marco Aurélio; Roberto Filho, Ilton Noberto. (Coords.). *Teoria e história do direito constitucional*. Conped/UFF (Org.). [Recurso eletrônico]. Florianópolis: Funjab, 2012, p. 10-33.

Branco, Paulo Gustavo Gonet; Mendes, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

Brasil. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2017.

Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

Brasil. Decreto n. 119-A, de 07 de janeiro de 1890. Proíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências. *Coleção de Leis do Brasil de 1890*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm)>. Acesso em: 18 maio 2017.

Brasil. Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. *Diário Oficial da União*, Brasília, 07 de julho de 1992.

Brasil, Lei n. 6.923, de 29 de junho de 1981. Dispõe sobre o Serviço de Assistência Religiosa nas Forças Armadas. Brasília: *Diário Oficial da União*, 30 de junho de 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6923.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6923.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2017.

Brasil. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: *Diário Oficial da União*, 16 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 18 out. 2017.

Brasil. Lei n. 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília: *Diário Oficial da União*, 03 de outubro de 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: 18 out. 2017.

Chiassoni, Pierluigi. Liberdade de consciência e liberdade religiosa em um Estado Constitucional - O que visa proteger. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 19, n. 118, jun./set. 2017, p. 257-278.

Creswell, John W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativos, quantitativos e misto*. Tradução de Magda Lopes. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

Dias, Cibele Fernandes. *A justiça constitucional em mutação*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. (Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz).

Fernandes, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodvm, 2014.

Freire, Wescley Fernandes Araujo. Religião, esfera pública e pós-secularismo: o debate Rawls-Habermas acerca do papel da religião na democracia liberal. *Theoria: Revista Eletrônica de Filosofia*, Pouso Alegre, v. VI, n. 6, 2014, p. 35-66.

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. 229-267.

Habermas, Jürgen. Religion in the public sphere. *European Journal of Philosophy*, n. 14, v. 01, 2006, p. 01-25.

Habermas, Jürgen. "The Political": the rational meaning of a questionable inheritance of political theology. In: Mendieta, Eduardo; Vanantwerpen, Jonathan. *The power of religion in the public sphere*. New York: Columbia University Press, 2011, p. 15-33.

Lefebvre, Marcel. *Do liberalismo à apostasia: a tragédia conciliar*. Tradução de Ildefonso Albano Filho. Rio de Janeiro: Permanência, 1991.

Lois, Cecília Caballero. A filosofia constitucional de John Rawls e Jürgen Habermas: um debate sobre as relações entre sistemas de justiça e sistemas de direitos. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 50, jul. 2005, p. 121-141.

Melo, Rúrión Soares. *O uso público da razão como procedimento: pluralismo, discurso e democracia em Habermas*. 2004. 170 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Filosofia Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-14122009-131309/pt-br.php>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

Minas Gerais. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Minas Gerais*. 15. ed. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2013.

Minas Gerais. Tribunal de Justiça. Autos do processo *ADI n. 1.0000.07.457387-4/000*. Relator: Herculano Rodrigues. Belo Horizonte, 05 set. 2008. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisanumero>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

Minas Gerais. Tribunal de Justiça. Resolução do Tribunal Pleno n. 03 de 26 de julho de 2012. Texto atualizado com as alterações introduzidas pela Emenda Regimental n. 11 de 29.05.2017, *Regimento Interno do Tribunal de*

*Justiça de Minas Gerais*. Belo Horizonte, 29 maio 2017. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/atos-normativos/regimento-interno.htm>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

Monteiro, Patrícia Fontes Cavalieri. *O Estado laico e a liberdade religiosa: interesse público versus direito privado em uma democracia plural religiosa*. 2012. 96 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC/JF, Mestrado em Hermenêutica e Direitos Fundamentais, Juiz de Fora, 2012. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/teses/teses-e1529046fe133395f1f4598c04e83d0d.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

Mouffe, Chantal. *The return of the political*. London: Verso, 1993.

Nova Era (MG). Câmara Municipal. Lei n. 1.536/2002. *Altera o dispositivo da Lei n. 1.210/91, que dispõe sobre a concessão de direito de uso à igreja do evangelho quadrangular*. Nova Era, 2002. Disponível em: <[http://www.novaera.mg.gov.br/abrir\\_arquivo.aspx/leis\\_ordinarias\\_1536\\_2002?cdlocal=5&arquivo={eecedcd4b-0c1a-203a-b7e4-dccb66b2aba1}.pdf](http://www.novaera.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/leis_ordinarias_1536_2002?cdlocal=5&arquivo={eecedcd4b-0c1a-203a-b7e4-dccb66b2aba1}.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2017.

Orben, Douglas João. Jürgen Habermas e John Rawls: um debate sobre o liberalismo político. *Revista Kínesis*, Marília, v. VIII, n. 19, ed. especial, dez. 2016, p. 01-18.

Pinho, Guilherme Rosa. Entre laicidades: hermenêutica do art. 19, inciso “i” da constituição federal. *E-Civitas - Revista Científica do Instituto de Ciências Humanas do UNI-BH*, Belo Horizonte, v. VIII, n. 02, jun. 2015, [n.p.]. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/ecivitas>>. Acesso em: 18 maio 2017.

Rawls, John. *Justice as fairness: a restatement*. London: Harvard University Press, 2001.

Rouanet, Luiz Paulo. Democracia deliberativa: entre Rawls e Habermas. *Veritas*, Porto Alegre, v. 56, n. 01 jan./abr. 2011, p. 52-63.

Rousseau, Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique*. [Édition électronique]. Paris: Union Générale d'Éditions, 1963.

Vita, Álvaro de. Sociedade democrática e tolerância liberal. *Novos Estudos. Centro Brasileiro de Análise e Planejamento - Cebap*, São Paulo, n. 84, jun. 2009, p. 61-81.

**ANEXO A - Lei n. 1.536-2002. Altera o dispositivo da Lei n. 1.210/91,  
que dispõe sobre a concessão de direito de uso à igreja do evangelho quadrangular**



NOVA ERA – CÂMARA DE VEREADORES  
ESTADO DE MINAS GERAIS  
Av. Dr. José Moreira, 126 - Morro do Pau D'Óleo  
35.920-000 - Nova Era-MG  
Fone: (0XX) 31 3861-1300 - Telefax: (0XX) 31 3861-2120  
e-mail - cmne@robynet.com.br

**LEI Nº 1536/2002**

**“ALTERA DISPOSITIVO DA LEI 1210/91, QUE DISPÕE SOBRE A  
CONCESSÃO DE DIREITO DE USO À IGREJA DO EVANGELHO  
QUADRANGULAR”.**

O Povo do Município de Nova Era, por seus representantes na Câmara Municipal, aprovou, e eu, Presidente da Câmara, nos termos do artigo 216 § 6º do Regimento Interno desta Casa Legislativa, promulgo a seguinte Lei:

Art. 1º - O Parágrafo Único do art.1º da Lei 1083 de 31 de agosto de 1988, passa a ter a seguinte redação:

Parágrafo Único –A concessão do direito de uso, de que trata o artigo, terá caráter de interesse público, devendo a entidade utilizar-se da concessão para fins escolares e assistência social ou religiosa.

Art. 2º - Não cumprindo a Igreja, o disposto no Parágrafo Único do artigo anterior, no prazo de 10(dez) anos, a partir da publicação desta Lei, reverterão ao Patrimônio Público, o imóvel e as respectivas benfeitorias, independentemente de qualquer indenização.

Art. 3º - O Imóvel, objeto da concessão de direito de uso cedido por esta Lei será destinado exclusivamente ao funcionamento da Igreja, como por exemplo, salas destinadas para estudo bíblico e reuniões diárias e Casa Pastoral, como assistência de moradia para o Pastor e sua família, não sendo admitido em qualquer tempo, o uso diverso da destinação aqui prevista.

Art. 4º - Revogam-se as disposições em contrário.

Art. 5º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Nova Era, 07 de Janeiro de 2002

  
**SEBASTIÃO VENCESLAU SIQUEIRA**  
Presidente da Câmara Municipal

**Lei promulgada sob sanção tácita**



**PARTE III**

**DEMOCRATIZAÇÃO DO  
CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE**

## CAPÍTULO 17

# MOTIVAÇÕES POLÍTICAS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: OS GRUPOS E UMA COMPARAÇÃO CRÍTICA ENTRE DUAS VISÕES

*André Matos de Almeida Oliveira*  
*Pâmela de Rezende Côrtes*

O objetivo deste trabalho é comparar duas visões sobre a motivação das pessoas que votam e atuam politicamente, e que estão intimamente conectadas com a perspectiva que se adota sobre o controle judicial de constitucionalidade. Chamaremos a primeira de “visão do auto-interesse” (defendida por autores como Posner) e a outra de “visão do bem comum”, (defendida com destaque por Waldron). Em seguida, confrontaremos ambas com achados empíricos. Tentaremos saber se alguma das visões é compatível com as evidências da psicologia social, da sociologia, etc., sobre o comportamento humano. Para os fins deste artigo, não é necessária uma definição rigorosa da ideia do termo “controle judicial de constitucionalidade”. Nós o utilizaremos no sentido mais lato de Waldron, que significa o poder conferido aos juízes de invalidar leis, caso eles as considerem ilegítimas (Waldron 1999, 209).

### 1. VISÃO DO AUTO-INTERESSE

A primeira visão, a do “auto-interesse”, pressupõe que os indivíduos votam e atuam politicamente para satisfazer seu interesse próprio, ou seja, para que o resultado político ou jurídico de um processo deliberativo seja aquele que mais bem se adequa aos interesses, intenções e desejos do agente.

Dentro desse ponto de vista, a defesa do controle judicial de constitucionalidade se torna mais atraente: o judiciário, como um órgão mais técnico e menos politizado, deverá interferir no jogo deliberativo caso veja que alguma opinião ou projeto político ameaça valores constitucionais fundamentais. Como os agentes políticos estão imersos demais na luta para que seus interesses prevaleçam, pode ser que eles percam a consciência de que suas propostas podem ferir valores fundamentais (ou, tendo consciência, podem simplesmente não se importar com esse risco).

Posner, um defensor dessa visão (Posner 1995), diz que a democracia não deve ser absoluta: num caso de conflito entre uma proposta que é o resultado de uma deliberação democrática e os valores do liberalismo, devem prevalecer os valores do liberalismo. Os juízes não deveriam se intimidar, devendo interferir no processo deliberativo para que os valores liberais não fossem violados.

Em sentido mais amplo, Posner tem uma visão “crua” ou realista do ser humano para todos os aspectos de seu comportamento, não só o político. Isso é uma herança de sua visão econômica do direito (Posner 1990, 353). De fato, Posner acredita que economia e direito sejam plenamente compatíveis precisamente porque, ao contrário do que muitos juristas e economistas acreditam, compartilham a mesma forma de raciocínio, o raciocínio prático (Posner 1990, 71). Esse tipo de raciocínio se contrapõe ao silogístico e se preocupa com a resolução de problemas fáticos, concretos, que carregam elevado grau de incerteza. Engloba boa parte do raciocínio instrumental, de meios-fins (Posner 1990, 105).

No direito, Posner tem uma visão behaviorista. Defende que os juízes devem ser analisados por seu comportamento, que pode diferir de suas opiniões e argumentos (Posner 1990, 186). E em questões de democracia ele contrapõe duas visões, uma mais principiológica, idealista, teórica e deliberativa; a outra, mais realista, pragmática, prática, preocupada com interesses ao invés de princípios. Posner é crítico da primeira visão e diz que a segunda é a única que pode ser sustentada funcionalmente (Posner 2005, 158).

Sua defesa do controle judicial de constitucionalidade se baseia, então, nos pressupostos da razão prática e dos incentivos racionais ao comportamento. Posner acredita que o judiciário foi desenhado para ser uma instituição que remova ou bloqueie alguns incentivos indesejáveis ao comportamento que são comuns a todas as pessoas, fazendo com que o juiz se habilite a ser um tomador de decisão um pouco mais imparcial e bem informado:

O isolamento dos juízes, junto com as tradições e os costumes da banca judicial e com o fato de que os juízes de mais alto nível federal são rastreados por competência e integridade, pode conferir ao judiciário o poder da reflexão livre e inteligente sobre problemas políticos, que é um complemento valioso à consideração que os legisladores ordinários fazem desses problemas.<sup>1</sup> (Posner 2000, 591)

Os legisladores representativos provavelmente não têm a mesma sorte, por outro lado. Esses agentes vez por outra vão ter que (ou querer) responder às “pressões dos interesses egoístas e paroquiais, às emoções feias, aos medos

<sup>1</sup> Tradução livre de: “*judges’ insulation, together with the traditions and usages of the bench and the fact that the higher federal judges are screened for competence and integrity, may confer on the judiciary a power of detached and intelligent reflection on policy issues that is a valuable complement to the consideration of these issues by the ordinary lawmakers.*”

irracionais e ao preconceito de seus eleitores”<sup>2</sup> (Id.). Ou seja, para Posner o jogo político dos grupos legislativos podem assumir características indesejáveis, feias, devido à resposta que os representantes têm que dar às pressões do seu público, enquanto os juízes, por estarem protegidos por alguns mecanismos institucionais, podem se isolar com mais facilidade dessas pressões.

## 2. TIRANIA DA MAIORIA

Outro problema muito invocado, e ainda relacionado à visão do auto-interesse, é o da tirania da maioria. Dworkin, em *Freedom's Law* (Dworkin 1999), afirma que o controle judicial não só é harmônico com a democracia, mas também necessário a ela, por poder impedir esse problema. A ideia de “tirania da maioria” é, de fato, central à discussão sobre controle de constitucionalidade, uma imagem que costuma ser invocada constantemente pelos defensores do controle judicial (Waldron 2005, VI). Waldron diz que para entendermos bem essa ideia temos que distinguir dois sentidos de “maioria”. O primeiro, que ele chama de “maioria decisional”, refere-se à maioria que vota e decide uma questão – é a maioria em números; o segundo, chamado por ele de “maioria tópica” refere-se ao grupo de pessoas que é o assunto da votação, “cujos direitos estão em jogo na decisão” (Waldron 2005, 1397).

Os dois tipos de maioria podem caminhar em sentidos diferentes. A maioria decisória pode favorecer a minoria tópica e vice-versa. O problema da ditadura da maioria fica mais obviamente em evidência, por sua vez, quando os dois tipos de “maioria” (decisional e tópica) convergem para decidir contra os direitos dos dois tipos de “minorias”. Isso acontece, por exemplo, no caso de um congresso composto na maior parte de pessoas brancas (maioria decisional) criar leis que deem privilégios aos brancos (maioria tópica); ou no caso de pessoas negras que participam desse congresso (minorias decisoriais) não conseguirem criar leis que protejam os direitos dos negros (minorias tópicos).

Se a presunção dos defensores da visão do auto-interesse é precisamente que, em questões decisórias sociais e representativas, a tendência é que a maioria decisória seja escolhida para assegurar os interesses da maioria tópica (negligenciando as minorias tópicos), então o caminho da maioria vai ser natural, praticamente inevitável.

## 3. VISÃO DO BEM COMUM

Há, porém, a linha contrária, dos que sustentam a “visão do bem comum”. Para esses autores, devemos supor que os agentes políticos votam e

---

<sup>2</sup> Tradução livre de: “these pressures sometimes reflect selfish, parochial interests, ugly emotion, ignorance, irrational fears, and prejudice”

atuam em boa-fé, frequentemente tendo as melhores intenções. Esses agentes seriam cidadãos, legítima e sinceramente preocupados com a situação atual de sua comunidade política e tentando criar soluções que melhorem a situação de todos. Nesse caso, mesmo que se admita o papel em certo sentido hegemônico da maioria decisional, não há motivo nenhum para pensar que eles não vão negligenciar os interesses das minorias tópicas. Pelo contrário, temos que supor que eles estão legitimamente preocupados com seu bem-estar.

É claro que nesse processo haverá discordâncias, muitas vezes irreconciliáveis, e que alguns grupos verão a proposta dos outros como ameaças (intencionais) à sua existência. Porém, não haveria nenhum indício de que os grupos políticos realmente se comportam com esse fim. E, de toda forma, essa mera desconfiança não seria suficiente para legitimar a intervenção do poder judiciário. Como diz Waldron:

O ponto a lembrar aqui é que nada de tirânico acontece comigo meramente em virtude do fato de que minha opinião não é posta em prática por uma comunidade da qual eu sou membro. Dado que a opinião que é posta em prática leve adequadamente em conta meus interesses juntos com o de todas as outras pessoas, o fato de que minha opinião não prevaleceu não é em si uma ameaça a meus direitos, ou a minha liberdade, ou ao meu bem-estar. Nada disso necessariamente muda se eu sou um membro da minoria tópica cujos direitos estão em questão. As pessoas – incluindo membros de minorias tópicas – não necessariamente têm os direitos que eles acham que têm. Elas podem estar erradas sobre os direitos que elas têm; a maioria pode estar certa. Uma conversa responsável sobre “tirania da maioria” vai manter esses pontos analíticos em mente.<sup>3</sup> (Waldron 2005, 1398)

Por isso, defensores da “visão do bem comum” tendem a rejeitar o controle judicial de constitucionalidade.

Isso fica mais claro em “*The Core of the case Against Judicial Review*”, texto em que Waldron (2005) resume e tenta expor da forma mais contundente possível sua crítica contra o controle judicial de constitucionalidade. Uma das premissas que Waldron estabelece antes de começar a sua argumentação é de que, no modelo de sociedade que ele está analisando, os cidadãos têm um “comprometimento com os direitos”, que:

<sup>3</sup> Tradução livre de: “*The point to remember here is that nothing tyrannical happens to me merely by virtue of the fact that my opinion is not acted upon by a community of which I am a member. Provided that the opinion that is acted upon takes my interests properly into account along with everyone else’s, the fact that my opinion did not prevail is not itself a threat to my rights, or to my freedom, or to my well-being. None of this changes necessarily if I am also a member of the topical minority whose rights are at issue. People – including members of topical minorities – do not necessarily have the rights they think they have. They may be wrong about the rights they have; the majority may be right. Responsible talk about “tyranny of the majority” will keep these analytic points in mind.*”

[E]les aceitam que os indivíduos têm certos interesses e têm direito a certas liberdades que não devem ser negadas simplesmente porque seria mais conveniente para a maior parte das pessoas negá-las. Eles acreditam que minorias têm direito a um grau de amparo, reconhecimento e isolamento que não é necessariamente garantido por seus números ou por seus pesos políticos”<sup>4</sup> (Waldron 2005, 1365)

É interessante notar como essa ideia apresenta-se como *pressuposição* para Waldron. Ele nem sequer preocupa em defendê-la argumentativamente. De fato, ele usará essa premissa como matéria-prima dos argumentos seguintes, os que serão desenvolvidos no decorrer do artigo.

Na seção VI de seu texto, quando Waldron quer mostrar que a ideia de tirania da maioria não tem a força de refutação que normalmente acreditamos que ela tem, uma de suas estratégias é justamente mostrar que não é possível que a pressuposição do “comprometimento com os direitos” dos cidadãos e que a ideia de tirania da maioria sejam verdadeiras ao mesmo tempo. Assim, ele bloqueia essa escolha argumentativa ao defensor do controle judicial, ao menos enquanto a discussão se desenrolar dentro do modelo que ele propõe (para sermos justos, Waldron, no final do artigo, analisará situações não-nucleares – *non-core* –, que estão fora de suas pressuposições).

Waldron também usa essa estratégia para atacar a defesa que Dworkin (1999), em *Freedom's Law*, faz do controle judicial de constitucionalidade. Uma das premissas centrais da defesa de Dworkin é de que os procedimentos democráticos só são legítimos em um ambiente em que os direitos das pessoas são respeitados adequadamente. Se esses direitos não são respeitados, o sistema se torna tirânico. E se o poder judiciário remedia situações de violação de direito no controle de constitucionalidade, então esse procedimento é legítimo.

A réplica de Waldron é indagar o que Dworkin quer dizer com ter “os direitos respeitados adequadamente”. Dworkin pode estar querendo dizer duas coisas: (i) que os procedimentos democráticos só são legítimos entre as pessoas que têm a *correta* visão sobre os direitos das outras pessoas; ou (ii) que os procedimentos democráticos só são válidos entre as pessoas que levam a sério os direitos das outras pessoas e tentam com o maior esforço possível e de boa-fé saber quais são esses direitos. Se ele estiver dizendo (i), então sua posição será forte demais: nenhum sistema jurídico e político chegou a esse nível de correção – independentemente de ele ter ou não o controle judicial de constitucionalidade. Se ele estiver dizendo (ii), que parece ser a

<sup>4</sup> Tradução livre de: “they accept that individuals have certain interests and are entitled to certain liberties that should not be denied simply because it would be more convenient for most people to deny them. They believe that minorities are entitled to a degree of support, recognition, and insulation that is not necessarily guaranteed by their numbers or by their political weight.”

posição mais razoável, então a premissa de Dworkin é satisfeita pelo modelo de sociedade que Waldron está propondo em seu artigo. A democracia está funcionando legitimamente, sem necessidade nenhuma do controle judicial de constitucionalidade (Waldron 2005, 1400). Waldron usa sua pressuposição do “comprometimento com os direitos” dos cidadãos como a matéria-prima do argumento que serve para refutar a defesa de Dworkin.

É claro que essa assunção otimista de Waldron está sujeita críticas por parte de autores mais “realistas”, como Posner. Posner concorda quando Waldron (1999), em *Law and Disagreement*, critica a tendência dos juristas americanos de negligenciarem o estudo dos órgãos legislativos do sistema jurídico do país, dando atenção desproporcional, por outro lado, às cortes judiciais. Para Waldron, esse entusiasmo pelo judiciário é acompanhado por uma visão “florida”, excessivamente otimista da capacidade dos juízes, vistos como pequenos filósofos-lógicos que vão conseguir pensar profundamente, e corretamente, as questões sociais que têm que decidir. Waldron quer mostrar que as coisas não são assim, e que o processo decisório dos juízes pode muitas vezes estar tão sujeitos a erro quanto o dos órgãos legislativos – uma ilustração significativa dessa semelhança é que em muitas vezes os dois, tanto a corte quanto a câmara, vão ter que resolver suas questões no voto, na contagem de cabeças, porque não conseguiram chegar a um consenso argumentativo.

O ponto de Posner é que Waldron não pode cometer o mesmo erro das pessoas que está criticando e ter uma visão demasiadamente positiva dos órgãos legislativos. E em muitos momentos Waldron cairia nessa armadilha:

Waldron não é suficientemente realista sobre o processo legislativo. Ele tem uma visão muito sonhadora dele. Ele diz que o modelo correto não é o de uma “competição profana por vantagens pessoais”, mas o de “um cenário barulhento em que homens e mulheres de espíritos elevados discutem apaixonadamente e vociferantemente sobre quais direitos nós temos, o que a justiça exige e ao que equivale o bem comum, motivados em seu desacordo não pelo que há disponível para eles, mas por um desejo de fazer a coisa correta”. Essa é uma visão tão irrealista do processo legislativo quanto a correspondente visão rósea sobre os tribunais que Waldron demole. Ele não oferece nenhuma justificativa para essa imagem ou para ideia de que pessoas de perspectivas diversas “são capazes de juntar essas perspectivas para chegarem a decisões melhores do que eles poderiam tomar sozinhos”<sup>5</sup>. (Posner, 2000, 591)

<sup>5</sup> Tradução livre de: “Waldron is not sufficiently realistic about the legislative process. He has too starry-eyed a view of it. He says that the right model is not an “unholy scramble for personal advantage” but rather “a noisy scenario in which men and women of high spirit argue passionately and vociferously about what rights we have, what justice requires, and what the common good amounts to, motivated in their disagreement not by what’s in it for them but by a desire to get it right”. This is as unrealistic a picture of the legislative process as is the corresponding roseate view of courts that Waldron demolishes. He offers no

Além disso, Posner também afirma que essa visão excessivamente favorável ao legislativo acaba entrando em tensão como uma das ideias fundamentais e recorrentes do livro de Waldron, de que o raciocínio argumentativo por si só tem severas limitações práticas e muito dificilmente irá ser suficiente para terminar com os desacordos sociais profundos; que a deliberação, na verdade, tem a tendência de aumentar, e não de diminuir, os desacordos (Id.). Do contrário, os juízes estariam novamente capacitados a entrar em ação, no sentido que Dworkin defende.

Acreditamos que Posner pode ter razão nas críticas a Waldron, mas também parece oportuno apontar que as razões para acreditar na visão de Posner também não são especialmente claras. Posner parece basear sua visão sobre a conveniência do controle judicial mais em um modelo teórico (ou pré-teórico, que seja) econômico do comportamento dos juízes, representantes políticos e cidadãos do que em evidências empíricas que vão propriamente nesse sentido.

A seguir, faremos uma tentativa de vislumbrar se há evidências sobre esses comportamentos e se elas nos podem fazer enxergar melhor o funcionamento do nosso sistema jurídico.

#### 4. GRUPOS

Uma ideia básica é de que os interesses e os valores são os fatores de influência mais importantes do comportamento das pessoas. Se for possível saber quais são os interesses e valores de alguém, também será possível ter uma boa noção sobre como ele se comporta. Além disso, se se sabe o que influencia esses interesses e valores, também se estará perto de saber o que influencia o comportamento de alguém.

Um fator importante que se nos apresenta, nesse sentido, é o comportamento de grupo. Pesquisas recentes mostram que o comportamento grupal é uma característica fundamental humana, essencial para manter a cooperação e uma poderosa forma de adaptação evolutiva (Haidt 2013; Greene 2014; Lieberman 2013). Os grupos são uma área central de pesquisa da psicologia social (Turner 1987; Tajfel 2010).

Jonathan Haidt, psicólogo social que estuda especialmente o comportamento moral, elaborou o modelo social-intuicionista do comportamento humano (Haidt 2001). Nesse modelo, em assuntos morais e valorativos, os julgamentos morais humanos são influenciados muito mais por nossas intuições do que por nosso raciocínio pessoal interno; além disso, nossas intuições e julgamentos são, por sua vez, influenciados pelas intuições e julgamentos das

---

*justification for this picture or for the idea that people of diverse perspectives "are capable of pooling these perspectives to come up with better decisions than any of them could make on [their] own"*.



pessoas de nosso grupo. O aspecto intuicionista desse modelo vem recebendo grande atenção atualmente, mas o aspecto social vem sendo indevidamente ignorado, o que é um erro, já que a parte social é fundamental para entendermos nossa moralidade:

Nós acreditamos que o julgamento moral é mais bem entendido como um processo social, não como um ato privado de cognição. [...] Por favor, não se esqueça da parte social do modelo, ou você irá pensar que nós pensamos que a moralidade é somente instinto cego, não mais esperto que a luxúria. Você irá nos acusar de negar qualquer papel causal para o raciocínio moral ou para a cultura, e você irá sentir que nossa teoria é uma ameaça para a dignidade humana, para a possibilidade de mudança moral ou para a noção de que os filósofos têm qual papel útil para desempenhar em nossas vidas morais.<sup>6</sup> (Haidt e Bjorklund 2007, 181)

Dessa forma, temos um modelo popular da psicologia que nos diz que a influência social é mais importante para formar a opinião moral e valorativa das pessoas do que a reflexão individual. Por decorrência, é evidente que Haidt atribua importância especial aos grupos.

De fato, intencionalmente em contraposição à ideia de que os seres humanos são egoístas (*selfish*), Haidt propõe que uma parte relevante de nossa natureza é “grupista” (*groupish*) (Haidt 2013, 221). Com isso ele quer dizer que: “nossas mentes contêm uma variedade de mecanismos que nos fazem adeptos a promover os interesses de nossos grupos, em competição com outros grupos.” Isso não é necessariamente uma visão de que somos altruístas, mas de que pelo menos somos propensos à cooperação genuína. “Nós não somos santos, mas às vezes somos bons jogadores de equipe.”<sup>7</sup> (Haidt 2013, 221).

Na mesma linha, Greene diz que a própria moralidade é um mecanismo para resolver os problemas de cooperação intra-grupo. O que ele chama de “maquinaria” moral (Greene 2014, 65) evoluiu para fazer com que pessoas do mesmo grupo pudessem evitar as armadilhas e trapaças do dilema do prisioneiro (modelo de teoria dos jogos que mostra como em várias situações de interação é racional trair ao invés de cooperar), implantando em nós as

<sup>6</sup> Tradução livre de: “*We believe that moral judgment is best understood as a social process, not as a private act of cognition. [...] Please don’t forget the social part of the model, or you will think that we think that morality is just blind instinct, no smarter than lust. You will accuse us of denying any causal role for moral reasoning or for culture, and you will feel that our theory is a threat to human dignity, to the possibility of moral change, or to the notion that philosophers have any useful role to play in our moral lives.*”

<sup>7</sup> Tradução livre de: “*when I say that human nature is also groupish, I mean that our minds contain a variety of mental mechanisms that make us adept at promoting our group’s interests, in competition with other groups. We are not saints, but we are sometimes good team players.*”

emoções morais, como a culpa, a vergonha, a raiva, as intuições de justiça, reciprocidade e equidade, a preocupação com o cuidado e o bem-estar dos outros, o amor, etc.

Isso também se adequa à explicação dos “blocos de construção da moralidade” que Haidt, Graham e outros autores dão na chamada “Teoria das Fundações Morais”. Para esses autores, funcional e cognitivamente, a moral é constituída por cinco “módulos” de avaliação de comportamentos e pessoas. Ambos têm tanto uma parte positiva, de “adequação”, e outra parte negativa, de “transgressão”. Eles são as fundações de: cuidado/dano; justiça/trapaça; lealdade/traição; autoridade/subversão; e pureza/degradação (Graham et al 2013; Haidt 2013, parte II). Deve-se reparar como todas essas fundações são essencialmente pro-sociais. E como algumas delas, como a de lealdade e a autoridade, estão intimamente relacionadas ao funcionamento do grupo. O bom cumprimento dessa fundação é uma forma de fazer o grupo ser melhor.

Há diversas evidências empíricas mostrando que os grupos são fundamentais na construção de nossos valores morais e políticos. Para sustentar as teorias que apresentamos, os autores como Haidt, Greene e Graham fizeram vários estudos experimentais.

Para o modelo social-intuicionista, Haidt presenciou em experimentos o fenômeno que ele chamou de “estupefação moral” (*moral dumbfounding*), em que os participantes não conseguiam explicar o motivo de acreditarem que uma situação era moralmente errada mesmo sem identificar vítimas ou danos aparentes, o que indica o caráter intuitivo e não-reflexivo de nossa moral (Haidt, Bjorklund, e Murphy 2000; Haidt e Hersh 2001).

Há estudos que conseguem induzir pessoas a ter *flashes* de sentimentos morais para coisas ou palavras consideradas irrelevantes, que farão os participantes, sem perceber, modificar seu juízo moral (Wheatley e Haidt 2005; Schnall, Haidt, Clore e Jordan 2007).

Nos estudos neurocientíficos clássicos de Greene sobre o dilema do *trolley*, ficou claro também que o fator que influencia o julgamento moral são as emoções morais (Greene et al 2001), que nos inibem de tomar decisões não-cooperativas contra membros de nosso grupo – mas não contra membros de fora do grupo (Greene 2014, 131).

Para as fundações morais, os pesquisadores elaboraram diversos formulários, que foram respondidos, online e presencialmente, por milhares de pessoas (Graham et al 2013). Essa grande quantidade de dados sobre os valores das pessoas possibilitou que os pesquisadores dividissem as fundações nos cinco grandes grupos principais que vimos, traçando o perfil dos entrevistados: por exemplo, eles consideram uma pessoa como politicamente conservadora caso ela pontue alto em todas as cinco fundações; os liberais, por sua vez, são

aqueles que pontuam muito alto nas fundações de cuidado e justiça, mas baixo no restante das fundações (Graham et al 2009).

O que dissemos até aqui mostra que o comportamento de grupo é um mecanismo fundamental para explicar a emergência e o funcionamento dos nossos valores morais e políticos. Quase certamente dá pra se concluir que essas características vão influenciar o comportamento político e eleitoral das pessoas. Mas podemos abordar essa questão mais diretamente.

## 5. VOTOS E GRUPOS POLÍTICOS

Na ciência política, Shanto Iyengar critica o modelo tradicional sobre o comportamento dos eleitores dos principais partidos políticos americanos (democrata e republicano). Segundo ele, os pesquisadores da área da geral-mente assumem que o que faz as pessoas do grupo polarizarem na política é a ideologia, o conjunto de crenças que têm os membros de um partido, que os posicionam, por exemplo, à esquerda ou à direita do espectro político (Iyengar 2012, 1-2). Mas essa visão estaria incorreta, porque não seria suficientemente preditiva, ainda mais pelo fato de que a correlação entre as preferências partidárias e as posições ideológicas ser fraca ou inexistente entre os eleitores americanos (Iyengar 2012, 19).

Um modelo mais adequado, segundo ele, seria um que levasse em conta os *grupos*: os eleitores de um partido teriam tendência a opiniões políticas convergentes por causa de dois processos. Um primeiro, interno, é o da relação afetiva que os membros do grupo sentem entre si. Quanto mais favorável é a visão deles sobre as pessoas e quanto mais eles se identificam como um grupo de iguais, maior será a tendência de eles compartilharem opiniões, inclusive indo a extremos (polarizando). O segundo, externo, é o da relação afetiva entre os membros de um grupo e os do grupo contrário. Quando mais negativa é a visão que se tem sobre as pessoas do grupo oposto, maior será a tendência a rejeitar a opinião deles, mesmo que os argumentos para sustenta-la sejam bons (Iyengar 2012, 23).

Ou seja, na visão de Iyengar (2012), as posições ideológicas dos grupos políticos são mais um *efeito* dos afetos e das relações entre os membros do grupo do que sua *causa*.

Haidt (2013, 100) diz que décadas de pesquisas na ciência política mostram que, ao contrário do que se costuma assumir, o auto-interesse cumpre um papel notavelmente pequeno nas posições políticas dos eleitores. Smith, Bruner e White (1956) mostram que opiniões políticas parecem ser mais uma declaração de identidade social do que reflexões sobre ideias abstratas.

Kinder (1998) faz uma revisão de literatura e diz que as evidências reiteradamente que o papel do auto-interesse é subestimado, enquanto os dos grupos costumam ter destaque. Para ele:

Os interesses, agora está claro, têm uma papel a desempenhar nas opiniões públicas – isto é, interesses que são coletivos ao invés de pessoais, centrados no grupo ao invés de auto-interessados. Em questões de opinião pública, os cidadãos parecem estar se perguntando não “o que há nisso para mim?”, mas “o que há nisso para meu grupo?” (assim como “o que há nisso para outros grupos?”).<sup>8</sup> (Kinder 1998, 808)

No mesmo sentido, Miller (1999) diz que a atribuição do auto-interesse é quase como um “mito”, que perpassa tanto o senso comum como a literatura acadêmica (Miller 1999, 1055). Mas que esse mito não teria muita comprovação empírica, já que, em experiências das ciências sociais, a assunção não tem poder preditivo nenhum. E em muitas situações a melhor assunção é a genuína prossocialidade quanto ao grupo (Id.). Para Miller, o maior risco do espalhamento desse mito é ele se tornar uma profecia autorrealizável, uma assunção que vá gradualmente modificando o comportamento das pessoas na direção precisamente do que é descrito (Miller 1999, 1057).

## 6. CRÍTICA AOS DOIS MODELOS

O que se pode extrair das considerações feitas acima é que o comportamento de grupo é um desafio para os modelos teóricos dos autores que tentam analisar a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade. Tanto os teóricos da visão do auto-interesse, como Posner, quanto os da visão do bem comum, como Waldron, parecem parar a meio caminho.

Politicamente, assim como em nosso comportamento social em geral, os seres humanos não são nem completamente auto-interessados – porque estão genuinamente preocupados com os membros do seu grupo – e nem completamente preocupados com o bem comum – porque esse altruísmo costuma se limitar aos membros do grupo, gerando indiferença ou até franca hostilidade contra as pessoas de outros grupos.

É provável que as considerações feitas aqui não refutem os dois modelos que estamos criticando. Talvez seja possível aprimorar o modelo do auto-interesse, realocando os grupos para a função de agentes egoístas centrais, ao invés dos indivíduos. Da mesma forma, os proponentes da visão do bem comum podem concentrar sua análise um pouco mais nas circunstâncias internas a um grupo.

O que deve ser enfatizado é que os grupos são um fator importantíssimo na explicação do comportamento político humano. Qualquer teoria séria

---

<sup>8</sup> Tradução livre de: *Interests, it is now clear, do have a part to play in public opinions – that is, interests that are collective rather than personal, group-centered rather than self-centered. In matters of public opinion, citizens seem to be asking themselves not “What’s in it for me?” but rather “What’s in it for my group?” (as well as “What’s in it for other groups?”).*

sobre a motivação dos agentes políticos – como as que chegam a conclusões sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade – devem levar essa variável em consideração.

## 7. CONCLUSÃO

Neste trabalho, apresentamos dois modelos populares para as motivações dos agentes políticos, que têm direto impacto na postura que se adota quanto ao controle judicial de constitucionalidade.

No modelo do auto-interesse, os agentes políticos são vistos como egoístas, com incentivos à traição e à desconsideração dos direitos alheios que podem estar em jogo. Esse modelo tende a ser mais permissivo com o controle judicial, já que enxerga como uma espécie de regulador do jogo puro de interesses que corre na arena política e legislativa. A ideia de “tirania da maioria” também costuma ser invocada com frequência pelos defensores desse modelo.

No modelo do bem-comum o que se afirma é que essa visão pessimista é exagerada, que os cidadãos na arena política geralmente se preocupam genuinamente com o bem-estar de toda a comunidade, fazendo-se, provavelmente, desnecessário que haja uma regulação de um órgão externo (judiciário), que pode ter o mesmo nível de discordância de boa-fé que há na arena política e legislativa.

Apresentamos evidências empíricas da psicologia social, na psicologia evolucionista, na ciência política, etc., para argumentar que esses modelos correm o risco de ignorar um terceiro fator: a influência do grupo, que faz com que os indivíduos sejam altruístas com seus pares, mas desinteressados ou hostis aos membros de outros grupos.

## REFERÊNCIAS

- Dworkin, Ronald. 1999. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. OUP Oxford.
- Graham, Jesse et al. 2013. “Moral foundations theory: The pragmatic validity of moral pluralism”. In: *Advances in experimental social psychology*. Academic Press, Vol. 47, p. 55-130.
- Graham, Jesse; Haidt, Jonathan; Nosek, Brian A. 2009. “Liberals and conservatives rely on different sets of moral foundations”. *Journal of personality and social psychology*, v. 96, n. 5, p. 1029.
- Greene, Joshua D. et al. 2001. “An fMRI investigation of emotional engagement in moral judgment”. *Science*, v. 293, n. 5537, p. 2105-2108.
- Greene, Joshua. 2014. *Moral tribes: Emotion, reason, and the gap between us and them*. Penguin.
- Haidt, Jonathan. 2001. “The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment”. *Psychological review*, v. 108, n. 4, p. 814.
- Haidt, Jonathan. *The righteous mind: Why good people are divided by politics and religion*. Vintage, 2013.
- Haidt, Jonathan; Bjorklund, Fredrik. 2008. “Social intuitionists answer six questions about morality”. In: Sinnott-Armstrong, Walter (Ed.). *Moral Psychology (vol. 2): The cognitive science of morality: intuition and diversity*. MIT Press, 2008, pp. 181-217.

- Haidt, Jonathan; Bjorklund, Fredrik; Murphy, S. 2000. *Moral dumbfounding: When intuition finds no reason*. Unpublished manuscript, University of Virginia.
- Haidt, Jonathan; Hersh, Matthew A. 2001. "Sexual morality: The cultures and emotions of conservatives and liberals". *Journal of Applied Social Psychology*, v. 31, n. 1, p. 191-221.
- Iyengar, Shanto; Sood, Gaurav; Lelkes, Yphtach. 2012. "Affect, Not Ideology: A Social Identity Perspective on Polarization". *Public opinion quarterly*, v. 76, n. 3, p. 405-431.
- Kinder, Donald R. 1998. "Opinion and action in the realm of politics". In Gilbert, D. T. S.; Fiske, T. e Lindzey, G. (Eds.). *The handbook of social psychology*. New York: McGraw-Hill, pp. 778-867.
- Lieberman, Matthew D. 2013. *Social: Why our brains are wired to connect*. OUP Oxford.
- Miller, Dale T. 1999. "The norm of self-interest". *American Psychologist*, v. 54, n. 12, p. 1053.
- Posner, Richard A. 1995. *Overcoming law*. Harvard University Press.
- Posner, Richard A. 2000. "Review of Jeremy Waldron, 'Law and Disagreement'". *Columbia Law Review*. Vol. 100. No. 2, pp. 582-592.
- Posner, Richard A. 2005. *Law, pragmatism, and democracy*. Harvard University Press.
- Posner, Richard A. 2008. *How judges think*. Harvard University Press.
- Posner, Richard A. 2009. *The problematics of moral and legal theory*. Harvard University Press, 2009.
- Posner, Richard A. 1990. *The problems of jurisprudence*. Harvard University Press.
- Schnall, S.; Haidt, Jonathan; Clore, G. 2005. *Irrelevant disgust makes moral judgment more severe, for those who listen to their bodies*. Unpublished manuscript, University of Virginia, Charlottesville, VA.
- Smith, M. Brewster; Bruner, Jerome S.; White, Robert W. 1956. *Opinions and personality*. Oxford, England: John Wiley.
- Tajfel, Henri. 2010. *Social identity and intergroup relations*. Cambridge University Press.
- Turner, John C. et al. 1987. *Rediscovering the social group: A self-categorization theory*. Basil Blackwell.
- Waldron, Jeremy. 1999. *Law and disagreement*. OUP Oxford.
- Waldron, Jeremy. 2005. "The core of the case against judicial review". *Yale lj*, v. 115, p. 1346.
- Wheatley, Thalia; Haidt, Jonathan. 2005. "Hypnotic disgust makes moral judgments more severe". *Psychological science*, v. 16, n. 10, p. 780-784.

# CAPÍTULO 18

## CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMATIVO E DEMOCRATIZAÇÃO DO *JUDICIAL REVIEW* NA ÁFRICA DO SUL: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Bianca M. Schneider van der Broecke  
Katya Kozicki*

**RESUMO:** O presente artigo pretende analisar o constitucionalismo transformativo na África do Sul e a democratização do *judicial review* por meio da adoção do mecanismo procedimental denominado de *meaningful engagement*, desenvolvido pela Corte Constitucional a fim de promover a solução de conflitos envolvendo direitos fundamentais de grupos marginalizados. Trata-se de instrumento inovador que, ao permitir a construção compartilhada, entre o Poder Público responsável e os segmentos populacionais afetados, da solução para litígios envolvendo a concretização de direitos sociais, carrega de legitimidade decisões que evidenciam a dimensão política da jurisdição constitucional, podendo servir de paradigma para outros países do Sul Global.

**PALAVRAS-CHAVE:** África do Sul, Ativismo Judicial, “Compromisso Significativo”, Constitucionalismo Transformativo, Deliberação Democrática.

### 1. INTRODUÇÃO

A África do Sul tem passado por profundas reformas desde o final do século XX, mudanças políticas como o fim do regime de segregação racial baseado na dominação de uma minoria branca (*Apartheid*), e jurídico-sociais, com o advento de uma nova Constituição (1996), que estabeleceu elevadas expectativas para a atuação da Corte Constitucional em prol da realização da justiça social. Desde a vigência da Constituição Interina de 1993, assume a Corte o compromisso com o estabelecimento de uma sociedade baseada em valores democráticos, justiça social e direitos humanos fundamentais, sendo a peça chave do “constitucionalismo transformativo”<sup>1</sup> que surgiu no país após a transição democrática.

---

<sup>1</sup> O preâmbulo da Constituição da República da África do Sul de 1996 deixa clara a intenção transformadora deste novo pacto social, baseado na dignidade humana, na liberdade e na igualdade de todos em uma sociedade multiétnica e multicultural:

“Nós, o povo da África do Sul, Reconhecemos as injustiças do nosso passado; Honramos aqueles que sofreram por justiça e liberdade em nossa terra; Respeitamos aqueles que trabalharam para construir e

Contudo, diversamente do que acontece em outras democracias recentes, referido protagonismo institucional tem se desenvolvido de forma responsável, por meio da adoção de uma postura dialógica em relação aos demais poderes, bem como a partir da ênfase à participação popular e do estímulo à deliberação, nas questões que envolvem a judicialização da política e a concretização de direitos fundamentais dos grupos marginalizados. Desta feita, mediante o método dedutivo e utilizando-se a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial comparada, busca-se no presente trabalho investigar e analisar descritivamente um dos mecanismos procedimentais inovadores empregados pela Corte Constitucional da África do Sul,<sup>2</sup> enquanto nova e promissora proposta de democratização do controle de constitucionalidade também para outros Estados democráticos liberais. Trata-se do denominado “Compromisso Significativo” (*Meaningful Engagement*), utilizado por ocasião da intervenção da Corte em políticas públicas em torno dos direitos socioeconômicos.

Neste diapasão, primeiramente, procura-se analisar o constitucionalismo transformativo da África do Sul, que se desenvolve com o fim do *Apartheid* e com advento de uma nova Constituição (1996), e em que a Corte Constitucional exerce um papel central no estabelecimento de uma sociedade baseada em valores democráticos, justiça social e direitos humanos fundamentais. E, partindo-se dessas observações, intenta-se descrever o funcionamento do “Compromisso Significativo”, enquanto novidade processual apta a promover a participação popular no direcionamento e legitimação das práticas de controle judicial de constitucionalidade, na concretização de direitos fundamentais.

No contexto sul-africano de pluralismo e reconciliação nacional pós-*Apartheid*, o desenvolvimento de um constitucionalismo transformativo, baseado na noção de ubuntu<sup>3</sup>, traz a lume a promoção da prática dialógica entre

---

desenvolver o nosso país; e Acreditamos que a África do Sul pertence a todos os que vivem nela, unidos em nossa diversidade. Portanto, por meio de nossos representantes eleitos livremente, adotaremos esta Constituição como a lei suprema da República, de modo que Cure as divisões do passado e estabeleça uma sociedade baseada em valores democráticos, justiça social e direitos humanos fundamentais; Estabeleça as bases para uma sociedade democrática e aberta em que o governo se baseie na vontade do povo e todo cidadão seja igualmente protegido por lei; Melhore a qualidade de vida de todos os cidadãos e liberte o potencial de cada pessoa; e Construa uma África do Sul unida e democrática capaz de tomar o seu lugar legítimo como um estado soberano na família das nações” (tradução nossa). Disponível em: <http://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996-preamble>

<sup>2</sup> Fica de fora do escopo do presente trabalho o estudo da “cláusula de restrição geral” (*general restrictions clause*), contida na Seção 36 da Constituição sul-africana, a qual também se insere no intento de democratização do *judicial review*, por meio da operacionalização de um diálogo entre o judiciário e o legislativo, quando em litígio questões que envolvem a afirmação de direitos em temas socialmente muito controvertidos.

<sup>3</sup> Como explica Karl Klare, ‘Ubuntu’ é uma palavra nas línguas Nguni que aparece no postâmbulo da Constituição Interina de 1993 e evoca um ethos ou cultura de comunidade, interdependência, compartilhamento, respeito mútuo e dignidade de cada pessoa (Karl E. Klare, “Legal Culture and Transforma-



os ramos do Poder e o favorecimento do debate – a uma ampla variedade de atores governamentais e não governamentais – sobre os procedimentos a serem adotados e a implementação das políticas públicas para concretização dos direitos fundamentais, de grande valia para outros países em desenvolvimento e com as mesmas demandas sociais.

## 2. O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMATIVO NA ÁFRICA DO SUL

Desde o fim do regime de *Apartheid*, a África do Sul tem vivenciado profundas mudanças políticas e jurídico-sociais, tendo sido inaugurado um novo projeto constitucional democrático com o advento da Carta de 1996. Ran Hirschl, ao empreender a análise da revolução constitucional sul-africana,<sup>4</sup> país em desenvolvimento que entende possuir uma das maiores lacunas entre o desejo popular e os arranjos constitucionais no pós Segunda Guerra Mundial, assinala que houve ali o que denomina de “transição única”, tendo em vista que a constitucionalização dos direitos e o estabelecimento do controle judicial de constitucionalidade foram subprodutos da transição de um regime autoritário ao democrático, a exemplo do que também ocorreu em países da América Latina (Nicarágua em 1987, Brasil em 1988, Colômbia em 1991, Peru em 1993, Bolívia em 1994).<sup>5</sup>

---

tive Constitucionalism”, *South African Journal on Human Rights* 14, n° 1 (1998): 155). Conforme se depreende do referido postâmbulo: “Esta Constituição constitui uma ponte histórica entre o passado de uma sociedade profundamente dividida, caracterizada por conflitos, sofrimentos incontestáveis e injustiça, e um futuro fundado no reconhecimento dos direitos humanos, da democracia e da coexistência pacífica e oportunidades de desenvolvimento para todos os sul-africanos, independentemente da cor, raça, classe, crença ou sexo. A busca da unidade nacional, o bem-estar de todos os cidadãos sul-africanos e a paz exigem a reconciliação entre as pessoas da África do Sul e a reconstrução da sociedade. A adoção desta Constituição estabelece o fundamento seguro para o povo da África do Sul poder transcender as divisões e conflitos do passado, que geraram graves violações dos direitos humanos, a transgressão dos princípios humanitários em conflitos violentos e um legado de ódio, medo, culpa e vingança. Isto agora pode ser superado com base na necessidade de compreensão, mas não de vingança, necessidade de reparação, mas não de retaliação, necessidade de ubuntu, mas não de vitimização.” Disponível em: <http://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-act-2001993#constituant> (tradução nossa).

<sup>4</sup> E sua obra *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Ran Hirschl eleger como objeto de estudo os processos de constitucionalização que desencadearam um efeito transformador no papel político das Cortes Constitucionais do Canadá, Israel, Nova Zelândia e África do Sul, enquanto o campo de testes ideais para a identificação das origens políticas e consequências da constitucionalização dos direitos e da fortificação do controle judicial de constitucionalidade, vivenciados globalmente no pós Segunda Guerra Mundial, juntamente com a expansão da democracia liberal. (Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism* (Cambridge: Harvard University Press, 2007), 9-16).

<sup>5</sup> Hirschl, *Towards Juristocracy*, 7.

A expansão da atuação do Poder Judiciário em detrimento das esferas representativas do Estado, por meio do fortalecimento do controle judicial de constitucionalidade, que tem resultado no desempenho de um papel cada vez mais preponderante por parte das Cortes Superiores na tomada de decisões políticas. Em oposição à autocontenção, enquanto forma consagrada de atuação, esse comportamento mostra-se como uma tendência global<sup>6</sup> após a Segunda Guerra Mundial e é denominada por Hirschl de “juristocracia”. Segundo ele, o processo de constitucionalização desencadeou um efeito transformador no papel político das cortes constitucionais, de modo que elas passaram a decidir as controvérsias políticas mais fundamentais. E, assim, em países que aderiram ao fortalecimento do *judicial review*, como a África do Sul, a deferência ao Judiciário assumiu níveis sem precedentes, sendo a Corte Constitucional chamada a decidir para além da definição dos direitos fundamentais, abarcando a própria dimensão do Estado, e sua identidade nacional,<sup>7</sup> como será abordado a seguir.

## 2.1. A Corte sul-africana e o projeto constitucional democrático pós-Apartheid

A Corte Constitucional da África do Sul foi criada por ocasião da instituição da Constituição Interina de 1993<sup>8</sup>, por meio da qual os partidos

<sup>6</sup> Como descreve Hirschl, tal mudança foi empreendida em países como Japão, Itália, França e Alemanha, enquanto subproduto da reconstrução política. Na Índia, assim como em outras antigas colônias britânicas, foram parte do processo de descolonização. Em países pós-comunistas e pós-soviéticos como Polônia, Hungria e Rússia, fez parte da transição tanto para um modelo de democracia ocidental, como para o de uma economia de mercado. Em outros casos, deu-se no cenário da incorporação de normas legais internacionais aos sistemas jurídicos domésticos, como ocorreu com a introdução da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos na Dinamarca, na Suécia e na Grã-Bretanha. E, em países como Nova Zelândia, Israel e Canadá, as reformas constitucionais e o correspondente estabelecimento de um controle judicial ativo de constitucionalidade não se deram como resultado aparente de alguma mudança fundamental nos regimes políticos ou econômicos. (Hirschl, *Towards Juristocracy*, 7-8).

<sup>7</sup> Hirschl, *Towards Juristocracy*, 169-170.

<sup>8</sup> Com sede em Johannesburgo, esta Corte é formada por um Chefe de Justiça (*Chief Justice*), um *Deputy President*, e nove juizes, e atua como árbitro final em matérias referentes à Constituição. Suas competências abrangem a solução de conflitos de competência entre a União e os Estados federados, controle de constitucionalidade de todas as leis e atos governamentais, e deve ainda confirmar (referendar) todas as decisões tomadas pelas Cortes regionais para que elas sejam válidas e eficazes. O Presidente da África do Sul nomeia o Chefe de Justiça e o *Deputy President*, mediante consulta prévia à Comissão do Serviço Judicial e aos líderes dos partidos políticos, bem como designa os demais juizes dessa corte a partir de uma lista de nomes fornecida pela mencionada Comissão, sendo que um dos requisitos é que dos nove magistrados, ao menos quatro tenham ascendido diretamente de um cargo exercido na Suprema Corte de Apelação, ou nas Cortes Superiores. Ademais, segundo a Constituição, os juizes da Corte Constitucional exercem um mandato não renovável de 12 anos, e devem se aposentar compulsoriamente aos 70 anos de idade. Consoante analisa Hugh Corder, a Comissão do Serviço Judicial tomou o processo de

políticos estabeleceram os princípios fundamentais para uma futura Constituição definitiva, que, depois de um longo processo de negociação, foi promulgada em 1996. De acordo com o previsto na Constituição Interina, que entrou em vigor em abril de 1994, competia à Corte Constitucional garantir a observância àqueles princípios básicos, devendo, inclusive, avaliar o texto final da Constituição, que lhe foi submetido depois de aprovado pela Assembleia Constituinte, entrando em vigor somente após a sua certificação. Como afirma Carlos de Alexandre Azevedo Campos, a possibilidade do exercício deste tipo de poder político pela Corte Constitucional foi resultado de um acordo entre os partidos políticos, enquanto condição para o avanço da própria transição democrática.<sup>9</sup>

Trata-se de um tipo de controle judicial de constitucionalidade inusitado<sup>10</sup>, sobre o próprio poder constituinte originário, que se verificou na prática, no processo de certificação da Constituição de 1996, cuja redação final foi submetida à Corte, tendo esta ouvido praticamente todos os partidos políticos sul-africanos, em razão de objeções apresentadas ao texto. Em setembro de 1996, a Corte Constitucional decidiu que nove elementos do texto final deveriam ser devolvidos à Assembleia Constituinte para serem rediscutidos, pois não estariam de acordo com os princípios fundamentais estabelecidos nas negociações pluripartidárias que culminaram com a Constituição Interina de 1993. Um mês depois, a Assembleia Constituinte devolveu à Corte Constitucional um texto emendado e refeito, o qual foi aprovado por unanimidade em dezembro do mesmo ano, entrando em vigor a partir de 04 de fevereiro de 1997.<sup>11</sup>

---

indicação dos magistrados mais aberto e transparente: os candidatos são entrevistados publicamente, o que muito se diferencia dos processos secretos ocorridos antes da Constituição de 1993, em que o Presidente indicava apenas consultando o seu gabinete e acabava por escolher membros do Judiciário brancos e que atendessem a sua plataforma de governo. Além disso, atendendo a disposições específicas da Constituição, segundo as quais qualquer pessoa pode ser indicada como membro do Judiciário, havendo a exigência de que este Poder reflita a composição de gênero e raça da África do Sul, nos últimos anos a Comissão tem indicado mulheres e negros para a Corte Constitucional. Assim desde o fim do regime político de *Apartheid*, modificações de caráter demográfico no Judiciário tem permitido que ele se torne mais legítimo, suas decisões mais imparciais, e que ele venha a ser mais responsivo à população. (Hugh Corder, "Seekin Social Justice? Judicial Independence and Responsiveness in a Changing South Africa". In *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from around the World*, edited by Peter Russel and David M. O'Brian (Virginia, USA: University Press, 2001), 195-199.) Mencione-se que atualmente a Corte Constitucional da África do Sul é composta por três juízas negras, dois juízes brancos e quatro juízes negros, dentre os quais o Chefe de Justiça e o *Deputy President*.

<sup>9</sup> Carlos Alexandre de Azevedo Campos, *Dimensões do Ativismo Judicial do STF* (Rio de Janeiro: Forense, 2015), 144.

<sup>10</sup> Afirma Hirschl que se trata de uma mitigação do princípio da separação dos poderes nunca antes vista no constitucionalismo moderno. (Hirschl, *Towards Juristocracy*, 186).

<sup>11</sup> Campos, *Dimensões do Ativismo Judicial*, 144.

Em todo esse processo de certificação, a legitimidade em si da função assumida pela Corte a respeito do texto constitucional nunca foi discutida, o que acabou por consagrá-la como elemento central na definição dos rumos constitucionais e políticos do país.<sup>12</sup> Como ressalta Campos:

O exercício concreto acabou tornando a Corte elemento essencial da nova paisagem política sul-africana, titular do poder exclusivo de dizer o que a Constituição significa em face da vontade política ordinária. Ainda que chamada a fazê-lo, o exercício concreto de certificação da Constituição foi uma extraordinária afirmação do poder de *judicial review* pela Corte, que repercutiu sua posição de protagonismo institucional para o futuro da nova vida democrática sul-africana.<sup>13</sup>

Desde a vigência da Constituição Interina de 1993, a Corte Constitucional sul-africana assumiu o compromisso com o estabelecimento de uma sociedade baseada em valores democráticos, justiça social e direitos humanos fundamentais, sendo a peça chave do “constitucionalismo transformativo” que surgiu no país após a transição democrática.<sup>14</sup> O preâmbulo da Constituição da República da África do Sul de 1996 deixa clara a intenção transformadora deste novo pacto social, baseado na dignidade humana, na liberdade e na igualdade de todos em uma sociedade multiétnica e multicultural:

Nós, o povo da África do Sul, Reconhecemos as injustiças do nosso passado; Honramos aqueles que sofreram por justiça e liberdade em nossa terra; Respeitamos aqueles que trabalharam para construir e desenvolver o nosso país; e Acreditamos que a África do Sul pertence a todos os que vivem nela, unidos em nossa diversidade. Portanto, por meio de nossos representantes eleitos livremente, adotaremos esta Constituição como a lei suprema da República, de modo que Cure as divisões do passado e estabeleça uma sociedade baseada em valores democráticos, justiça social e direitos humanos fundamentais; Estabeleça as bases para uma sociedade democrática e aberta em que o governo se baseie na vontade do povo e todo cidadão seja igualmente protegido por lei; Melhore a qualidade de vida de todos os cidadãos e liberte o potencial de cada pessoa; e Construa uma África do Sul unida e democrática capaz de tomar o seu lugar legítimo como um estado soberano na família das nações.<sup>15</sup>

Para Karl E. Klare, a Constituição sul-africana traz em seu bojo um projeto constitucional de longo prazo, que envolve a promulgação, interpretação e execução de medidas para transformar as instituições políticas e sociais do

<sup>12</sup> Hirschl, *Towards Juristocracy*, 186.

<sup>13</sup> Campos, *Dimensões do Ativismo Judicial*, 144.

<sup>14</sup> Klare, “Legal Culture”, 148-150.

<sup>15</sup> Disponível em: <http://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996-preamble>

país, e as relações de poder, de forma democrática, participativa, e igualitária. Neste sentido, o constitucionalismo transformativo representa o esforço para induzir mudanças sociais em grande escala através de processos políticos não-violentos, fundamentados em lei. Tal transformação tem como pano de fundo a ideia de uma comunidade altamente igualitária, comprometida e multicultural<sup>16</sup>, governado por processos participativos e democráticos.<sup>17</sup>

A Constituição pressupõe que a liberdade política e a justiça socioeconômica são intrinsecamente entrelaçadas e, portanto, estabelece uma conexão estreita entre direitos políticos e socioeconômicos. Não pretende apenas proclamar direitos políticos democráticos, mas sim possibilitar ao povo sul-africano a alcançar um novo tipo de sociedade, em que as pessoas realmente tenham os recursos sociais necessários para exercer seus direitos e se autodeterminar.<sup>18</sup> A Constituição, como assevera Klare, “abraça uma visão de autodeterminação coletiva paralela a (não no lugar da) sua visão forte da autodeterminação individual”.<sup>19</sup>

## 2.2. Ativismo judicial progressista e transformação social na África do Sul

O propósito da transformação democrática e do estabelecimento de uma sociedade baseada na justiça social, faz com que a Constituição sul-africana tenha um compromisso primordial com os direitos humanos e a igualdade, assim compreendida em seu aspecto substantivo (redistributivo), não apenas formal. Além disso, celebra multiculturalismo e a diversidade dentro de um contexto de reconciliação nacional e ubuntu, promovendo a igualdade de gêneros, vedando expressamente a discriminação com base em orientação sexual

<sup>16</sup> Cabe mencionar que a Constituição Interina de 1993, em seu Capítulo 1, ao instituir a República da África do Sul, reconhece, como oficiais, onze tipos diferentes de línguas, a nível nacional, dispondendo que devem ser criadas as condições para o seu desenvolvimento e para a promoção do seu uso e gozo de forma igualitária, quais sejam: “Afrikaans, English, isiNdebele, Sesotho sa Leboa, Sesotho, siSwati, Xitsonga, Setswana, Tshivenda, isiXhosa and isiZulu”.

<sup>17</sup> Klare, “Legal Culture”, 150.

<sup>18</sup> Para Klare os sul-africanos adotaram uma Constituição “pós-liberal”, que, de forma plausível, pode ser considerada não apenas como aberta, mas sim como comprometida com uma transformação social igualitária em larga escala. E a escolha deliberada do termo “pós-liberal” em vez de “social-democrata”, acontece porque entende o autor que “nenhuma das rubricas políticas tradicionais são suficientemente adequadas e a maioria carrega pelo menos alguma distração e bagagem sectária. Por exemplo, enquanto ‘social-democrata’ é um rótulo útil para algumas das aspirações da Constituição (igualdade, redistribuição, segurança social), não captura características essenciais da experiência sul-africana: multiculturalismo, atenção ao gênero e identidade sexual, ênfase na participação e transparência governamental, ambientalismo e a extensão dos ideais democráticos para a ‘esfera privada’.” (Klare, “Legal Culture”, 151). (tradução nossa)

<sup>19</sup> Klare, “Legal Culture”, 153. (tradução nossa)

e protegendo os direitos dos grupos vulneráveis e vitimizados, bem como a diversidade linguística e o respeito pela tradição cultural.<sup>20</sup>

Diante desse quadro, a Corte Constitucional da África do Sul tem atuado na legitimação das transformações sociais pós-Apartheid, envidando esforços para superar as violações de direitos que caracterizaram este regime, a partir da interpretação criativa e progressiva dos preceitos fundamentais da Constituição de 1996, com o escopo de “promover a realização dos propósitos transformativos de justiça social”<sup>21</sup>. Nesta esteira, cabe citar a paradigmática decisão sobre a pena de morte no caso *S v. Makwanyane and Another* (1995)<sup>22</sup>, que era largamente utilizada contra os negros pelo regime político autoritário. Diante do silêncio legislativo e constitucional sobre o tema controverso, a Corte, de forma unânime, estabeleceu “que a pena de morte não fazia parte do sistema normativo democrático da África do Sul”.<sup>23</sup>

Referido protagonismo institucional por parte da Corte sul-africana, motivado pela expansão do papel do Poder Judiciário, em razão da constitucionalização dos direitos humanos fundamentais e do fortalecimento do controle judicial de constitucionalidade, no contexto transformativo peculiar desencadeado pelo processo de transição democrática no país, acontece de forma responsável, havendo a necessária deferência aos demais poderes constituídos nas questões que envolvem a afirmação de direitos em temas socialmente muito controvertidos, e na alocação de recursos públicos para a concretização dos direitos socioeconômicos.<sup>24</sup>

Neste sentido, no que tange às liberdades fundamentais e à igualdade, cabe citar a atuação da Corte Constitucional no caso *Minister of Home Affairs v. Fourie* (2005), que julgou inconstitucional a legislação ordinária na parte em que não conferia às uniões de pessoas do mesmo sexo igual reconhecimento e *status* dado ao casamento civil entre homens e mulheres. Na ocasião, concedeu-se o prazo de um ano ao Parlamento para que fosse adequada a lei

<sup>20</sup> Klare, “Legal Culture”, 155.

<sup>21</sup> Campos, *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*, 144.

<sup>22</sup> *S v Makwanyane e Outro* foi um marco histórico de 1995 da Corte Constitucional da África do Sul. Estabeleceu que a pena capital era incompatível com o compromisso com os direitos humanos expressado na Constituição Provisória de 1994. A decisão do tribunal invalidou o artigo 277 (1) (a) da Lei de Processo Penal 51 de 1977, que previa o uso da pena de morte, juntamente com quaisquer disposições similares em qualquer outra lei vigente na África do Sul. O tribunal também proibiu o governo de levar a cabo a sentença de morte de qualquer prisioneiro que aguardava execução, declarando que eles deveriam permanecer na prisão até que novas sentenças fossem proferidas. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html>

<sup>23</sup> Hugh Corder. “Judicial Activism of a Special Type: South Africa’s Top Courts Since 1994”, in. *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*, Ed. Brice Dickson, (New York: Oxford University Press, 2007), 332. (tradução nossa)

<sup>24</sup> Campos, *Dimensões do Ativismo Judicial*, 145.

sul-africana que regulava o matrimônio ao pronunciamento da Corte Constitucional. Fez-se constar na decisão que, se a lei não fosse adequada no prazo assinalado, automaticamente seria incluída nela a expressão “*or spouse*”, a fim de possibilitar, juridicamente, o casamento homoafetivo e, dois dias antes de o prazo expirar, o legislativo alterou o dispositivo legal, nos termos do pronunciamento da Corte.

Ao que se vê, as aspirações transformadoras da Constituição sul-africana implicam novas concepções acerca do papel e das responsabilidades da jurisdição constitucional, que devem ser examinados e revisados de modo a promover uma cultura democrática deliberativa entre os poderes constituídos, em prol da realização de projetos políticos.<sup>25</sup> Neste intuito, a Corte Constitucional da África do Sul busca estabelecer “diálogos com os outros poderes em torno da melhor forma de relizar as esperanças e pretensões transformativas da nova ordem constitucional e democrática”.<sup>26</sup> No campo dos direitos socioeconômicos esse ativismo criativo tem se manifestado por meio do mecanismo procedimental denominado de “Compromisso Significativo” (*Meaningful Engagement*), em que além de promover o diálogo com outros entes estatais, para a superação das obstruções políticas e institucionais, assegura a deliberação pública na proteção dos direitos fundamentais.

### 3. O “COMPROMISSO SIGNIFICATIVO”

O *Meaningful Engagement* se configura em estratégia jurisdicional criativa construída pela jurisprudência constitucional sul-africana, mas representa uma nova classe de ativismo judicial que vem sendo observada em países como a Índia, Argentina e Colômbia,<sup>27</sup> onde institutos similares estão sendo

<sup>25</sup> Klare, “Legal Culture”, 156.

<sup>26</sup> Campos, *Dimensões do Ativismo Judicial*, 145.

<sup>27</sup> Como exemplos desse ativismo judicial dialógico mais frequentemente abordados pela doutrina citamos a jurisprudência do Tribunal Supremo da Índia, que ao se ocupar de problemas sociais como a fome e o analfabetismo tem criado comissões judiciais de assessoramento para supervisionar o cumprimento das decisões judiciais proferidas nas chamadas “*public interest litigation*”, previstas constitucionalmente para a defesa de direitos coletivos (ver: Jamie Cassels, “Judicial activism and public interest litigation in India: attempting the impossible?”, *American Society of Comparative Law*, 37, n. 3, (1989), 495-519). Na Argentina, faz-se referência ao caso “Mendoza”, que envolve a questão da judicialização da saúde e, no qual, a Corte Suprema estimulou a participação e a deliberação durante o processo, bem como emitiu ordens flexíveis, para lidar com as condições institucionais, políticas e econômicas que deram ensejo às violações de direito (ver: Paola Bergallo, “La causa ‘Mendoza’: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a La salud”, in: *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, comp. Roberto Gargarella (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014), 245-291). E, na Colômbia, mencione-se a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), que passou a ser utilizado pela jurisprudência constitucional da Colômbia a partir da constatação da existência de um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais, decorrente de

empregados nos denominados “litígios estruturais”<sup>28</sup>, em que há a identificação de um quadro de violação generalizada de direitos fundamentais de um determinado grupo social, decorrente da ação ou omissão sistêmica e persistente do Estado na concretização de políticas públicas e da falta de coordenação dos entes envolvidos, que exija a adoção de medidas estruturais para a sua superação.

Essa nova forma de ativismo judicial pressupõe a adoção de “medidas estruturais”<sup>29</sup>, a fim de dar efetividade a direitos fundamentais constitucionalmente previstos, buscando, para tanto, uma solução compartilhada entre os Poderes e a sociedade. Nestes casos, compete à Corte atuar para a promoção da cooperação e coordenação entre os atores governamentais e não-governamentais afetados, possibilitando o debate público sobre a questão constitucional em julgamento e a construção conjunta da decisão judicial, na perspectiva de uma democracia deliberativa nos moldes apresentados por Habermas.<sup>30</sup>

---

falhas estruturais (ações ou omissões persistentes por parte do Poder Público), cuja superação somente é possível mediante a adoção de um conjunto coordenado de medidas governamentais, que envolvam uma pluralidade de atores públicos e a deliberação pública com os potenciais afetados (ver: César Rodríguez Garavito, “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, in *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de La deliberación democrática*, comp. Roberto Gargarella (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014)).

<sup>28</sup> Garavito, “El activismo dialógico”, 213. O autor utiliza o termo “casos estructurales”, que aqui se traduziu como “litígios estruturais”. Cumpre mencionar que essa nova classe de tutela processual foi pioneiramente identificada e descrita em 1979, por Owen M. Fiss, que a partir da análise do provimento mandamental (*injunction*) proferido em 1955, no caso *Brown versus Board of Education II*, apontou um novo tipo de *Civil Rights Injunction*, a por ele denominada *structural injunction*. Segundo o autor norte-americano, as ordens estruturais originadas deste tipo de litígio consubstanciam-se em um dos legados mais importantes da defesa dos *civil rights* norte-americanos em juízo, sendo o seu propósito a reorganização de uma instituição social a fim de evitar que uma ilegalidade se repita. Além disso, devem ser entendidas como precursoras de um relacionamento entre a Suprema Corte e os entes governamentais visto que a emissão de uma decisão dessa natureza significa menos um ato coercitivo, um comando, e mais um ato de colaboração, consubstanciado na declaração de que, doravante, “*the Court Will direct or manage the reconstruction of the social institution, in order to bring it in to conformity with the Constitution*” (Owen M. Fiss, *The Civil Rights Injunction*, (Bloomington: Indiana University Press, 1978), 36-37).

<sup>29</sup> Mencione-se que os autores que escrevem sobre o tema utilizam tanto o termo “remédio estrutural” (Rosalind Dixon, “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles”, in *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de La deliberación democrática*, comp. Roberto Gargarella (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014), p. 88), como a designação “medidas estruturantes” (Marco Félix Jobim, *Medidas Estructurantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal* (Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013), 30), para nomear o mesmo instituto que, na doutrina comparada, também se denomina de “medidas estructurales” (Garavito, “El activismo dialógico”, 213), tendo sido a tradução deste último nome a forma de identificação escolhida no presente trabalho.

<sup>30</sup> Roberto Gargarella, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”, in *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, comp. Roberto Gargarella (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014), 124.



Para o filósofo alemão, é por meio do procedimento de normatização e da deliberação, que proporcionam a racionalização discursiva das decisões, que se constitui o cerne do processo democrático e a conciliação entre a soberania popular e o Estado de Direito liberal,<sup>31</sup> sendo, portanto, legítimas aquelas decisões que resultam de processos de discussão em que intervêm em posição de igualdade todos os potenciais afetados.

Neste diapasão, o “Compromisso Significativo” pressupõe a construção de uma solução pactuada, participativa e sob a fiscalização do Poder Judiciário. Referido mecanismo procedimental vem sendo desenvolvido pela Corte Constitucional da África do Sul desde o julgamento dos casos *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*<sup>32</sup> (2000) e *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*<sup>33</sup> (2002) – denominado TAC –, em prol da efetivação

<sup>31</sup> Segundo Habermas, há um nexo interno entre direitos humanos e soberania popular consistente no fato de que os direitos humanos institucionalizam as condições comunicativas para a formação de uma vontade política racional, no exercício dos direitos civis, políticos e sociais. Assim, o princípio da soberania popular expressa-se por meio dos direitos à comunicação e participação que asseguram a autonomia pública dos cidadãos de um Estado democrático e, o domínio das leis, por intermédio dos direitos fundamentais que garantem a autonomia privada dos membros da sociedade civil. (Jürgen Habermas, “Sobre a Legitimação baseada nos Direitos Humanos”, *Direito, Estado e Sociedade* 17, (ago/dez 2000): 194-195.

<sup>32</sup> Este caso envolveu um grupo de pessoas em situação de extrema pobreza, que originalmente viviam em precárias condições de habitação em favelas da África do Sul. Posteriormente, passaram a ocupar uma propriedade que foi incluída em um plano governamental existente para a construção de habitações de baixo custo. Embora eles estivessem na lista para obtenção de habitação de baixo custo, muitos não tinham nenhuma perspectiva real de obtê-la a curto prazo. O respectivo proprietário obteve uma ordem para expulsá-los da terra, e os barracos que tinham construído foram demolidos, passando os despejados a ocupar um estádio de futebol, em condições abaixo do mínimo existencial que, embora inadequadas, as suas barracas demolidas ofereciam. Os desalojados processaram o Estado, alegando que as políticas de habitação do governo, tomadas como um todo, não lhes forneciam o seu direito social constitucionalmente garantido de acesso a uma habitação adequada. A Corte Constitucional rejeitou o argumento dos desalojados de que a Constituição lhes atribuía direito a “um mínimo básico de abrigo”, mas emanou uma ordem declarando que a Constituição exige que o Estado elabore e implemente dentro de um prazo razoável e com seus recursos disponíveis, um programa abrangente e coordenado que efetivasse o direito de acesso a uma habitação adequada, prioritariamente, a pessoas em situação de extrema necessidade (Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton: Princeton University Press, 2008), 243-244).

<sup>33</sup> Neste caso a demanda versava sobre o não fornecimento, exceto em certos locais de teste, de Nevirapina, um medicamento antirretroviral de comprovada eficiência na diminuição do risco de transmissão materna do HIV, vulnerava o direito de acesso aos serviços de saúde protegidos pela Constituição. A Corte Constitucional Sul-Africana, considerando que o Estado não demonstrou impossibilidade de fornecer o tratamento fora dos espaços de teste e que muitos hospitais públicos do país mostravam uma clara “capacidade residual” em relação à provisão de Nevirapina, emitiu uma decisão não apenas declaratória, mas também constitutiva, obrigando o Ministro da Saúde os membros do Conselho Executivo da Saúde, a colocar a Nevirapina a disposição das mulheres grávidas portadoras de HIV que deem à luz no setor público de saúde, assim como aos seus bebês, nas instalações de saúde pública, quando a juízo do agente de saúde responsável pelo tratamento, for necessária a sua administração. Além disso, estabeleceu uma declaração de direitos ordenando aos demandados que, a partir de agora, planejassem um programa nacional geral que impedisse ou reduzisse a transmissão materna do HIV, impondo uma medida cautelar

de direitos sociais e econômicos. Mas foi no paradigmático caso *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v. City of Johannesburg and others* (2008), conhecido como *Olivia Road*, que esse instrumento efetivamente se concretizou no sentido de perfazer-se numa “gestão judicial ativa” (*active judicial management*), que leva em conta na tomada de decisão não apenas as questões que lhe foram submetidas, mas também os procedimentos a serem adotados para solução do litígio.<sup>34</sup>

A citada demanda judicial envolvia cerca de quatrocentos ocupantes que resistiam à remoção de edifícios que o governo classificara como inseguros e anti-higiênicos na periferia da cidade de Johannesburgo. A Corte emitiu uma ordem provisional destinada a garantir que as partes “se comprometessem significativamente em certas questões”, no sentido de resolver suas diferenças e dificuldades à luz dos valores da Constituição, mediante a melhoria das condições daqueles que viviam nos prédios, tornando-os seguros e saudáveis, bem como o desenvolvimento, em conjunto, de um plano concreto para habitações permanentes.

O resultado dessa decisão da Corte, no sentido de que as parte firmassem um compromisso significativo, foi a elaboração de um acordo abrangente, que incluiu as etapas para tornar os edifícios mais seguros e mais habitáveis, bem como disposições detalhadas relativas à realocação de seus ocupantes em acomodações alternativas no centro da cidade, o que incluía a identificação de edifícios propícios, a natureza e o padrão do alojamento a ser fornecido, bem como o cálculo do aluguel a pagar. O acerto estipulava ainda que este alojamento alternativo estava sendo providenciado na pendência da provisão de soluções de habitação permanentes adequadas, a serem desenvolvidas pela cidade mediante a consulta aos ocupantes afetados. Tal compromisso foi aprovado pelo Tribunal em 5 de Novembro de 2007, ocasião em que se afirmou que o princípio básico desse tipo de engajamento é “encontrar soluções humanas e pragmáticas para o dilema das pessoas envolvidas no litígio”.<sup>35</sup>

Posteriormente, por intermédio de uma decisão detalhada acerca desse acordo, a Corte estabeleceu tanto os objetivos gerais do que chamou de *Meaningful Engagement*, como o prazo para que as partes envolvidas submetessem a sua apreciação as suas contribuições e informações sobre o andamento do cumprimento progressivo da ordem provisional. Como observa Lucy A. Williams, “*calling engagement ‘a two-way process in which the City and those about*

---

que os obrigava demandado a informar, no prazo de três meses, quais passos haviam dado para desenvolver e implementar o respectivo plano. (Dixon, “Para fomentar el diálogo”, 59-60).

<sup>34</sup> Anashri Pillay, “Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement”, *Oxford University Press* 10, n.º 3 (2012): 740.

<sup>35</sup> Sandra Liebenberg, “Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of ‘meaningful engagement’”, *African Human Rights Law Journal* 12, n.º 1 (2012): 14-16.

to become homeless would talk to each other meaningfully,' the Court laid out a list of possible objectives of such engagement, although it also stressed that "[t]here is no closed list".<sup>36</sup>

Ao que se vê, o instituto do "Compromisso Significativo" tem o condão de trazer para o processo de tomada de decisão um modo de reconciliação viáveis diferentes interesses envolvidos, incentivando as partes da demanda a manterem um diálogo pró-ativo e honesto.<sup>37</sup> Para tanto, deve a Corte Constitucional articular em detalhes o gerenciamento estrutural dos procedimentos, objetivos gerais ou questões que devem ser abordadas, além de prever um mecanismo de monitoramento judicial do cumprimento do acordo firmado. Nesse sentido, assevera Williams, fazendo referência ao *Olivia Road*, que "*the engagement between the government and those about to become homeless must be 'structured, consistent and careful' and based on the constitutional value of openness rather than secrecy*".<sup>38</sup>

Para Rosalind Dixon, decisões da Corte Constitucional sul-africana como nos mencionados casos *Grootboom* e *TAC*, apresentam as bases de um constitucionalismo dialógico, a partir de um sistema de cooperação entre as Cortes e os Parlamentos e da participação dos cidadãos afetados, aplicado diretamente aos direitos socioeconômicos e, com enfoque no potencial constitucional do Poder Judiciário para promover uma democracia constitucional inclusivista e responsiva, neutralizando obstáculos específicos do processo político.<sup>39</sup> Segundo ela, a perspectiva dialógica mantém a preocupação de assegurar que a intervenção judicial ativa, que tem como propósito superar as deficiências dos demais poderes, se cinja aos limites da competência e atribuições do Poder Judiciário sobre a matéria, "*em el contexto de las inquietudes generales por la capacidad de la democracia em su conjunto para dar respuesta a la ciudadanía por médio del proceso de deliberación constitucional*".<sup>40</sup>

Na tentativa de equilibrar a implementação de direitos fundamentais e os processos democráticos de tomada de decisão, a partir da ideia de que o governo tem o dever de consultar as partes afetadas pelas suas políticas públicas, a Corte Constitucional da África do Sul criou um mecanismo procedimental que preza pela participação cidadã e, ao mesmo tempo, respeita a legitimidade democrática dos demais poderes constituídos.<sup>41</sup> Nesse sentido, o "Compromisso Significativo" demonstra o potencial para gerar respostas transformativas

<sup>36</sup> Lucy A. Williams, "The Right to Housing in South Africa: an envolving jurisprudence", *Columbia Human Rights Law Review* 45, n.º 3 (2014): 829.

<sup>37</sup> Liebenberg, "Engaging the paradoxes", 16.

<sup>38</sup> Williams, "The Right to Housing", 830.

<sup>39</sup> Dixon, "Para fomentar el diálogo", 53-55.

<sup>40</sup> Dixon, "Para fomentar el diálogo", 77.

<sup>41</sup> Anashri Pillay, "Toward effective", 753.

ao paradoxo entre o idioma universal dos direitos humanos e a sua concretização em contextos locais plurais.<sup>42</sup>

#### 4. CONCLUSÃO

A partir da análise do desenvolvimento do *Meaningful Engagement* no bojo do constitucionalismo transformativo da África do Sul, pôde-se inferir que se trata de instituto proveniente de um contexto comum em países do sul global, em que as políticas estatais não se concretizam de forma plena e satisfatória, ou seja, os Poderes Legislativo e Executivo não são capazes de implementar os direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, colocando-se em evidência a dimensão política da jurisdição constitucional. As decisões para a efetivação e implementação desses direitos, além de caracterizarem-se pela gradualidade no seu processo de concreção, mostram-se, muitas vezes, dependentes das possibilidades orçamentárias dos Estados e da respectiva conjuntura política, demandando, por vezes, a criação de novos mecanismos procedimentais para garantir a sua adequação e eficácia.

O sucesso dessa empreitada, no caso sul-africano, deveu-se ao ativismo dialógico da Corte Constitucional que, sem qualquer previsão legal, mas respeitando as especificidades do sistema jurídico vigente, engendrou um acordo entre o Poder Público e os grupos vulneráveis envolvidos, fixando como diretrizes medidas transformadoras das instituições em mau funcionamento. Assim, promoveu a colaboração e o diálogo entre os diferentes entes governamentais e não-governamentais, possibilitando a deliberação democrática sobre problemas públicos. Além disso, reteve a jurisdição para o acompanhamento e fiscalização do cumprimento da ordem provisional, mediante o cumprimento de prazos pré-determinados e a prestação de informações periódicas pelas partes envolvidas.

Destarte, ao se tratar de instrumento procedimental que permite a construção compartilhada, entre o Poder Público responsável e os segmentos populacionais afetados, da solução para litígios envolvendo os direitos fundamentais, o denominado “Compromisso Significativo” consubstancia-se em solução perseguida por um novo constitucionalismo, que a partir da adoção de um modelo colaborativo e deliberativo em sede de controle judicial de constitucionalidade, se adéqua às demandas de sociedades marcadas pela diversidade e pela exclusão social. Ao promover uma maior legitimidade nas decisões da Corte Constitucional, enquanto órgão político, envolvendo de algum modo as porções da sociedade que serão afetadas por essas decisões, tal mecanismo procedimental pode servir como paradigma para a democratização do *judicial*

<sup>42</sup> Liebenberg, “Engaging the paradoxes”, 20.

*review* em outros Estados liberais que vivenciam a era da “juristocracia”, tão bem descrita por Hirschl.

## REFERÊNCIAS

Bergallo, Paola. “La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a La salud”. In *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, compilado por Roberto Gargarella. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Cassels, Jamie. “Judicial activism and public interest litigation in India: attempting the impossible?”. *American Society of Comparative Law*, 37, n.º 3 (1989): 495-519, <http://www.jstor.org/stable/840090>.

Corder, Hugh. “Seekin Social Justice? Judicial Independence and Responsiveness in a Changing South Africa”. In *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from around the World*, edited by Peter Russel and David M. O’Brian. Virginia, USA: University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. “Judicial Activism of a Special Type: South Africa’s Top Courts Since 1994”. In *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*, edited by Brice Dickson. New York: Oxford University Press, 2007.

Dixon, Rosalind. “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles”. In *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, compilado por Roberto Gargarella. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

Fiss, Owen M. *The Civil Rights Injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

Garavito, César Rodríguez. “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”. In *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, compilado por Roberto Gargarella. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

Gargarella, Roberto. “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”. In *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, compilado por Roberto Gargarella. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

Habermas, Jürgen. “Sobre a Legitimação baseada nos Direitos Humanos”. *Direito, Estado e Sociedade* 17, (ago/ dez 2000): 190-208.

Hirschl, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007

Jobim, Marco Félix. *Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

Klare, Karl E. “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”. *South African Journal on Human Rights*, 14, n.º 1 (1998): 146-188, <http://dx.doi.org/10.1080/02587203.1998.11834974>.

Liebenberg, Sandra. “Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of ‘meaningful engagement’”. *African Human Rights Law Journal*, 12, n.º 1 (2012): 1-29.

Pillay, Anashri. “Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement”. *Oxford University Press*, 10, n.º 3 (2012): 732-755.

Tushnet, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

Williams, Lucy A. “The Right to Housing in South Africa: an evolving jurisprudence”. *Columbia Human Rights Law Review*, 45, n.º 3 (2014): 816-845.

## CAPÍTULO 19

# A CONTRIBUIÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E DIALÓGICO SUL-AFRICANO PARA COMBATER A POSIÇÃO DO JUDICIÁRIO EM TORNO DA ÚLTIMA PALAVRA NO BRASIL

*Camila Salgueiro da Purificação Marques  
Claudia Maria Barbosa*

**RESUMO:** Verifica-se em democracias contemporâneas assentadas na supremacia constitucional o fortalecimento do processo de interpretação da Constituição, comumente atribuído às Cortes Constitucionais, como que ocorre no Brasil. A primazia das Cortes sobre os Poderes executivo e Legislativo para promover tal interpretação é discutível. Diferente do Brasil em que um modelo forte de controle de constitucionalidade autoriza o STF a interpretar e proferir a “última palavra” sobre direitos constitucionalmente assegurados, na África do Sul mecanismos que favorecem o diálogo entre os Poderes é incentivado. Mecanismos de diálogo que assegurem a implementação gradual de direitos sociais comprometem os Poderes e favorecem uma atuação sobre políticas públicas voltadas à implementação de direitos, em detrimento de posturas que, por meio de decisões “ad hoc” asseguram a alguns o mesmo direito que é negado a outros. Exemplos desse diálogo é o que se realiza entre o Judiciário e o Poder Executivo sul-africanos no tocante ao princípio da implementação gradual dos direitos sociais previstos na Constituição pós *Apartheid* e aplicado pela Corte Constitucional. Tal postura contrasta com algumas decisões do Supremo Tribunal Federal em definir a última palavra sobre a interpretação da Constituição, sem que haja diálogo com os demais Poderes. A postura da Corte Constitucional sul-africana em torno da interpretação sobre direitos sociais previstos na Constituição, mormente o reconhecimento da implementação gradual de direitos sociais, favorece o diálogo e a interferência judicial em políticas públicas sobre direitos sociais, afastando o Judiciário da tentação de resolver casos individuais em situações em que a isonomia demanda decisões equitativas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Judiciário, “Última Palavra”, Diálogos institucionais, Brasil, África do Sul.

**ABSTRACT:** *It is verified in contemporary democracies based on the constitutional supremacy the strengthening of the process of interpretation of the Constitution, commonly attributed to the Constitutional Courts, as it occurs in Brazil. The primacy of the Court over the Executive and Legislative Powers to promote such an interpretation is debatable. Unlike Brazil, where a strong model of judicial review authorizes the STF to interpret and utter the “last word” about constitutionally assured rights, in South Africa mechanisms that favor dialogue between the Powers are encouraged. Mechanisms for dialogue that ensure the gradual implementation of social rights compromise the Powers and favor an action on public policies aimed at the implementation of rights, to the detriment of positions that, through ad hoc decisions, assure some the same right that is denied to others. Examples of this dialogue are the South African Judiciary and Executive Branch with regard to the principle of gradual implementation of the social rights provided for in the post-apartheid Constitution and implemented by the Constitutional Court. This position contrasts with some decisions of the Supremo Tribunal Federal (STF) to define the last word on the interpretation of the Constitution, without there being any dialogue with the other Powers. The position of the South African Constitutional Court regarding the interpretation of social rights provided for in the Constitution, especially the recognition of the gradual implementation of social rights, favors dialogue and judicial interference in public policies on social rights, removing the Judiciary from the temptation to resolve cases in which isonomy calls for equitable decisions.*

**KEYWORDS:** *Judiciary, “Last Word”, Institutional dialogues, Brazil, South Africa.*

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo, em um primeiro momento, objetiva apresentar alguns dos possíveis diálogos institucionais entre os Poderes na África do Sul, especificamente o diálogo realizado entre o Judiciário e o Poder Executivo no tocante ao princípio da implementação gradual dos direitos sociais previsto na Constituição sul-africana pós *Apartheid* e aplicado pela Corte Constitucional. Dessa forma, demonstra-se a postura do Judiciário nas políticas públicas que efetivam os direitos sociais, que o faz não de forma simplesmente “substitutiva” do outro Poder, mas dialoga com os outros Poderes e muitas vezes se abstém de realizar a intervenção.

Posteriormente, analisa-se a posição do Supremo Tribunal Federal em relação às questões sociais, pontuando alguns casos que demonstram a postura que este tem adotado, no sentido de proferir decisões em casos individuais sem um maior diálogo com os demais Poderes.

Nesse contexto, a partir da posição intermediária de diálogo (e não de privilégio a um só Poder) presente na África do Sul, busca-se refletir sobre a pretensão de “última palavra” do Judiciário brasileiro, no tocante à interpretação dos direitos sociais previstos na Constituição da República de 1988.

Desse modo, tem-se por hipótese que uma postura dialógica, com mecanismos de diálogo entre os Três Poderes, pode trazer melhores respostas para a interpretação sobre os direitos fundamentais e a Constituição como um todo, isto é, seria uma opção mais democrática e legítima para a realização da Constituição.

Assim, seria necessário um maior diálogo entre os Poderes na tomada de decisões relevantes e que dizem respeito aos direitos sociais e questões políticas no Brasil. A exemplo dos diálogos sul-africanos e das decisões que visam não só a resolução do caso concreto, mas a verdadeira efetivação do direito social envolvido na lide como um todo e para toda a sociedade. Ou seja, pensa-se a respeito de uma realização progressiva dos direitos sociais, ao invés de simplesmente substituir outro poder.

Por fim, ressalta-se que não há espaço para a discussão de proposições práticas ao sistema brasileiro de forma minuciosa, mas, a partir dos diálogos sul-africanos, objetiva-se trazer estímulos e reflexões a respeito de formas mais dialógicas para o sistema pátrio. Isso porque ambos os países sofreram com políticas restritivas de direitos - o *Apartheid* na África do Sul e a trajetória de colonização e ditadura no Brasil, assim como possuem semelhanças em relação à ausência de efetivação dos direitos sociais ou de segunda dimensão.

## 2. O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR, DIALÓGICO E COOPERATIVISTA DA ÁFRICA DO SUL

O processo democrático da África do Sul é recente. Iniciou-se apenas em fevereiro de 1990, com a reabilitação do Congresso Nacional Africano e do Partido Comunista, entre outras organizações contrárias ao *Apartheid*; e com a conseqüente libertação de Nelson Mandela, em num cenário no qual se aboliam as leis remanescentes que apoiavam a prática segregacionista. Pouco tempo depois, foi assinado o *National Peace Accord*, primeiro pacto pluripartidário do país. (Valle e Hungria 2012, 2)

Após algumas negociações fracassadas, em março de 1993, foram retomadas as negociações no *Multiparty Negotiating Forum*, definindo-se a data das primeiras eleições multirraciais e, ainda, aprovando-se o *Transitional Executive Council Act*<sup>1</sup>. Em janeiro de 1994, finalmente, entrou em vigor a Constituição Interina, que teve por objetivo precípua o estabelecimento de um “arcabouço político-institucional para a promoção da unidade nacional e a reestruturação e continuidade dos órgãos governamentais durante o futuro processo constituinte”. A Constituição também consagrou 34 princípios constitucionais, representativos do consenso alcançado pelos partidos nas negociações relativas aos parâmetros políticos que deveriam orientar a Carta Fundamental da nova África do Sul. Além disso, no Texto Interino, instituiu-se a Corte Constitucional, detentora, entre outras funções, da inusitada tarefa de validar o texto final da Carta Política sul-africana em formação; (Valle e Hungria 2012, 2)

Em maio de 1996, foi apresentada a primeira versão do Texto Constitucional para certificação, sem lograr aprovação pela Corte Constitucional, que devolveu o texto para ser emendado pela Assembleia Constituinte. Desse modo, uma segunda versão foi submetida à aferição, sendo aprovada em dezembro do mesmo ano. A Carta Fundamental trouxe a pretensão de criar uma sociedade baseada em valores democráticos, justiça social e direitos humanos, sendo o veículo essencial desta agenda de reformas a Corte Constitucional, não obstante tenha o Poder Judiciário anteriormente servido de suporte a uma ideologia baseada na segregação racial. (Valle e Hungria 2012, 3)

Lembrando que a necessidade de se pensar e efetivar os direitos sociais era gritante, tendo em vista que a exclusão sistemática promovida pelo *apartheid*, que associou a seletividade a critérios étnicos, deixou cerca de 11 milhões de sul-africanos vivendo abaixo do limiar da pobreza. Nesse cenário, no início da

<sup>1</sup> O *Transitional Executive Council Act* cogitava inclusive a criação de um órgão responsável pelo monitoramento da ação do governo até a realização das eleições, garantindo a imparcialidade das autoridades constituídas no que toca àquele processo, funcionando, na prática, como governo provisório até o sufrágio. (Valle e Hungria 2012, 2)



década de 90, o déficit habitacional no país era de 1,3 milhões, sendo que 12 milhões de pessoas não tinham acesso a água potável e 21 milhões não contavam com saneamento básico (Castelo Branco 2003).

## 2.1. O princípio da implementação gradual dos direitos sociais e o sistema constitucional cooperativista sul-africano

A África do Sul não escolheu a exclusão dos direitos sociais da Constituição, tampouco a eficácia programática ou a eficácia imediata. Em posição intermediária, o sistema constitucional sul-africano inclui em sua Constituição um expressivo rol de direitos sociais, cuja justiciabilidade vem sendo reconhecida pela Corte Constitucional, qualificada, porém, pela implementação gradual. A inspiração se encontra no texto do ICESCR – Tratado Internacional de Direitos Socioeconômicos adotado pela ONU em 1966, que no seu artigo 2.1 condiciona os direitos sociais ali positivados a uma reserva de *progressive realization*, impondo aos signatários a obrigação de tomar medidas até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a plena realização dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados. (Valle e Hungria 2012, 4)

Tal progressividade da implementação de direitos também é ressaltada por Karl Klare, que afirma que o constitucionalismo transformador sul-africano é “um projeto de longo prazo formado pela promulgação, interpretação e realização constitucional, transformando as instituições políticas e sociais do país e as relações de poder por meio de uma direção democrática, participativa e equânime”. (Klaire 1998). Nesse sentido, Saul Tourinho Leal destaca que “o conceito de constitucionalismo transformador se atira na genuína vontade coletiva de romper com a realidade posta no período em que a Constituição foi elaborada”. Isto é, “reconhece-se que as relações de poder pretéritas foram responsáveis por injustiças tais que só o passado as podia abrigar”. (LEAL 2015)

Dessa forma, para a implementação gradual das promessas constitucionais, constrói-se alguns critérios. O primeiro elemento relevante reside numa opção de política judiciária que opera a partir da lógica de construção por agregação dos critérios de justiciabilidade dos direitos socioeconômicos, ou seja, evita-se a justiça em um caso concreto apenas - em detrimento do projeto constitucional de promoção da inclusão social de forma mais ampla. O exercício hermenêutico tem por objeto, portanto, não um preceito constitucional em si, mas o sistema constitucional como um todo. Assim, “as sucessivas decisões judiciais ampliam e aprofundam a reflexão a respeito dos limites e possibilidades da jurisdição constitucional”. (Valle e Hungria 2012, 5).

Além disso, há a vedação da desconsideração pela política em curso, assim como a necessária priorização aos vulneráveis e de boa parte da parcela da população.

Um exemplo pode ser citado no caso *Government of the Republic of South Africa and others vs. Grootboom vs. others*, julgado em 2000, no qual a Corte foi chamada a se pronunciar acerca da constitucionalidade das medidas impostas pelo julgamento proferido pela *Cape of Good Hope High Court* em razão de demanda ajuizada por Irene Grootboom, sendo a discussão em torno dos artigos 26 e 28 da Constituição, que regulamentam respectivamente o direito à habitação e os direitos das crianças. (Valle e Hungria 2012, 6)

Diferente da Corte inferior, a Corte Constitucional, provocada por recurso do Estado, considerou o programa habitacional inconsistente com os objetivos da Constituição, uma vez que este não levava em conta parcela relevante da sociedade, “falhando no provimento de condições mínimas em matéria de habitação para as pessoas que possuíam uma necessidade imediata, sendo determinada a reformulação da política habitacional daquela municipalidade”, no sentido de incluir medidas que levassem em conta os mais vulneráveis, tais como as contempladas em outras políticas públicas em curso no país<sup>2</sup>. (Valle e Hungria 2012, 6).

No mesmo sentido é opinião de Charles Ngwenya, ressaltando que, neste caso, a Corte destacou que embora o programa estatal de moradia fosse louvável em vários aspectos, faltava-lhe equilíbrio e flexibilidade. Isso porque o programa tendia a atender às necessidades de médio e longo prazo, mas era incapaz de dar uma resposta para as demandas de curto prazo, ou seja, em situações de emergência. “O Estado teria que agir, em termos legais, administrativos, operacionais e financeiros, para garantir que a acessibilidade fosse progressivamente facilitada”. (Ngwenya 2013, 79-80)

As decisões expõem um delicado arranjo institucional em que de um lado nega-se por vezes a materialização de direitos sociais, mas reconhece-se a exigibilidade de políticas públicas que assegurem sua implementação, progressividade, etc, uma política bem explicitada por Valle que, a respeito dessa questão, observa:

No que toca ao delicado equilíbrio institucional entre o dever de adjudicação em matéria de implementação, ainda que gradual, dos direitos socioeconômicos

<sup>2</sup> “O provimento jurisdicional rejeitou expressamente a possibilidade de determinação de um conceito genérico de *minimum core*, entendendo que a corte não estaria institucionalmente capacitada de efetuar as consultas fáticas e políticas necessárias para a determinação do núcleo essencial do direito à moradia *in abstracto*, colocando em dúvida a própria necessidade de conformação deste tipo de conceituação pelo poder judiciário (Richardson III, 2007, p. 87). De outro lado, afirmou a ausência de razoabilidade da linha de ação estatal, enunciando o seu dever de correção”. (Valle e Hungria 2012, 6)

micos e reforço ao desenho ordinário da arquitetura do poder, a estratégia foi a de reprovação do programa de ação em curso, com a reafirmação, todavia, dos deveres de agir dos demais braços de poder – o que mais uma vez evidenciava uma cogitação de tutela do sistema constitucional como um todo, e não exclusivamente dos direitos socioeconômicos violados na esfera individual de direitos dos atingidos. (Valle e Hungria 2012, 6-7)

Em segundo lugar, destaca-se o critério da viabilidade da enunciação do provimento jurisdicional de caráter mandatório dirigido ao Estado.

Nesse sentido, há que se destacar o caso protagonizado pela *TAC (Treatment Action Campaign)*, sociedade civil ativista na promoção dos direitos dos portadores do HIV, que pretendia a universalização da utilização do medicamento Neviparine na prevenção da transmissão perinatal da patologia. O Governo resistia à demanda, permitindo “a prescrição do referido medicamento em hospitais públicos em apenas duas localidades, uma urbana e outra rural”, sob a justificativa de que se fazia necessária a análise dos riscos de sua utilização antes de conceder a autorização da prescrição da droga em larga escala. (Valle e Hungria 2012, 7)

Neste caso, a Corte também rejeitou o papel de protagonista na conformação de um conceito de mínimo para este direito em abstrato, mas afirmou a viabilidade de se ter em conta um núcleo essencial não como um direito autoexecutável conferido a todos pelos referidos preceitos constitucionais, “mas como parâmetro possível de aferição da razoabilidade da política pública em implementação e sob crivo judicial”. Assim, concluiu pela viabilidade de um provimento de caráter mandatório para recomendar a retificação pura e simples do programa, afirmando o dever de universalização na distribuição do medicamento. Por fim, faz-se necessário sublinhar que neste caso específico a Corte estava mais “confortável” para julgar, pois não havia que se preocupar os custos da medida, já que havia oferta de ajuda internacional no financiamento do programa, sem contar o elevado nível de informações técnicas providas pelas entidades engajadas na demanda. (Valle e Hungria 2012, 7). E como lembra Charles Ngwena, a Corte Constitucional teve o cuidado de não parecer estar violando a doutrina de separação de poderes e reconheceu a posição superior do Executivo em questões políticas e de orçamento. (Ngwena 2013, 84)<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Inclusive, sobre a questão da AIDS na África do Sul, em termos antropológicos e sociais, muito bem destaca Guillermo Veja Sanabria: “Em contraste com a administração Mbeki (jun. 1999-set. 2008), a África do Sul tem hoje o maior programa público do mundo para o HIV/AIDS. Em outubro de 2012, mais de 2 milhões dos 6,3 milhões de pessoas HIV positivas no país recebiam ARVs, superando a meta de 80% de cobertura, à luz das diretrizes da Organização Mundial da Saúde (pessoas com CD4 abaixo de 350). Apesar de cair para 42% com as novas diretrizes de 2013 (tratamento com CD4 abaixo de 500) e com mais pessoas se tornando elegíveis para tratamento, entre os anos de 2009 e 2011 o acesso teve um aumento de 75% (Unaid, 2014). O país também registrou grandes avanços na prevenção da transmissão

Um terceiro critério foi bem exemplificado pelo caso *Khosa and Others and Mahlaule and Another vs. Minister of Social Development*, cuja controvérsia principal envolve saber se residentes permanentes no país, não detentores da cidadania nacional, figuram como destinatários das prestações sociais referidas pelo artigo 27 da Constituição sul-africana, uma vez que o preceito determina que “todos” têm direito ao acesso à saúde, alimentação, água e seguridade social” (onde inicia a citação?), e a norma infraconstitucional contestada determinava que apenas os cidadãos sul-africanos poderiam receber benefícios previdenciários do Estado. Neste caso, a Corte realizou uma interpretação integrativa, que preenche de conteúdo os preceitos constitucionais, a partir de uma perspectiva de sistema de direitos orientados à inclusão social, determinando que fosse acrescida a expressão “ou residente permanente” após a palavra “cidadão” em cada um dos dispositivos impugnados, numa interpretação sistemática fundada no art. 27 da Carta Política, que se utiliza da palavra “todos”. (Valle e Hungria 2012, 7-8)

Em quarto lugar, no caso *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg vs. City of Johannesburg, Rand Properties (Pty) Ltd, Minister of Trade and Industry*, julgado em 2008, o objeto central de discussão era o impedimento da execução de ordem de despejo determinada pela *Supreme Court of Appeal*. O elemento adicional criado para a implementação imediata é duplamente inovador no caso em apreço, por dois motivos: a) pela exigência, como condição ao exercício da *judicial review* pela Corte Constitucional, “de um esforço consistente de construção democrática de uma solução ao conflito”; e b) pela compreensão de medidas relacionadas à garantia de habitação numa perspectiva global de planejamento. “Afim, a escolha da realização de uma intervenção urbana numa determinada área atrairá necessariamente o engajamento na construção de uma solução consensual o que por certo tende a mitigar decisões pautadas em voluntarismo”, com um necessário processo de planejamento mais compreensivo de tais políticas. (Valle e Hungria 2012, 8)

Por fim, em quinto lugar, há que se ressaltar o caso *Lindiwe Mazibuko and Others vs. City of Johannesburg and Others*, julgado em 2009, que ressaltou o valor democrático do litígio acerca de um direito social. Isso porque, o programa de distribuição de água foi declarado hígido pela Corte Constitucional, concluindo-se que não é papel do Judiciário definir parâmetros para o que

---

do HIV de mãe para filho. Em 2010, os serviços nesta área chegavam a 98% da rede de saúde pública e, hoje em dia, a África do Sul projeta a virtual eliminação da transmissão pediátrica do HIV nos próximos anos (Sanac, 2011). Num balanço recente, enquanto advertia sobre os desafios que o sistema ainda enfrenta, a TAC também destacava os “extraordinários progressos do governo em expandir o acesso à testagem e ao tratamento para o HIV, desde que, em 2006, colocou-se fim ao negacionismo da AIDS promovido oficialmente”. (Sanabria 2017)

constituiria quantidade “suficiente de água”, pela ausência de conhecimentos técnicos. (Valle e Hungria 2012, 9)

Esse é o contexto do constitucionalismo que se busca empreender na África do Sul, país em cuja Constituição é possível identificar-se, conforme constata Pierre De Vos, uma real vontade transformadora, expressa em várias de suas características: uma constituição social, de redistribuição, positiva, participativa, multicultural e consciente sobre seu contexto histórico e de sua missão (onde incia e termina a citação?). (De Vos 2014).

Tais características foram identificadas por ocasião do julgamento da ADPF 347, no qual anotou-se que “a jurisdição constitucional sul-africana tem também se imiscuído no campo da formulação de políticas públicas em casos envolvendo graves violações de direitos humanos”. Na ocasião, mencionou-se o caso “Grootboom”, acima referido, cujo mote foi o direito à moradia e a necessidade de despejos precederem a um arranjo institucional que, por meio de políticas públicas, realocasse dignamente as pessoas despejadas. “Este modelo sul-africano foi muito elogiado pela doutrina comparativista, por ensejar a proteção de direitos sociais por meio de técnica do diálogo institucional, que minimiza o problema do déficit de expertise do Poder Judiciário para lidar com políticas públicas”. Outra expressão desse modelo foi o caso TAC, retratado supra, no qual a Corte determinou que o Estado estabelecesse uma política universal, gratuita e razoável de distribuição de medicamentos para soropositivos. Nesse caso, conforme já se destacou, não se determinou que uma pessoa teria direito a um medicamento, “mas que o Estado, pelas vias das quais dispõe, tinha o dever de estabelecer uma política para todos”. (Leal 2015)

Tais exemplos sul-africanos indicam um constitucionalismo cuja transformação é operada através de mecanismos que favorecem o diálogo entre os poderes e podem servir de exemplo para uma interpretação mais democrática da Constituição da República de 1988, que não dependa da “última palavra” de uma só instituição. E como ressalta Rosalind Dixon, de acordo com a teoria dialógica, uma vez que os tribunais estão envolvidos na revisão judicial de alguma maneira, eles terão a responsabilidade direta de usar tanto a sua comunicação e poderes coercivos na medida do possível, para ajudar a combater os pontos “cegos” ou de “inércia”. (Dixon 2007, 16)

### **3. PANORAMA GERAL DO EXPANSIONISMO DA AUTORIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E DA PRETENSÃO DE “ÚLTIMA PALAVRA” SOBRE A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO BRASIL**

No Brasil a ideia de um forte controle de constitucionalidade, em muito influenciada pelo sistema norte-americano, prevalece. Desse modo, o Supremo

Tribunal Federal, sob a escusa de fazer prevalecer as disposições constitucionais, frequentemente se arvora como detentor da última palavra sobre os direitos sociais prescritos na Constituição e acaba por usurpar o papel comumente atribuído aos poderes majoritários.

O que se verifica em muitas decisões do Supremo Tribunal Federal é uma atuação voltada apenas para o caso concreto, em que o sistema de justiça, portanto, atua de maneira substitutiva aos poderes públicos responsáveis pela efetividade dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. Na adjudicação particularizada o Judiciário profere a última palavra, a qual expressa intervenções pontuais, uma “microjustiça” em matéria de direitos socioeconômicos. Em atuando assim, o Judiciário deixa de contribuir com a agenda de inclusão social determinada constitucionalmente, posição que enfraquece qualquer possível expectativa em relação a esforços para que se busquem soluções consensuais com outros atores ou intérpretes da Constituição.

A tendência do Judiciário em atuar de forma substitutiva aos poderes públicos agigantou-se após a Constituição de 88, na proporção direta da expansão do Supremo Tribunal Federal sobre políticas públicas, e especificamente sobre direitos sociais, verificando-se um progressivo empoderamento do Judiciário. O protagonismo judicial que expressa a expansão da autoridade judicial no cenário jurídico brasileiro, dá-se tanto por intermédio da preservação do seu campo próprio de atuação (reclamação e reafirmação de sua jurisprudência, por exemplo), como também pela ampliação e centralização de suas decisões, envolvendo o controle de constitucionalidade de leis. E em relação às referidas ampliação e centralização de suas decisões, há um considerável arcabouço normativo que as chancelam<sup>4</sup>, assim como diversos precedentes que denotam o expansionismo do Judiciário brasileiro. (Oliveira 2014, 130)

O tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal ao Mandado de Injunção é elucidativo da trajetória de empoderamento da Corte. De fato, em entendimento exarado no Mandado de Injunção n. 107-3/DF o Supremo Tribunal Federal que não competia ao STF elaborar norma onde a Constituição o exigia, afirmando dessa forma a competência dos legisladores para tanto. Esse entendimento, contudo, enfraqueceu-se na decisão prolatada no Mandado de Injunção n. 283-5/DF porque ali o STF inovou quando deixou de exigir prazo para que o Congresso Nacional editasse a norma vindicada. A inexigibilidade do prazo para a edição da norma, embora pareça sinal de respeito, por parte

<sup>4</sup> “1) a criação - via emenda à Constituição - da Ação Declaratória de Constitucionalidade; 2) a previsão constitucional e legal do efeito vinculante das decisões proferidas em ADI e ADC (ambas por intermédio da EC nº 45/2004 e Lei nº 9.868/99) e ADFP (via Lei nº 9.882/99); 3) a admissão de mecanismos como a súmula vinculante e a repercussão geral do recurso extraordinário (também EC 45/2004); 4) além do alargamento da reclamação (constitucional) atrelada a anuência da transcendência dos motivos determinantes de uma decisão proferida em sede de fiscalização abstrata”. (Oliveira 2014, 130)

do Judiciário, ao “tempo da política” passa ao largo dessa compreensão, vez que, na prática, acabou por autorizar que a Corte reconhecesse imediatamente direito do impetrante que ainda dependeria de edição de norma regulamentadora, conforme previsão constitucional expressa. Essa trajetória sinaliza, por parte do STF, a fuga do posicionamento não concretista para uma posição concretista individual.

Uma mudança ainda mais drástica ocorreu por ocasião do julgamento proferido no Mandado de Injunção n. 712-8/PA, oriundo de um Sindicato de servidores públicos que, na ausência de lei regulamentadora do direitos de greve dos servidores públicos, exigida pela Constituição, pleiteava a aplicação por analogia da lei que rege o direito de greve no setor privado a seus respectivos filiados até que houvesse a regulamentação do dispositivo previsto no art. 37, VII, da Constituição. (Oliveira 2014, 131). Neste caso, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de seus integrantes, inovou na aplicação da lei de greve da iniciativa privada, estendendo ao servidor públicos alguns dos direitos e garantias expressos na mesma. A esse respeito, assim observou Oliveira (2014, p. 131):

Com efeito, diante da norma prevista no art. 37, VII, da CF e da reiterada e longa omissão legislativa, já declarada inconstitucional, determinou-se, diante da singularidade do caso concreto, a aplicação dos artigos 9º, 14, 15 e 17 da lei nº 7.783/1989, com as devidas e necessárias alterações ao atendimento das peculiaridades da greve no serviço público, até o advento da regulamentação da norma constitucional invocada.

Isto é, determinou que fosse aplicada a lei de greve vigente no âmbito privado aos servidores públicos filiados ao sindicato impetrante, inovando a partir da daí, conforme constatou Oliveira (2014, p. 131) a sua própria jurisprudência. Uma consequência facilmente observável é a ausência, ainda hoje, de uma específica lei de greve para o servidor federal que, de resto, tem o seu direito “mal assegurado” nos termos e nos limites do entendimento “ad hoc” do STF.

Além dessa, outras decisões denotam esse protagonismo do Judiciário e já evidenciam a sua pretensão de “última palavra”. Segundo a doutrina: a) Súmula vinculante n. 11, disciplinando o uso de algemas; b) a vedação do nepotismo prevista na súmula vinculante nº 13; c) a possibilidade de uniões homoafetivas na ADPF 132 e ADI 4.277; d) a criação do aborto eugênico como nova hipótese de excludente de ilicitude no Código Penal (ADPF 54); e) o caso relativo a verticalização das coligações e a cláusula de barreira; f) e as já conhecidas decisões proferidas em demandas relativas à saúde, principalmente as que reivindicam medicamentos. (Oliveira 2014, 131-132)

A própria Corte reconhece tal postura, conforme se pode observar do discurso do Ministro Celso de Mello proferido quando da chegada do Ministro Gilmar Mendes à Corte:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. (STF 2010)

Infelizmente, a postura ativista para realizar um direito social constitucionalmente estabelecido não é substancialmente distinta daquela que inova na interpretação da norma e, ao inovar, cria, restringe, amplia ou extingue direitos, de acordo com uma interpretação que, não raro, é tomada diante do caso concreto, sem que haja qualquer precedente que possa sustentá-la. São essas situações que materializam a última palavra do Judiciário sobre a interpretação da Constituição, que acaba por prevalecer em nosso sistema, em detrimento de uma postura dialógica que favoreceria o equilíbrio e a responsabilidades dos Poderes da República em realizar a Constituição.

No entanto, em sociedades plurais que vivenciam um regime democrático, tal postura dialógica é necessária. Isso porque, diante da falibilidade natural das instituições, não há que se confiar supremacia a qualquer instituição, inclusive ao Judiciário. Faz-se necessária a contribuição de cada uma das instituições, ainda mais em um país como o Brasil, que ainda possui um grande déficit no atendimento de necessidades básicas e direitos sociais.

E como afirma Conrado Hubner Mendes (2008), a decisão proferida por uma Corte em sede de controle de constitucionalidade a respeito do significado da Constituição será derradeira apenas naquela rodada procedimental específica. Isso porque, a discussão poderá ser objeto de novas e sucessivas



rodadas procedimentais que sejam rebatidas pelos ramos políticos e a opinião pública, haja vista que o debate em potencial nunca cessa, pois o que existirá com o pronunciamento judicial será apenas uma “última palavra provisória”.

Por todos esses motivos acredita-se que uma postura dialógica, com mecanismos de diálogo com o Legislativo e com o Executivo, pode trazer melhores respostas para a interpretação sobre os direitos fundamentais e a Constituição como um todo. O que implica na construção de diálogos entre poderes e na formulação de decisões que dialoguem com os demais Poderes, em prol de uma verdadeira efetivação da agenda dos direitos sociais, a exemplo do que ocorre na África do Sul.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo da premissa de que uma “última palavra” do Judiciário sobre a interpretação da Constituição, mormente no tocante aos direitos sociais, como ocorre no Brasil, é maléfica ao regime democrático, o desafio é ilustrar maneiras pela qual o constitucionalismo sul-africano poderia contribuir para a discussão brasileira em torno do combate à esta pretensão do Judiciário e ao “ativismo judicial”.

Algumas premissas do constitucionalismo sul-africano aproximam-no do cenário brasileiro de exclusão e de intolerância e poderiam iluminar caminhos que indiquem saídas satisfatórias para o impasse que tem colocado o Judiciário em oposição a ação dos poderes políticos propriamente ditos (Executivo e Legislativo).

Enquanto no Brasil seja notável a pretensão de uma “última palavra” sobre a interpretação da Constituição por parte do Judiciário, que tem expandido a sua autoridade na seara do controle de constitucionalidade e no julgamento de questões que envolvam direitos sociais, um comportamento diferente se observa na Corte Constitucional sul-africana, a qual promove um importante processo de constitucionalismo construtivo ao reconhecer as limitações do direito e promover a transformação social.

A Corte sul-africana não pretende ser a protagonista no papel de interpretação da Constituição. Pelo contrário, há uma preocupação recorrente com a criterização das decisões, afastando-se a discricionariedade judicial e prestigiando a integridade do direito, com vistas a real efetivação para a sociedade, de forma estruturante, não focando tão somente no caso concreto.

É inovador o papel construtivista da Corte no que toca à potencialização de um ambiente democrático e dialógico de desenho de políticas públicas, com a exigência do engajamento prévio dos interessados na busca de soluções consensuais, conforme acima se verificou. Ou seja, rejeita-se a fácil solução de um ativismo judicial e se passa ao desafio de construção de uma democracia participativa.

Em resumo, verificou-se que a Corte Sul-africana: a) contribui para a promoção de um projeto constitucional de inclusão social de forma mais ampla,

e não apenas de justiça para um único caso concreto, como visualizado no caso *Government of the Republic of South Africa and others vs. Grootboom vs. Others*. Essas decisões expõem um delicado arranjo institucional em que, de um lado, a) nega-se por vezes a materialização de direitos sociais, mas reconhece-se a exigibilidade de políticas públicas que assegurem sua implementação e progressividade; b) utiliza-se do critério da viabilidade da enunciação do provimento jurisdicional de caráter mandatório dirigido ao Estado, como se verificou no caso *TAC (Treatment Action Campaign)*; c) realiza uma interpretação integrativa, que preenche de conteúdo os preceitos constitucionais, a partir de uma perspectiva de sistema de direitos orientado à inclusão social, como determinado no caso *Khosa and Others and Mabhlaule and Another vs. Minister of Social Development*, no sentido de que fosse acrescida a expressão “ou residente permanente” após a palavra “cidadão” em cada um dos dispositivos impugnados, numa interpretação sistemática fundada no art. 27 da Carta Política, que se utiliza da palavra “todos”; d) privilegia o engajamento na construção de uma solução consensual e dialógica, como em *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg vs. City of Johannesburg, Rand Properties (Pty) Ltd, Minister of Trade and Industry*; e) ressalta o valor democrático do litígio acerca de um direito social, pois em *Lindiwe Mazibuko and Others vs. City of Johannesburg and Others*, o programa de distribuição de água foi declarado hígido pela Corte Constitucional, concluindo-se que não é papel do Judiciário definir parâmetros para o que constituiria quantidade “suficiente de água”, pela ausência de conhecimentos técnicos. (Valle e Hungria 2012)

Tais exemplos sul-africanos indicam um constitucionalismo cuja transformação é operada através de mecanismos que favorecem o diálogo entre os poderes e podem servir de exemplo para uma interpretação mais democrática da Constituição da República de 1988, que não dependa da “última palavra” de uma só instituição.

Assim, por todos os motivos já elencados, toma-se o modelo dialógico sul-africano como um importante exemplo para que se tenha maior diálogo também no Brasil – que possui um forte controle de constitucionalidade. Isto é, entende-se que os diálogos do modelo sul-africano possibilitam um processo democrático, com a influência da Suprema Corte nas questões relevantes para o país e não a simples anulação de leis infraconstitucionais por ela. Desse modo, o diálogo entre a Suprema Corte e os demais Poderes, mormente o Executivo, marcado pelas decisões que impõem uma implementação gradual de direitos, sem trilhar o caminho do ativismo e de uma decisão isolada para um caso concreto, caracteriza um sistema mais dialógico e democrático.

Portanto, conclui-se que mecanismos de diálogo poderiam ser favorecidos no Brasil, para que não ocorra a interferência do Supremo Tribunal Federal em políticas públicas que efetivam direitos sociais de forma isolada, sem

pensar no direito como um todo, tampouco sem uma criterização no tocante às suas decisões. Por isso, o sistema sul-africano de diálogos pode servir de inspiração ao sistema brasileiro, no qual apenas o Judiciário tem proferido a “última palavra” sobre a interpretação da Constituição, mormente na tomada de decisões relevantes e que dizem respeito às questões sociais. E ter a “última palavra” é custoso, pois lança para um único órgão, a defesa institucional final de todo um processo democrático, ou seja, de todo um diálogo que quer se manter aberto, tendo em vista que a democracia e o constitucionalismo são paradoxos necessários e que se aperfeiçoam constantemente.

Na África do Sul, diferentemente do Brasil, a Corte Constitucional cumpre a sua função, mas incrementa a democracia e a participação, por meio da cláusula de realização progressiva, ao invés de simplesmente substituir outro poder.

## REFERÊNCIAS

Castelo Branco, Luís N. 2003. *A Política Externa Sul-africana: do Apartheid a Mandela*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa. <http://repositorio-iul.iscte.pt/bitstream/10071/542/1/Doutoramento%20Luis%20CB.pdf>. Acesso em: 05/05/2012.

De Vos, Pierre. 2014. *South African Constitutional Law in Context*. Cape Town: Oxford University Press Southern Africa.

Dixon, Rosalind. 2007. “Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited”. *International Journal of Constitutional Law, Oxford Journals*. Vol. 5, No. 3, pp. 391-418.

Leal, Saul Tourinho. 2015. “África do Sul Connection”. *Migalhas*. Agosto 31. <http://www.migalhas.com.br/Africa/103,MI226142,21048-Africa+do+Sul+Connection+n+37>

Klare, Karl. 1998. “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”. *South Africa Journal on Human Rights*, 14, n. 146.

Mendes, Conrado H. 2008. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP.

Ngwenya, Charles. 2015. “Escopo e Limite da Judicialização do Direito Constitucional à Saúde na África do Sul: Avaliação de Casos com Referência Específica à Justiciabilidade da Saúde”. *Revista Dir. sanit.* v. 14, n. 2, p. 43-87, jul./out.

Nonato, Israel. 2016. “Conrado Hubner Mendes: O STF é refém do capricho dos seus ministros”. *Os Constitucionalistas*. Acesso em: 31 jan. 2018 <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros>.

Oliveira, Antônio F. G. 2014. *Jurisdição constitucional no Brasil: os diálogos institucionais como terceira via entre o ativismo e autocontenção judicial*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Sanabria, Guillermo V. 2017. “Ciência, Justiça e Antropologia no Debate Sul-africano da AIDS: Produção de Sensibilidades e Regulação Moral Entre Especialistas”. *Sexualidad, Salud y Sociedad*. núm. 26. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293352478010>.

STF, Pleno, ADI 3.510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2010.

Valle, Vanice R. L.; Hungria, Ana L. 2012. “Implementação Gradual de Direitos Socioeconômicos: Construtivismo Constitucional na Corte Constitucional Sul-africana”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 4, n. 2, p. 226-238, jul./dez.

Valle, Vanice R, L. *Backlash à decisão do supremo tribunal federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática*. Acesso em: 23 jul. 2017. [https://www.academia.edu/5159210/backlash\\_%c3%a0\\_decis%C3%a3o\\_do\\_supremo\\_tribunal\\_federal\\_pela\\_naturaliza%C3%A7%C3%a3o\\_do\\_dissenso\\_como\\_posibilidade\\_democr%C3%A1tica](https://www.academia.edu/5159210/backlash_%c3%a0_decis%C3%a3o_do_supremo_tribunal_federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%a3o_do_dissenso_como_posibilidade_democr%C3%A1tica).

## CAPÍTULO 20

# O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ITALIANO

*Natalina Stamile  
Edna Torres Felício*

**RESUMO:** O presente artigo tem objetivo principal apresentar determinados aspectos do sistema de controle de constitucionalidade adotado na Itália e defender que o seu caráter misto se reflete também na tipologia das sentenças adotadas na jurisdição constitucional, uma vez que servem tanto ao controle concreto quanto ao controle abstrato. Como argumentos, primeiramente, são evidenciadas as características da Constituição Italiana em relação ao tema. Depois são analisadas as discussões na assembleia constituinte em relação ao modelo que seria adotado e as consequências dessa escolha. Segue-se a descrição do modelo misto adotado. Ao final, apresentam-se os requisitos de acesso à Corte Constitucional e as técnicas decisórias comuns aos dois modelos. A partir do exposto, conclui-se que essas técnicas decisórias são elementos muito importantes na harmonização do sistema misto (embora sejam imprescindíveis estudos quanto à complexidade decisória no âmbito material do sistema de justiça, que, todavia, não cabem nos lindes desta investigação).

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle de constitucionalidade. Constituição Italiana. Controle difuso. Controle concentrado. Controle misto.

## INTRODUÇÃO

Como se sabe, em torno da revisão judicial das leis, historicamente, formaram-se duas configurações (os chamados modelos puros). A primeira configuração considera a revisão da lei como uma operação hermenêutica cotidiana, que pode ser feita por qualquer jurista a qualquer momento dentro de um processo subjetivo (modelo de controle de constitucionalidade difuso a partir da matriz estadunidense). A segunda, por sua vez, é o resultado de um julgamento efetuado unicamente por uma Corte Constitucional (modelo de matriz europeia) dentro de um processo de controle da lei em tese (sem necessidade de uma lide que envolva partes – processo objetivo). Nesse último caso (controle de constitucionalidade concentrado), o Tribunal Constitucional moldaria demiurgicamente o destino das leis.

Alguns autores consideram as duas configurações totalmente opostas, porém outros autores afirmam que o extremismo que caracteriza as duas teses não seria verdadeiro e só funcionaria no nível teórico, mas certamente não no

nível real-prático. Essa segunda tese se evidencia, especialmente, em sistemas de jurisdição constitucional mistos, como é o caso da Itália e do Brasil, e na tendência de hibridização dos modelos puros apontada por diversos autores contemporâneos. Independentemente e além do discurso meramente teórico que ampara, por vezes, o tema, faz-se importante a discussão em outros termos: na Itália, em especial, parece que o princípio da igualdade, que pode conduzir a decisões contramajoritárias, assume relevância como ferramenta essencial para controlar a validade de uma lei independentemente do modelo adotado. Assim, o princípio da igualdade seria um dos mais importantes para atrair, na lógica de seu funcionamento, outras cláusulas gerais da Constituição italiana.

Portanto, definida como um “verdadeiro pesadelo das democracias”, a jurisdição constitucional faz sentido, portanto, não somente em referência ao modelo adotado (puro ou misto), mas à forma evolutiva do estado legal do direito ou do estado constitucional em relação ao contexto democrático. Sendo assim, o Tribunal Constitucional é chamado a desempenhar um papel necessário e fundamental como limitação constitucional para a democracia majoritária pura.

## 1. PREMISSAS CONSTITUCIONAIS

O tema da justiça constitucional é objeto de atenção não apenas por parte dos constitucionalistas, mas também por parte dos teóricos do direito. Uma das razões, como afirma Häberle<sup>1</sup>, é a circunstância de que o processo constitucional é um paradigma emblemático da ideia mais geral da Constituição, não apenas como ato do poder constituinte, mas também como um processo público, ou seja, como um equilíbrio de forças que se desenrola ao longo do tempo<sup>2</sup>. Nesse quadro, parece impossível tratar do controle de constitucionalidade italiano, objeto desta pesquisa, sem referência à longa vicissitude que envolve o Tribunal Constitucional, bem como a sua estrita relação com o nascimento da Constituição, que entrou em vigor em 1948.

Primariamente é importante evidenciar quais são as características peculiares da Constituição italiana: é escrita, rígida, analítica (longa), votada, compromissária, democrática e programática. Tais características explicam o longo

<sup>1</sup> P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, (Berlin: Duncker & Humblot, 1998).

<sup>2</sup> No dia primeiro de janeiro de 1988, a Constituição italiana completa setenta anos de idade. Ela foi aprovada pela Assembléia Constituinte em 22 de dezembro de 1947 e promulgada pelo presidente provisório do Estado De Nicola no dia seguinte 27 de dezembro. Foi publicada na “Gazzetta Ufficiale” n. 298, edição extraordinária, do mesmo dia, e entrou em vigor em primeiro de janeiro de 1948. A Constituição italiana consiste em 139 artigos e 18 disposições transitórias e finais que são parte integrante da mesma Constituição.

e animado debate sobre o papel e a função, além da composição, do Tribunal Constitucional na jovem república italiana<sup>3</sup>. Nesse debate, em um primeiro momento, encontrou-se acordo apenas sobre a definição do Tribunal Constitucional como um órgão colegiado com uma clara posição de garantia. Por isso, o Tribunal Constitucional, entre várias e diferentes vicissitudes, começou funcionar apenas no ano de 1956.

A Constituição italiana é dividida nas seguintes partes: os princípios fundamentais (arts. 1º-12); direitos e deveres dos cidadãos (arts. 13-54); ordenamento da República (arts. 55-139); por fim, as disposições transitórias e finais (disposições I-XVIII). A parte dedicada ao ordenamento da República, no título VI, Garantias Constitucionais, divide-se em duas sessões: “A Corte Constitucional” e “Revisão da Constituição - Leis Constitucionais”<sup>4</sup>.

No art. 134, indica-se que o Tribunal Constitucional tem a função de controlar a legitimidade das leis e dos atos que têm força de lei por meio de um julgamento; resolver os conflitos de atribuição entre Poderes do Estado e entre o Estado e as regiões; julgar os procedimentos de acusação contra o Presidente da República e contra os ministros; julgar a admissibilidade sobre o *referendum* abrogativo<sup>5</sup>.

No art. 135, estabelece-se a composição do Tribunal com quinze ministros: cinco eleitos pelo Parlamento em sessão comum; cinco nomeados pelo Presidente da República; cinco ministros escolhidos pela magistratura suprema, ordinária e administrativa, (três pela *Corte di Cassazione*, um pelo *Consiglio di Stato* e um pela *Corte dei Conti*).

Note-se que os ministros constitucionais não podem ser reeleitos e permanecem no cargo somente por nove anos – inicialmente, no texto constitucional, falava-se de doze anos, reduzidos a nove por uma lei de revisão constitucional em 1967. Essa previsão teve o intento de evitar qualquer forma de instrumentalização e de politização dos membros do Tribunal no exercício das delicadas funções de garantia e controle, além de permitir o desempenho “de guardião da Constituição” de weimariana memória<sup>6</sup>.

Dessa forma, criou-se “uma composição equilibrada do órgão de equilíbrio do sistema”<sup>7</sup>. A escolha de como compor o Tribunal Constitucional, no

<sup>3</sup> Em 2 de junho de 1946, os italianos, com sufrágio universal, foram convocados para votar entre monarquia e república por meio de um referendo.

<sup>4</sup> Lembra-se que as fontes, além da Constituição (art. 134 – 137), que disciplinam o Tribunal Constitucional italiano são: Legge costituzionale ex art. 137.1 Cost. (l. cost. 1/1948, l. cost. 1/1953, l. cost. 2/1967), Legge ordinaria ex art. 137.2 Cost. (l. 87/1953, l. 20/1962), Regolamenti della Corte ex art. 14 l. 87/1953 (norme integrative del 1956, regolamento generale del 1966).

<sup>5</sup> Art. 75 da Constituição Italiana: “Il referendum popolare può essere chiesto da 500.000 elettori o 5 Consigli regionali per sottoporre all’abrogazione parziale o totale di una legge o di un atto avente valore di legge”.

<sup>6</sup> Ver C. MORTATI, La costituzione di Weimar (Firenze: Sansoni, 1946). Também ver S. Rodotà, Alle origini della costituzione, (Bologna: Il Mulino, 1998).

<sup>7</sup> A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, (Torino: Giappichelli, 2014), 39.

contexto italiano, demonstra-se intermediária entre o sistema alemão, no qual o Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgerichtshof*) é totalmente eleito pelo Parlamento, e o sistema americano, no qual todos os membros são nomeados pelo Presidente.

Para além desses dados descritivos, interessa a discussão sobre qual modelo de controle de constitucionalidade seria melhor adotar: ou o modelo de controle difuso a partir da matriz estadunidense ou o modelo de controle de constitucionalidade concentrado a partir da matriz austríaca, como elaborado pelo Kelsen. No final, destacou-se uma forma de sistema de jurisdição constitucional definida mista ou também ambígua<sup>8</sup>.

Nesse sentido, o papel do Tribunal Constitucional foi definido como um instrumento dinâmico capaz de conectar, no âmbito do estado constitucional, a política e o direito. Trata-se de um verdadeiro ponto de equilíbrio do sistema jurídico que por seu caráter misto, consegue coexistir e reconciliar duas necessidades contraditórias: a alta qualidade técnico-jurídica e uma efetiva sensibilidade política<sup>9</sup>.

## 2. O ESTADO CONSTITUCIONAL

A justiça constitucional faz referência à forma mais evoluída do Estado do direito, ou seja, o Estado Constitucional<sup>10</sup>. Assim, o Estado Constitucional pode ser apresentado como uma versão específica e particular do Estado de direito, porque o conceito mesmo do Estado de direito é intrinsecamente elástico<sup>11</sup>. Nesse contexto, o Tribunal Constitucional é chamado a desempenhar um papel necessário e fundamental, como um limite constitucional para a democracia da maioria pura<sup>12</sup>. Por isso, os conceitos de Estado Constitucional e de justiça constitucional estão intimamente conectados e ligados e são considerados fenômenos essencialmente contemporâneos.

Na Itália, o problema da justiça constitucional foi seriamente discutido na Assembleia Constituinte<sup>13</sup>. Durante os trabalhos, foram apresentadas várias teses sobre a função e natureza do Tribunal Constitucional, mas que

<sup>8</sup> F. LANCHESTER, Il tetto o lo snodo: la Corte costituzionale italiana tra diritto e politica (relazione al forum di Villa Vigoni, 15-18 giugno 2009), 4.

<sup>9</sup> A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 39- 40.

<sup>10</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, (Torino: Einaudi, 1992) 21. Também ver: Aa. Vv., *Ruolo delle Corti Costituzionali nelle odierne democrazie*, (Roma: Palazzo della Consulta, 2003); G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, (Torino: Giappichelli, 1997), 25; A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 8.

<sup>11</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, 20.

<sup>12</sup> G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, (Bologna: Il Mulino, 1988), 97.

<sup>13</sup> Ver: C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa. I vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, (1934, rist. inalt. Milano: Giuffrè, 1964); RIGANO F., *Costituzione*

concentravam sua atenção na preocupação de que a existência de um Tribunal entraria em confronto com a ideia da supremacia parlamentar e com o princípio da legitimidade popular do poder. Por exemplo, Togliatti, expoente político e dirigente do Partido Comunista da Itália, expressou abertamente o temor de que a presença de um Tribunal Constitucional poderia afetar irremediavelmente a manifestação da vontade parlamentar, que baseava seu poder na legitimidade popular, tanto que definiu a Corte como “uma verdadeira e própria bizzarria”<sup>14</sup>. Da mesma opinião eram os expoentes liberais, mas com razões completamente diferentes: preferiam confiar o controle constitucional ao Tribunal de Cassação (*Corte di Cassazione*), considerado o verdadeiro monumento da sabedoria jurídica.

Por sua vez, a “Democracia Cristã” (*Democrazia Cristiana - DC*), expressou-se em favor do Tribunal Constitucional dentro da nova estrutura. Os modelos de referência foram os modelos americano e austríaco, que refletem, respectivamente, um modelo de controle difuso e um modelo de controle concentrado.

No modelo difuso, o controle de constitucionalidade é feito por parte de todos os juízes (de todas as instâncias), que não aplicam a lei que contrasta com a Constituição, com efeito retroativo e limitado ao caso em questão. Esse modelo, nos Estados Unidos, é chamado “*judicial review of legislation*”. O objetivo é proteger uma situação subjetiva com a aplicação correta da Constituição. Tudo isso foi estabelecido de forma interpretativa por meio de algumas decisões consideradas históricas da mesma Suprema Corte Americana.

Em *Marbury v. Madison*, de 1803, o juiz Marshall decidiu que, quando houver um conflito entre uma lei federal e a Constituição, é necessária a não aplicação da lei federal considerada inconstitucional e ilegítima. Esse raciocínio se obtém de um mero esquema lógico, ou seja, se a Constituição está em uma posição hierárquica superior à lei, esta não pode contrariar as disposições da Constituição e, se isso acontecer, a lei deve ser privada de seus efeitos<sup>15</sup>.

---

*e potere giudiziario*, (Padova: Cedam, 1982); M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, Costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848 – 1956)*, (Milano: Giuffrè, 1997).

<sup>14</sup> As citações do debate na Assembléia Constituinte podem ser lidas em *La Costituzione delle Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, editado pelo Secretário Geral da Câmara dos Deputados, Roma, 1970; em particular, ver P. TOGLIATTI, *seduta pom. dell'11 marzo 1947*, Vol. I, p. 330 ss.

<sup>15</sup> Cfr. *Marbury v. Madison*, 1803 em <http://www.lectlaw.com>, “Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable. Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature repugnant to the constitution is void. [...] It is emphatically the province and duty of the judicial department to say



Essa decisão representa o primeiro exemplo histórico de julgamento da constitucionalidade de uma lei e é um dos precedentes mais citados e evocados sobre a interpretação das fontes. Segundo uma parte da doutrina, a sentença de 1803 representaria a primeira tentativa de responder a uma das questões mais problemáticas: se a Constituição é a guardiã dos valores comuns, quem protege a guardiã? Nessa sentença há quase todos os elementos essenciais da justiça constitucional, mesmo que apenas de forma embrionária<sup>16</sup>.

No modelo de controle difuso de constitucionalidade, os juízes não têm o poder de anular a lei, e sua decisão tem efeito retroativo apenas para o caso específico que é decidido, de modo que a unidade do sistema jurídico é garantida por dois fatores: pela estrutura hierárquica do poder judicial, em cuja cúpula há a Suprema Corte, e pelo *stare decisis*, ou seja, pelo precedente vinculante.

Diferente do modelo de controle de constitucionalidade americano é o modelo de controle austríaco, também conhecido como modelo de controle de constitucionalidade concentrado. A revisão constitucional das leis é exercida por um Tribunal Constitucional específico, que não se limita apenas a não aplicar as leis inconstitucionais, mas as anula, motivo pelo qual a sentença pronunciada tem efeitos constitutivos *erga omnes*.

Nesse quadro, na Assembleia Constituinte italiana, alguns olhavam com simpatia para o modelo difuso e outros para o modelo concentrado, assim como não faltava quem propusesse um modelo misto com elementos de um e

---

*what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the constitution: if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law: the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If then the courts are to regard the constitution; and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature; the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply. Those then who controvert the principle that the constitution is to be considered, in court, as a paramount law, are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the constitution, and see only the law. [...]. In some cases then, the constitution must be looked into by the judges. And if they can open it at all, what part of it are they forbidden to read, or to obey? There are many other parts of the constitution which serve to illustrate this subject". Concluindo, "Why does a judge swear to discharge his duties agreeably to the constitution of the United States, if that constitution forms no rule for his government? if it is closed upon him and cannot be inspected by him. If such be the real state of things, this is worse than solemn mockery. To prescribe, or to take this oath, becomes equally a crime. It is also not entirely unworthy of observation, that in declaring what shall be the supreme law of the land, the constitution itself is first mentioned; and not the laws of the United States generally, but those only which shall be made in pursuance of the constitution, have that rank. Thus, the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument. The rule must be discharged".*

<sup>16</sup> E. Malfatti – S. Panizza – R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, (Torino: Giappichelli, 2011), 3.

de outro. Os contrastes, todavia, não se limitaram apenas a esta questão, mas se tornaram mais fortes quando foi necessário identificar o papel e as modalidades para a introdução do julgamento constitucional.

### 3. MODELO MISTO

Embora em 1º de janeiro de 1948 tivesse entrado em vigor a Constituição italiana e, apesar da presença de um título VI, “Garantias constitucionais, primeira seção, Tribunal Constitucional” (“*Garanzie Costituzionali, sezione prima, Corte costituzionale*”), o Tribunal constitucional passou a funcionar apenas em 1955, enquanto a primeira reunião foi realizada um ano depois<sup>17</sup>. Durante esses oito anos de silêncio, o controle das leis foi confiado aos juízes comuns, segundo o previsto na disposição transitória VII da Constituição<sup>18</sup>.

Ao final, o modelo adotado foi o “misto”, caracterizado por elementos típicos do modelo de controle concentrado, cujo controle constitucional é confiado a um órgão específico, e por elementos do modelo difuso, nos quais todos os juízes podem ativar o controle acima mencionado pelo levantamento de uma questão de legitimidade constitucional. Nesse contexto, Cheli afirma que o nascimento do Tribunal Constitucional seria

como uma junção elástica entre a esfera jurisdicional e a esfera política, uma espécie de alma dupla que constitui uma das características peculiares do modelo italiano, bem como um elemento de força e não de fraqueza<sup>19</sup>.

É um órgão, portanto, com duas faces, que olha tanto para a esfera jurisdicional como para a esfera política. Isso, porém, não significa que possa produzir novas disposições legislativas, mas apenas que pode julgar o produto da política e eventualmente anulá-lo se inconstitucional<sup>20</sup>. Nessa configuração, embora a Constituição não negue a liberdade de expressão dos pensamentos

<sup>17</sup> Em 23 de janeiro de 1956, o Tribunal Constitucional reuniu-se formalmente e realizou sua primeira reunião. Elegeu entres o seus membros o presidente, Enrico De Nicola. Evidencia-se que o papel desempenhado pelo presidente da Corte é extremamente delicado. Ele representa, convoca e preside as sessões, estabelece os calendários das audiências, e também nomea, nos julgamentos de legitimidade constitucional, um juiz relator do caso. É evidente que essa escolha é extremamente importante e a orientação ideológica e cultural do relator pode influenciar a decisão do próprio Tribunal.

<sup>18</sup> A VII disposição transitória da Constituição afirma que “*Fino a quando non sia emanata la nuova legge sull’ordinamento giudiziario in conformità con la Costituzione, continuano ad osservarsi le norme sull’ordinamento vigente. Fino a quando non entri in funzione la Corte Costituzionale. Fino a quando non entri in funzione la Corte costituzionale, la decisione delle controversie indicate nell’articolo 134 ha luogo nelle forme e nei limiti delle norme preesistenti all’entrata in vigore della Costituzione*”.

<sup>19</sup> E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte Costituzionale nella dinamica dei poteri*, (Bologna: Il Mulino, 1999).

<sup>20</sup> Ver o artigo 28, *ex lege* 11 março 1953, n. 87, “*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*”, publicada in G.U. 14 março 1953, n. 62, recita: “*Il controllo di legittimità della Corte*

aos membros do Tribunal Constitucional, é desejável que mantenham um distanciamento dos fatos políticos contingentes. Ademais, o Tribunal não é eleito e nem tem poderes de externalização, isso para garantir o prestígio do juiz constitucional<sup>21</sup>.

Parece clara a vontade constitucional de equilibrar a alma política e a alma jurisdicional da justiça constitucional. Esse foi o grande esforço que a Constituição italiana e as leis de aplicação subsequentes tentaram fazer, isto é, misturar corretamente a alma jurisdicional com a alma política do Tribunal Constitucional, de modo que uma não prevaleça sobre a outra<sup>22</sup>. Por exemplo, no julgamento incidental, em uma primeira fase, em frente ao juiz, parece prevalecer o momento da jurisdição da lei subjetiva, enquanto em uma fase posterior, no Tribunal Constitucional, parece dominar o interesse na constitucionalidade do sistema jurídico.

Dado o exposto, o modelo misto italiano parece incapaz de desconsiderar a natureza política da questão de constitucionalidade ligada à resolução de uma disputa, sem ter que fingir ignorar os efeitos institucionais do pronunciamento de inconstitucionalidade. Assim, o esforço de *self restraint* do Tribunal é sempre expresso (ou tenta-se) através de um caminho argumentativo<sup>23</sup>. Isso parece também corroborado pelo fato de que o Tribunal Constitucional é o órgão de fechamento e de cúpula do ordenamento.

Na Itália, o Tribunal é considerado um órgão colegiado com um aspecto externo monolítico, de modo que se aplicam tanto o princípio da colegialidade das decisões como a proibição de opinião dissidente. A motivação da decisão é apresentada pelo juiz “*redattore*”, geralmente coincidindo com o juiz relator (“*relatore*”) e é trazida ao conhecimento dos membros do colegiado. Após quaisquer mudanças aprovadas em uma câmara subsequente do conselho, é publicada sem menção aos números da votação<sup>24</sup>.

O Tribunal desde o início da sua atividade deu amplo espaço à prática jurisprudencial. Na sua qualidade de novo órgão, enquanto buscava apoio dogmático em categorias elaboradas em sistemas processuais antigos e consolidados, também queria elaborar seus próprios princípios e categorias e, para

---

*costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento”.*

<sup>21</sup> A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 46.

<sup>22</sup> A. PISANESCHI, *Introduzione* a BINDI E., *La Garanzia della costruzione. Chi custodisce i custodi?*, (Torino: Giappichelli, 2010), XVII.

<sup>23</sup> P. BARILE, *Il crollo di un antico feticcio (interna corporis) in una storica, (ma non soddisfacente) sentenza* in Giur. cost., 1959, p. 237 ss. Também ver: E. BINDI, *La garanzia della costituzione. Chi custodisce il custode?*, XIX.

<sup>24</sup> Ver exemplo: relação anual do presidente do Tribunal Constitucional sobre a justiça constitucional do 2013. Também ver: Corte Cost. 26 marzo – 10 aprile 2003, n. 116; Corte Cost. 23 ottobre 2006, n. 393; Corte Cost. 7 marzo 2011, n. 88.

isso, precisava conhecer-se na fase de aplicação, através da sua própria jurisprudência. Esse poder discricionário permite afirmar sua natureza como um órgão constitucional a meio caminho entre política e jurisdição, bem como se autolegitimar diante dos órgãos constitucionais<sup>25</sup>. Por isso, foi afirmado que “os primeiros juízes constitucionais estavam, portanto, no Tribunal como os antepassados de si mesmos”<sup>26</sup>, sublinhando, desse modo, a responsabilidade de fundar o estilo e a tradição do novo órgão.

#### 4. TÉCNICAS DECISÓRIAS

De fato, a questão da legitimidade constitucional pode surgir devido a um procedimento incidental (*procedimento in via incidentale*) ou a um procedimento principal (*procedimento in via principale*)<sup>27</sup>. Em ambos, a questão levantada deve ser “não manifestamente infundada” (*non manifestatamente infondata*) e relevante (*rilevante*). Recentemente, a jurisprudência parece ter acrescentado “uma terceira obrigação”: a demonstração necessária de se ter buscado e privilegiado as possíveis hipóteses interpretativas que permitem adaptar a disposição à Constituição<sup>28</sup>. Segundo o Tribunal Constitucional, o juiz deve fazer uso de seus poderes interpretativos todas as vezes que uma questão de constitucionalidade possa ser resolvida por meio de uma interpretação conforme a Constituição<sup>29</sup>.

A partir desses requisitos, no contexto do controle de constitucionalidade, formou-se uma nova tipologia de sentenças. As sentenças interpretativas de aceitação (*sentenze interpretative di accoglimento*), que declaram a ilegitimidade constitucional de uma disposição se e enquanto deriva-se dela uma determinada norma. Assim, julgando-se inconstitucional certo significado da disposição, ele é removido do ordenamento jurídico com eficácia própria das sentenças de aceitação, *erga omnes* e *ex tunc*, mas sem modificar o texto dessa mesma disposição.

Além disso, o Tribunal Constitucional adotou também outros tipos de sentenças chamadas manipulativas (*manipolative*), com as quais o texto legislativo é revivido somente depois de reformulá-lo através de uma estrutura nova e diferente da original<sup>30</sup>. As sentenças manipulativas modificam a disposição na sua formulação literal e distinguem-se em *manipolative additive*, *riduttive* ou *sostitutive*, dependendo se adicionam, subtraem ou substituem algumas peças

<sup>25</sup> E. BINDI, *La Garanzia della costruzione. Chi custodisce i custodi?*, p. 25. Si veda, altresì, E. Malfatti – U. Panizza – R. Romboli, *Giustizia costituzionale*.

<sup>26</sup> E. BINDI, *La Garanzia della costruzione. Chi custodisce i custodi?*, 25. A autora reporta uma afirmação atribuída de M. Bracci, contida nas “*Carte Bracci*”.

<sup>27</sup> Ver E. Malfatti – R. Panizza – R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, 110.

<sup>28</sup> Ver por exemplo Corte Cost. 14 -22 ottobre 1996, n. 356.

<sup>29</sup> Ver por exemplo Corte Cost. 14 -22 ottobre 1996, n. 356.

<sup>30</sup> Ver por exemplo: Corte Cost. 21 febbraio – 9 marzo 1992, n. 88; Corte Cost. 17 – 26 giugno 1991, n. 295.

do texto legislativo. A doutrina referindo-se especificamente a essa tipologia de sentença não tem uma posição unânime porque parece que o Tribunal assim se arrogaria o poder de criar novas disposições, invadindo a esfera reservada ao poder legislativo.<sup>31</sup>

Por fim, o Tribunal Constitucional geralmente faz ao legislador os *moniti* ou *avvisi* (advertências) para intervir e modificar a norma suspeita de inconstitucionalidade. Portanto, além da sentença de falta de fundamento ou inadmissibilidade, o Tribunal, na parte motivacional, exorta, através de um verdadeiro convite, o legislador a intervir para regulamentar o assunto de forma diferente e eliminar as desproporcionalidades presentes na mesma disciplina.<sup>32</sup>

Finalmente, o Tribunal Constitucional pode declarar a lei impugnada em conformidade com a Constituição apenas em consideração da sua natureza temporária. O legislador é apenas advertido que, se a legislação se tornar permanente e não estiver sujeita a alterações, será declarada inconstitucional por meio de uma decisão específica, se qualquer juiz chamado para aplicar a disciplina em questão devolvê-la ao exame do Tribunal<sup>33</sup>. A doutrina define esse tipo de sentença de *ancora costituzionalità* ou de *incompatibilità* (incompatibilidade).<sup>34</sup>

Portanto, algumas técnicas decisórias têm o fim de moderar os efeitos dos julgamentos constitucionais ao longo do tempo. Todavia, para evitar a realização de várias advertências, o Tribunal elaborou as *sentenze di incostituzionalità sopravvenuta*, ou seja, a regra declarada inconstitucional perde eficácia não desde o dia da sua entrada em vigor, mas desde o momento em que ocorreu a condição que estabeleceu a lei em contraste com a Constituição<sup>35</sup>.

Cabe sublinhar, no entanto, que, em termos de controle de constitucionalidade, a realidade não parece ser simples como descrita em um nível puramente teórico, pois o Tribunal constitucional tem que considerar tanto os elementos normativos e positivos como os elementos factuais. Em vista disso, é necessário refletir, ainda que brevemente, sobre a relação entre o princípio

<sup>31</sup> Por exemplo, ver por uma posição favorável: V. CRISAFULLI, *La Corte Costituzionale ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di) *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, (Bologna: Il Mulino, 1978), 84. Por uma posição contrária ver: G. ZAGREBELSKY, *La Corte Costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (ed.), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, (Bologna: Il Mulino, 1982), 106.

<sup>32</sup> *Ex multis*: Corte Cost. 18-27 dicembre 1991, n. 497; Corte Cost. 15 – 28 aprile 1992, n. 125; Corte Cost. 1 – 8 giugno 1992, n. 256; onde pode-se ler as seguintes expressões “*incostituzionalità accertata, ma non dichiarat*”; “*rigetto in inammissibilità, con accertamento di incostituzionalità*”.

<sup>33</sup> Ver por exemplo: Corte Cost., 21 aprile -5 maggio 1988, n. 501; Corte Cost., 18 – 26 marzo 1991, n. 124; nonché Corte Cost., 11 – 25 febbraio 1988, n. 226; Corte Cost. 9 – 16 febbraio 1989, n. 50 e Corte Cost. 5 – 13 luglio 1989, n. 398.

<sup>34</sup> Ver: E. MALFATTI – R. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, 139.

<sup>35</sup> Por exemplo, ver: Corte Cost. 21 aprile – 5 maggio 1988, n. 501; Corte Cost. 9 – 16 fev. 1989, n. 50.

da igualdade e ou razoabilidade, que se tornou o parâmetro mais invocado nos julgamentos de legitimidade a partir da década de 1970 na Itália. Essa interpretação se baseia no artigo 3 da Constituição italiana.

Essa avaliação sobre a razoabilidade dos motivos, calcada no princípio da igualdade, obviamente determina certo tipo de solução em vez de outra. Isso inevitavelmente envolve enormes riscos, entre os quais de não se julgar a legitimidade constitucional, mas de se efetuar um controle real sobre o mérito das escolhas do legislador. Esse ponto parece representar o aspecto mais delicado e também controverso das decisões, uma vez que diz respeito às relações entre a intervenção do Tribunal e o respeito pela esfera de discricção própria das escolhas políticas e, portanto, reservadas ao legislador. Talvez a razão pela qual a razoabilidade tenha sido ancorada ao princípio da igualdade resida precisamente na imposição de limites à invasão no mérito das escolhas legislativas pelo Tribunal Constitucional. Além disso, parece importante sublinhar que a linha entre legitimidade e mérito, destacada através o princípio de razoabilidade, nem sempre é bem marcada ou clara e requer o *self-restraint* do Tribunal para evitar interferências ou a invasão no mérito.

## CONCLUSÃO

Em conclusão, destaca-se ainda que é precisamente por meio do controle de constitucionalidade das leis, como instrumento para avaliar as escolhas legislativas, que o Tribunal Constitucional, como Guardião da Constituição, adquire um peso e um papel decisivo na condução da vida pública. Sem dúvida, o Tribunal Constitucional é um órgão de garantia que “julga por trás da política” e que, portanto, tem a possibilidade de intervir depois que uma lei foi aprovada pelo Parlamento e também quando ainda não foi formada uma orientação interpretativa consolidada. Isso reforça seu papel de guardião dos direitos fundamentais tornando-se parte da formação do direito vivo ainda *in fieri*<sup>36</sup>.

Embora não seja objeto deste estudo, é viável um brevíssimo apontamento sobre a aproximação entre o controle de constitucionalidade italiano e brasileiro. Nota-se, como principal fator de aproximação, a inspiração comum no sistema estadunidense e no sistema austríaco de controle. Entretanto, apesar dos fenômenos recentes da abstrativização do controle difuso e da utilização da sistemática de precedentes (que visam à eficácia *erga omnes* em sede de controle difuso e que seguem a tendência da hibridização dos sistemas no mundo globalizado)<sup>37</sup>, no Brasil, parece que os diferentes sistemas ainda têm

<sup>36</sup> E. BINDI, *La Garanzia della costruzione. Chi custodisce i custodi?*, 91.

<sup>37</sup> V. F. COMELLA, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, (Madrid: Marcial Pons, 2011).

contornos mais demarcados do que no do sistema italiano, quando comparados às matrizes clássicas. O funcionamento do Supremo Tribunal Federal como corte constitucional (no controle concentrado) e como corte recursal (no exame de recursos extraordinários em sede de controle difuso) permitem essa conclusão.<sup>38</sup>

Acima dos debates procedimentais, são pertinentes, para a jurisdição constitucional, tanto na Itália como no Brasil, questionamentos sobre a necessidade de autocontenção da Corte para preservação da divisão de poderes, sobre o tensionamento existente entre democracia e constitucionalismo, sobre o papel dos princípios (em especial da dignidade da pessoa humana e igualdade) e, consequência disso, sobre o papel contramajoritário das cortes constitucionais nos dois países. Essas questões extravasam os lindes desta pesquisa, mas podem ser pontos para o diálogo entre pesquisadores dos dois países.

## REFERÊNCIAS

- Aa. Vv., *Ruolo delle Corti Costituzionali nelle odierne democrazie*, (Roma: Palazzo della Consulta, 2003)
- Barile P., *Il crollo di un antico feticcio (interna corporis) in una storica, (ma non soddisfacente) sentenza* in “Giur. cost.”, 1959, p. 237 ss.
- Barroso L. R., *O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*, (São Paulo: Saraiva, 2016)
- Bignami M., *Costituzione flessibile, Costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848 - 1956)*, (Milano: Giuffrè, 1997).
- Cheli E., *Il giudice delle leggi. La Corte Costituzionale nella dinamica dei poteri*, (Bologna: Il Mulino, 1999).
- Comella V. F., *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, (Madrid: Marcial Pons, 2011).
- Crisafulli V., *La Corte Costituzionale ha vent'anni*, in N. Occhiocupo ( a cura di) *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, (Bologna: Il Mulino, 1978).
- Esposito C., *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa. I vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, (1934, rist. inalt. Milano: Giuffrè, 1964).
- Häberle P., *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, (Berlin: Duncker & Humblot, 1998).
- La Costituzione delle Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, editado pelo Secretário Geral da Câmara dos Deputados, Roma, 1970; em particular, ver P. Togliatti, *seduta pom. dell'11 marzo 1947*, Vol. I, p. 330 ss.
- Lanchester F., *Il tetto o lo snodo: la Corte costituzionale italiana tra diritto e politica* (relazione al forum di Villa Vigoni, 15-18 giugno 2009).
- Malfatti E.- Panizza S. -Romboli R., *Giustizia costituzionale*, (Torino: Giappichelli, 2011),
- Mendes G. F. -BRANCO P. G., *Curso de direito constitucional*, (São Paulo, Saraiva, 2014).
- Mortati C., *La costituzione di Weimar* (Firenze: Sansoni, 1946). Também ver S. Rodotà, *Alle origini della costituzione*, (Bologna: Il Mulino, 1998).
- Pisaneschi A., *Introduzione* a Bindi E., *La Garanzia della costruzione. Chi custodisce i custodi?*, (Torino: Giappichelli, 2010).
- Rigano F., *Costituzione e potere giudiziario*, (Padova: Cedam, 1982);

<sup>38</sup> Dentre outros, ver: L. R. BARROSO, *O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*, (São Paulo: Saraiva, 2016); G. F. MENDES – P. G. G. BRANCO, *Curso de direito constitucional*, (São Paulo, Saraiva, 2014).

Ruggeri A.- Spadaro A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, (Torino: Giappichelli, 2014).

Silvestri G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, (Torino: Giappichelli, 1997).

Zagrebelsky G., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, (Torino: Einaudi, 1992).

Zagrebelsky G., *La Corte Costituzionale e il legislatore*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (ed.), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, (Bologna: Il Mulino, 1982).

Zagrebelsky G., *La giustizia costituzionale*, (Bologna: Il Mulino, 1988).

#### REFERENCIAS JURISPRUDENCIAS

*Marbury v. Madison*, 1803 em <http://www.lectlaw.com>.

Corte Cost., 11 - 25 febbraio 1988, n. 226.

Corte Cost. 21 aprile - 5 maggio 1988, n. 501.

Corte Cost., 21 aprile -5 maggio 1988, n. 501.

Corte Cost. 9 - 16 febbraio 1989, n. 50.

Corte Cost. 9 - 16 febbraio 1989, n. 50.

Corte Cost. 5 - 13 luglio 1989, n. 398.

Corte Cost., 18 - 26 marzo 1991, n. 124.

Corte Cost. 17 - 26 giugno 1991, n. 295.

Corte Cost. 18-27 dicembre 1991, n. 497.

Corte Cost. 21 febbraio - 9 marzo 1992, n. 88.

Corte Cost. 15 - 28 aprile 1992, n. 125.

Corte Cost. 1 - 8 giugno 1992, n. 256.

Corte Cost. 14 -22 ottobre 1996, n. 356.

Corte Cost. 26 marzo - 10 aprile 2003, n. 116.

Corte Cost. 23 ottobre 2006, n. 393.

Corte Cost. 7 marzo 2011, n. 88.

#### REFERENCIAS LEGISLATIVAS

Constituição italiana.

Legge costituzionale ex art. 137.1 Cost. (l. cost. 1/1948, l. cost. 1/1953, l. cost. 2/1967).

Legge ordinaria ex art. 137.2 Cost. (l. 87/1953, l. 20/1962).

Regolamenti della Corte ex art. 14 l. 87/1953 (Norme integrative del 1956, regolamento generale del 1966).



# CAPÍTULO 21

## UMA CRÍTICA AO JUDICIAL REVIEW COMO PROCEDIMENTO DECISÓRIO PARA DIRIMIR DISCORDÂNCIAS SOBRE DIREITOS

*Suellen Moura*

**RESUMO:** O presente artigo intenta analisar os argumentos oferecidos por Jeremy Waldron para sustentar a oposição à prática da revisão judicial. A seguir, contrasta as pressuposições levantadas pelo autor com o atual contexto brasileiro, marcado por uma crise institucional. Por fim, propõe a necessidade de procedimentos decisórios legítimos como uma resposta ao problema moral da discordância.  
**PALAVRAS-CHAVE:** Revisão judicial; Discordância moral; Legitimidade política; Jeremy Waldron.

*A CRITIQUE OF JUDICIAL REVIEW AS DECISION-MAKING  
PROCEDURE TO SETTLE DISAGREEMENTS ABOUT RIGHTS*

**ABSTRACT:** *The present article aims to analyze the arguments offered by Jeremy Waldron to sustain the opposition to the practice of judicial review. Next, it contrasts the presuppositions argued by the author with the current brazilian context, marked by an institutional crisis. Finally, it proposes the need of legitimate decision-making procedures as an answer to the moral problem of disagreement.*

**KEY-WORDS:** *Judicial Review; Moral disagreement; Political legitimacy; Jeremy Waldron.*

### 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende apresentar os argumentos enunciados por Jeremy Waldron para se opor à prática do *judicial review*, contrastando-as com o atual contexto político brasileiro, marcado por uma crise institucional que evidencia que o Supremo Tribunal Federal se encontra em constante choque com o Congresso Nacional.

A plausibilidade da oposição ao *judicial review* assume como pano de fundo uma sociedade que possua: (i) instituições democráticas em condições razoavelmente boas de funcionamento, o que inclui um legislativo representativo eleito por sufrágio universal adulto; (ii) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento; (iii) um comprometimento de boa parte da sociedade com os direitos individuais e de minoria; e, (iv) uma discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos individuais e de minorias.

Dessa forma, intenta-se destrinchar os fundamentos das pressuposições oferecidas pelo autor, verificando se, empiricamente, o Brasil está contemplado

nesse arranjo de sociedade proposto por Jeremy Waldron – corroborando os argumentos desfavoráveis à defesa –, e, se não está, em que medida é razoável sustentar, normativamente, essa prática como forma de solucionar o problema da discordância sobre direitos.

O foco deste artigo se encontra no *judicial review* sobre a legislação. E as pressuposições contrastadas referem-se à primeira – instituições democráticas em boas condições de funcionamento – e à segunda – instituições judiciais também em boas condições de funcionamento.

## 2. DEFINIÇÃO DE *JUDICIAL REVIEW*

O contexto do fim da Segunda Guerra Mundial propiciou o surgimento do *judicial review*, quando se observou um movimento de restrições impostas a maiorias parlamentares, alterando a visão tradicional segundo a qual a democracia implica o domínio da maioria sob a forma de supremacia parlamentar. Os regimes democráticos incorporaram progressivamente mais constrangimentos substanciais ao que a maioria parlamentar poderia fazer. Não só a autoridade pública deveria ser exercida dentro das regras gerais, mas os cidadãos são considerados como titulares de direitos fundamentais, cujo exercício deve permanecer fora da vontade da maioria. Portanto, “submeter o desempenho de funções públicas ao escrutínio de juízes independentes torna-se um controle efetivo e essencial do exercício do poder político, garante a supremacia da lei e garante os direitos dos cidadãos”.<sup>1</sup>

Martin Shapiro e Alec Stone Sweet discorrem que, desde 1949, dezenas de estados adotaram novas constituições que prevêm a revisão constitucional. Dado o alto grau de prioridade, a proteção dos direitos humanos nos regimes que se seguiram à extinção do fascismo na Alemanha e na Itália, o autoritarismo militar no sul da Europa e na América Latina e o comunismo na Europa Oriental, não havia pouca escolha no assunto. Hoje, os direitos e a revisão são um componente essencial, mesmo obrigatório, de qualquer movimento em direção à democracia constitucional.<sup>2</sup>

Contudo, ainda nesse período – em especial com o surgimento dos Tribunais Constitucionais – houve um enfraquecimento da oposição histórica da esquerda ao *judicial review*, considerado uma prática contramajoritária de positividade de direitos de propriedade. Conforme sinaliza John Forejohn, o que

<sup>1</sup> Cf. Carlo Guarnieri, “Courts as an instrument of horizontal accountability”, in *Democracy and the rule of law*, ed. José Maria Maravall e Adam Przeworski (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p. 223. (Tradução nossa).

<sup>2</sup> Martin Shapiro e Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization* (New York: Oxford University Press, 2002), p. 136. (Tradução nossa).

os persuadiu a considerar a hipótese de se confiar a um tribunal especializado a proteção de uma ampla gama de direitos humanos – e não só os direitos de propriedade – foi a possibilidade de se nomear tantos partidos de esquerda quanto de direita para esses tribunais. Dessa forma, ao se isolarem do judiciário, “os tribunais constitucionais propostos tornariam-se mais confiáveis enquanto aplicadores de direitos humanos”<sup>3</sup>. Não obstante, “a revisão judicial constitucional sempre foi vista como o poder politicamente controverso dos juízes, precisamente porque o seu exercício oblitera as fronteiras que supostamente separam as coisas ‘políticas’ das coisas ‘judiciais’”<sup>4</sup>.

Jeremy Waldron enumera quatro distinções de tipos de controle de constitucionalidade para ilustrar o *judicial review* e, assim, traçar os contornos de sua prática. Dentre as várias práticas que podem ser agrupadas como controle de constitucionalidade das leis, destaca que a que ele considera mais importante é a distinção entre controle de constitucionalidade fraco e controle de constitucionalidade forte. Adverte, contudo, que essa distinção acerca do controle de constitucionalidade não equivale necessariamente à supremacia judicial, situação que evidencia que “(i) os tribunais decidem questões importantes para todo o sistema político, (ii) essas decisões são tratadas como absolutamente vinculantes para todos os outros atores do sistema político e (iii) os tribunais não acatam as posições tomadas sobre esses assuntos por outros poderes.”<sup>5</sup>

No controle de constitucionalidade forte, os tribunais têm autoridade para deixar de aplicar uma lei ou para modificar os efeitos desta de modo a direcionar sua aplicação em conformidade com direitos individuais. Uma outra forma é que nesse sistema os tribunais também têm autoridade para não aplicar uma lei e, em razão da decisão adquirir um efeito preclusivo, confere àquela os efeitos de letra morta. Uma forma ainda mais forte de controle de constitucionalidade consistiria em dar poderes aos tribunais para excluir totalmente uma lei.

No tocante ao controle de constitucionalidade fraco, os tribunais podem examinar minuciosamente a legislação quanto à conformidade com direitos individuais; contudo, não podem deixar de aplicá-la se, em razão da aplicação, direitos individuais forem violados. No Reino Unido, por exemplo, “os tribunais podem revisar uma lei com vistas a emitir uma ‘declaração de incompatibilidade’ quando acontecer de ‘um tribunal estar convencido que a disposição

<sup>3</sup> John Forejohn, “Judicializando a Política, Politizando o Direito”, in *Judicialização da Política*, ed. Luiz Moreira, 1 ed. (São Paulo: 22 Editorial, 2012), p. 82.

<sup>4</sup> Martin Shapiro e Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization* (New York: Oxford University Press, 2002), p. 142. (Tradução nossa).

<sup>5</sup> Jeremy Waldron, “A Essência da Oposição ao Judicial Review”, in *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*, ed. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira, (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010), p. 100.

é incompatível com um direito da Convenção”<sup>6</sup>. Uma forma ainda mais fraca seria não conferir tampouco essa parcela de autoridade aos juízes. Semelhante ao sistema britânico, na Nova Zelândia os juízes não podem deixar de aplicar uma lei se esta violar direitos humanos; contudo, eles podem empreender esforços para encontrar outras interpretações que evitem a violação.

Observa-se que a tese de que a revisão judicial, por definição, consiste somente na sujeição do legislativo ou do executivo à norma jurídica não é incontestável, especialmente quando o controle de constitucionalidade das leis integra uma forma de domar a política com instrumentos não políticos. Constituições cumprem esse papel sobretudo quando interpretadas por tribunais

### 3. AS QUATROS PRESSUPOSIÇÕES DA SOCIEDADE IDEAL DE JEREMY WALDRON

Existem argumentos sólidos na teoria constitucional para não se defender o mecanismo de revisão judicial por tribunais. Nesse sentido, Jeremy Waldron revela a vulnerabilidade da revisão judicial em pelo menos dois aspectos: (i) primeiramente, a revisão judicial é vulnerável porque, quando há divergência sobre direitos entre os cidadãos, esse mecanismo não enfrenta as questões cruciais do jogo político, munindo-se, pelo contrário, de questões secundárias como precedentes e interpretações e, (ii) secundariamente, a revisão judicial sofre de um problema de legitimidade democrática, na medida em que privilegia uma decisão prolatada por uma maioria de juízes não eleitos, colocando de lado princípios como representação e igualdade política na resolução final de questões de direitos.

No tocante às instituições democráticas em boas condições de funcionamento, Waldron parte do pressuposto de que a sociedade ora democrática passou por várias formas de monarquia, tirania, ditadura ou dominação colonial, chegando em uma situação em que seu sistema de leis é criado pelo povo e por representantes que trabalham legitimados pelo povo. O sistema político nesse sentido é pautado pelo voto universal adulto e o legislativo é representativo, sendo que as eleições acontecem de modo imparcial e regularmente. Ainda, que esse legislativo consiste em um órgão deliberativo e lida com questões de justiça e política social, cujos procedimentos são dignos de confiança. Que existem partidos políticos e que as respectivas afiliações partidárias são elementos fundamentais para representarem os diversos pontos de vista por elas defendidos. Ademais, pressupõe-se uma deliberação responsável e a igualdade política.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Jeremy Waldron, “A Essência da Oposição ao Judicial Review”, in *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*, ed. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira, (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010), p. 101.

<sup>7</sup> Cf. Jeremy Waldron, “A Essência da Oposição ao Judicial Review”, in *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*, ed. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira, (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010), pp. 106-107.

O argumento contrário ao *judicial review* nesse ponto consiste no questionamento do motivo de se consignar a um processo não eletivo a revisão e, algumas vezes, a anulação do trabalho feito pelo parlamento se a estrutura permanece em boa condição de funcionamento. Waldron sublinha nessa oportunidade que boa condição de funcionamento não implica necessariamente em legislações boas ou justas no tocante ao conteúdo; ao contrário, pela discordância sobre o que ou qual é justa ou injusta, propõe que parte da legislação o seja e outra não, e isso equivale tanto para medidas submetidas ao *judicial review* como para aquelas que não se coloquem sob a atividade de revisão<sup>8</sup>.

Para a defesa do pressuposto de instituições judiciais em condições razoavelmente boas de funcionamento, o autor destaca que a sociedade ora considerada possui tribunais bem estabelecidos e politicamente independentes, estruturado para tomar decisões, resolver controvérsias e defender o Estado de Direito. Nessa perspectiva, enfatiza, então, que os tribunais são instituições não eletivas ou representativas – contrariamente à instituição pontuada anteriormente. Isso denota que a função judicial não só não é – na maioria das vezes – uma função eletiva como também não é permeada pelo que o autor denomina de “ethos de eleições”, representação e responsabilidade eleitoral – como é o legislativo.

Contudo, parte do pressuposto que estes tribunais são capazes de exercer essa função de examinar decisões de outros poderes. A questão que se enfrenta é se eles deveriam examinar a legislação e, em caso afirmativo, se suas determinações seriam vinculantes para os poderes representativos do governo. Assume que os juízes têm um elevado status no sistema político, o que os torna relativamente imunes às pressões políticas, bem como também estão preocupados com direitos assim como qualquer outro indivíduo da sociedade.

O autor parte do princípio que os tribunais:

[...] (1) não agem por impulso próprio ou por referência abstrata, mas, antes, respondem a reivindicações particulares apresentadas por litigantes particulares; (2) lidam com questões no contexto de apresentação binária e contenciosa e (3) remetem às suas próprias decisões anteriores e as aperfeiçoam em aspectos que parecem relevantes ao caso em questão.<sup>9</sup>

A objeção neste ponto é precisamente que, assim como outros membros, os juízes também discordam entre si quanto aos significados e às implicações de direitos individuais e de minorias. Ou seja, assim como com os legisladores,

<sup>8</sup> Cf. Jeremy Waldron, “A Essência da Oposição ao Judicial Review”, in *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*, ed. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira, (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010), p. 108.

<sup>9</sup> Jeremy Waldron, “A Essência da Oposição ao Judicial Review”, in *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*, ed. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira, (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010), pp. 109-110.

deve-se adotar formas de decisão que abarcam múltiplos juízes e cujos membros apresentam discordância sobre os interesses em jogo.

Para a terceira pressuposição, Jeremy Waldron admite que existe nessa sociedade um forte comprometimento com direitos individuais e de minorias. Em outras palavras, pessoas que compõem essa sociedade acreditam no princípio do governo da maioria, sendo que eles aceitam que indivíduos titularizam determinados direitos e que estes não deveriam ser-lhes retirados por uma imposição da vontade da maioria; ao contrário, precisam ser reconhecidos e assegurados. Qua as pessoas partilham de uma consciência que envolve um comprometimento amplo e vivo quanto a direitos humanos, de modo que se reconstrói e evolui com o debate sobre os direitos que cada um e todos possuem. Ainda, “podemos também partir do princípio de que essa sociedade preza os direitos ao ponto de adotar Cartas ou Declarações de Direitos oficiais e escritas”<sup>10</sup>.

O comprometimento com direitos não deveria ser um fator impulsor ou justificante do *judicial review*, de modo a incorporar um confronto entre defensores de direitos e oponentes de direitos. O que o autor sugere é particularmente o confronto de uma visão de direitos e outra diferente. Nesser sentido, “existe uma distinção tanto em nível cultural quanto em nível institucional entre um compromisso com direitos (mesmo um compromisso escrito com direitos) e qualquer forma institucional específica (por exemplo, o *judicial review* sobre a legislação).<sup>11</sup>

A quarta pressuposição final e crucial corresponde à discordância sobre direitos, argumentando que o consenso sobre direitos não está isento da discordância quanto às principais questões políticas que emergem nas sociedades liberais modernas, de modo que a discordância quanto a direitos não envolve precisamente questões de interpretação ou aplicações marginais, mas levanta questões importantes para a comunidade política que dizem respeito à aplicações centrais. Essas questões “definem escolhas maiores que qualquer sociedade deve enfrentar, escolhas que são razoavelmente bem entendidas no contexto de debates morais e políticos, escolhas que são o ponto focal da discordância moral e política em muitas sociedades”.<sup>12</sup>

Nessa esteira, é falacioso considerar que a divergência sobre direitos implique em não os levar a sério, justamente porque essa pressuposição já foi assumida pelo autor como condição preenchida. Assim, embora os indivíduos tenham concepções distintas de direitos, não é correto afirmar que não há sinceridade na adesão a eles. A objeção, portanto, concerne ao fato de que o *judicial review* pode,

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 113.

ao invés de estimular o confronto com essas discordâncias, leva-las a serem consideradas como questões de interpretação. Portanto, argumenta-se se esse seria o contexto desejável para se deliberar sobre questões morais.

### 3.1. Os casos não essenciais: Brasil

Jeremy Waldron afirma que nos casos em que as pressuposições não forem satisfeitas a argumentação contra o *judicial review* não subsiste. Porém, isso não implica que o *judicial review* da legislação seja defensável sempre que as pressuposições não subsistirem. Isso porque “o judicial review é, em parte, uma resposta às falhas notadas de instituições democráticas ou ele é, em parte, uma resposta ao fato de que muitas pessoas não levam os direitos suficientemente a sério (então eles precisam que um tribunal faça isso por eles)”.<sup>13</sup>

Nesse sentido:

[...] a argumentação a favor da legitimidade do processo decisório legislativo não depende de qualquer pressuposição de uma perfeição utópica das instituições legislativas e nem de que elas incorporem perfeitamente o princípio da igualdade política em seus aspectos eleitorais e procedimentais. Depende de essas instituições estarem explicitamente orientadas para esse princípio, organizadas de uma maneira projetada para satisfazer o princípio e fazerem esforço razoável para satisfazê-lo.<sup>14</sup>

A noção de disfuncionalidade do arranjo legislativo como razão para justificar a prática do *judicial review* podem advir mais do preconceito setorial das instituições políticas, menos de um desarranjo institucional aliado ao bom funcionamento do poder judiciário para corrigir as fragilidades do sistema representativo. Se o legislativo não vai bem e o judiciário também não, é forçoso reconhecer que o *judicial review* constitui uma prática que facilitará e remediará, no longo prazo, as disfunções eleitorais e legislativas, já que, nesse caso, nem a primeira, muito menos a segunda condição restam preenchidas.

Talvez esse seja o caso do Brasil. Particularmente desde 2015, desde o início da atual crise política que o país atravessa, é possível observar um Supremo Tribunal Federal em constante choque com o Congresso Nacional. Observa-se que “a marca desse período não tem sido apenas o de conflito, mas de ações e respostas inusitadas que, por sua vez, colocaram em xeque a autoridade e a legitimidade das instituições envolvidas”<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>15</sup> Rubens Glezer, “Poderes em Desequilíbrio” Rubens Glezer, SUPREMO EM PAUTA, acesso em 20 jan. 2018, <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,supremo-em-pauta-poderes-em-desequilibrio,70001840100>>.

De acordo com Oscar Vilhena Vieira, o papel político do STF – que a partir de 1988 passou a acumular as funções típicas de um tribunal constitucional – foi reforçado com a EC n. 3/93, EC n. 45/05, bem como com a Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99. Nesse sentido, o Supremo passou a exercer não somente a função de guardião da Constituição ou de protetor de direitos, mas também de criação de regras. Nesse desenho, o Supremo cumula o exercício de autoridade, característico da interpretação constitucional, com o exercício de poder. “Esta última atribuição, dentro de um sistema democrático, deveria ficar reservada a órgãos representativos, pois quem exerce poder em uma república deve sempre estar submetido a controles de natureza democrática.”<sup>16</sup>

O choque constante do STF com o Congresso Nacional foi intensificado com a Operação Lava Jato. De fato, passamos por um momento de crise institucional. A Presidência da República, o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional estão em crise. Nas palavras de Eloísa Machado de Almeida, pesquisadora do Supremo em Pauta, “hoje há um tribunal que sentiu o impacto da crise, que não conseguiu manter a higidez constitucional para lidar com essas questões (políticas). Os julgamentos excepcionais acabaram agravando a crise nos outros espaços. Mas foi o Supremo que se colocou no olho do furacão”.<sup>17</sup>

Observa-se que existe uma crítica a posições incoerentes, votos que não conversam e mudanças bruscas de posição. O caso [da posse como ministro] do Lula é o mais evidente, sugerindo que o tribunal tenha atuado de maneira muito oportunista em relação ao contexto político. Isso é muito problemático para um tribunal que tem de fazer valer regras constitucionais rígidas. A flexibilidade acirrou a crise institucional.<sup>18</sup>

No campo da representação política, outros exemplos podem ilustrar o desequilíbrio nas instituições no Brasil. São os casos dos pronunciamentos do STF acerca da situação do ex-senador Delcídio do Amaral (PT-MS)<sup>19</sup>, do caso do Ex-Presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha (PMDB-RJ)<sup>20</sup> e, mais recentemente, sobre a suspensão do mandato do Senador Aécio Neves (PSDB-MG)<sup>21</sup>. Esses casos evidenciaram que o STF vem adotando posicionamento estranho às garantias constitucionais no sentido de restringir as imunidades parlamentares.

<sup>16</sup> Oscar Vilhena Vieira, “Supremocracia”, in Revista Direito GV, (São Paulo, jul-dez de 2008), p.446.

<sup>17</sup> Nivaldo Souza, “Julgamentos excepcionais no Supremo agravam a crise, diz pesquisadora”, Uol política notícias, acesso em 30 jan. 2018, <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/12/20/julgamentos-excepcionais-do-supremo-agravaram-a-crise-diz-pesquisadora.htm?cmpid=copiaecola>.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Ação Cautelar (AC) 4039.

<sup>20</sup> Ação Cautelar (AC) 4070.

<sup>21</sup> Ação Cautelar (AC) 4327.



Esse contexto de interferência do STF nos mandatos dos parlamentares causou um grande desgaste entre o STF e o Congresso Nacional, evidenciando que o Supremo tem dificuldade para manter a autoridade das suas decisões. Em análise acerca dos julgamentos excepcionais, a pesquisadora comenta:

O Supremo parece que encampou uma agenda de moralização da política. Não deveria ter feito isso, porque, ao fazê-lo, criou parâmetros de atuação com base na excepcionalidade e, várias vezes, precisou voltar atrás. Isso vai minando a autoridade do tribunal, porque a noção de imparcialidade e equidade é fundamental para se compreender a legitimidade e a função de um tribunal numa democracia. Quando o Supremo afasta Cunha e toma uma decisão diferente com Aécio ainda que corrigindo o posicionamento anterior, cria uma sensação de tratamentos desiguais.<sup>22</sup>

Dessa forma, é possível defender que o Brasil, no contexto atual, não preenche os requisitos enunciados por Jeremy Waldron para se opor à prática do *judicial review*. Porém, exemplos do sistema político dão conta que não se trata apenas de deficiências nas instituições democráticas como os defensores da revisão judicial podem pretender defender; as instituições judiciais também estão fragilizadas. Esse panorama nos remete à objeção normativa e empírica de encomendar à jurisdição constitucional o poder de revisar a legislação, precisamente porque eles não são necessariamente mais aptos a oferecer uma resposta mais correta e imparcial frente ao problema moral da discordância sobre direitos.

Portanto, a defesa de um procedimento que fortaleça a instituição com credenciais democráticas para, prioritariamente, dirimir discordâncias sobre direitos se sustenta tanto no sentido de ser mais legítimo que certas questões sejam tratadas em foros específicos quanto no sentido de corrigir e reformular o sistema representativo. Pois, conforme sinalizado por Oscar Vilhena Vieira, “se consideramos que este protagonismo e liberdade do STF vem a fortalecer o Estado de Direito e o constitucionalismo, também se deve atentar para o fato consequente de que o controle da política pela jurisdição constitucional gera uma fragilidade do sistema representativo em responder às expectativas a ele direcionadas”.<sup>23</sup>

#### **4. A VULNERABILIDADE DA DEFESA NORMATIVA DO JUDICIAL REVIEW COMO PROCEDIMENTO DECISÓRIO PARA DIRIMIR DISCORDÂNCIAS SOBRE DIREITOS**

A existência de desacordos e a necessidade percebida por todos de um curso de ação comum são as duas as circunstâncias básicas da política conforme

---

<sup>22</sup><sup>23</sup> Oscar Vilhena Vieira, “Supremocracia”, in *Revista Direito GV*, (São Paulo, jul-dez de 2008), p. 457.

afirma Roberto Gargarella<sup>24</sup>. Para o autor, essas circunstâncias são relevantes na medida em que é importante que as comunidades tomem suas decisões em determinados foros, utilizando procedimentos que se mostrem respeitosos frente aos desacordos e que permitam que as vozes sejam escutadas em um debate sobre o qual a solução de um problema deveria ser comum.<sup>25</sup>

É nessa esteira que Jeremy Waldron propõe a necessidade de procedimentos decisórios legítimos como uma resposta ao problema moral da discordância<sup>26</sup>. Para o autor, a resposta mais apropriada é que deveríamos remar para a questão da legitimidade, havendo ou não discordância. O ponto não consiste precisamente em nos livrarmos das questões de direitos; mesmo que indivíduos de uma sociedade discordem sobre direitos eles precisam ter uma base comum de ação quando for necessário agir. E isso não quer dizer que não existirão discordâncias ou que sempre boas decisões serão tomadas, mas sim que essas decisões, que podem não ser exatamente as mais corretas, se pautarão por um procedimento decisório legítimo.

Segundo Adam Przeworski, os conflitos políticos muitas vezes dizem respeito a questões que não são somente sobre distribuição; alguns conflitos surgem porque as ações de um afetam o bem-estar de outros. Ainda, alguns conflitos são impulsionados por um puro desejo de poder, ambição ou vaidade. Para o autor, os teóricos democráticos ocidentais demoraram para perceber que é possível estar dividido. Nesse sentido, admite-se que as instituições políticas podem lidar com os conflitos e que estes podem ser estruturados, regulados e contidos. Ainda, que as regras puramente processuais podem ser eficazes no tratamento dos conflitos sem recorrer à força e que a oposição política pode melhorar a qualidade das decisões coletivas. E mais importante, de acordo com o autor, foi a percepção de que escolher os governos através de eleições competitivas constitui a única forma de promover a liberdade política em sociedades divididas, na medida em que uma lei que não foi adotada por unanimidade submete as pessoas a uma opinião que não lhes pertence ou a uma decisão que consideram contrária ao seu interesse<sup>27</sup>.

Nas palavras de Przeworski:

<sup>24</sup> Roberto Gargarella e José Luis Martí, “Estudio Preliminar - La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos”, in *Derechos y desacuerdos*, ed. Jeremy Waldron, (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A., 2005), p. XVIII. (Tradução nossa).

<sup>25</sup> Cf. Roberto Gargarella e José Luis Martí, “Estudio Preliminar - La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos”, in *Derechos y desacuerdos*, ed. Jeremy Waldron, (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A., 2005), p. XVIII. (Tradução nossa).

<sup>26</sup> Jeremy Waldron, “A Essência da Oposição ao Judicial Review”, in *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*, ed. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira, (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010), p. 118.

<sup>27</sup> Adam Przeworski, *Divided We Stand? Democracy as a Method of Processing Conflicts*, (Scandinavian Political Studies, Vol. 34, No. 2, 2011), p. 168. (Tradução nossa).

Existe uma visão generalizada de que as eleições devem ser o único mecanismo pelo qual as pessoas influenciam o curso das políticas públicas. Essa redução da política às eleições, é considerada por O'Donnell como uma patologia latino-americana. Ocorre que as atividades políticas não se limitam às eleições – nem mesmo aos esforços orientados para influenciar os resultados de futuras eleições. O mecanismo que permite a gestão pacífica dos conflitos políticos era a concessão feita pela maioria à minoria, de modo que a maioria e a minoria devem entender-se mutuamente se quiserem concordar.<sup>28</sup>

Stephen Holmes considera que a razão mais democrática pela qual elites se mostraram dispostas a imprimir limitações a si mesmas é que tais restrições contribuem para engendrar, na população que compreende a elite, a cooperação voluntária para atingir os objetivos da própria elite. Nessa perspectiva, embora democracias desenvolvidas sejam vistas de uma ótica mais inspiradora do que real, episódios democráticos ocorrem quando atores detentores de poder descobrem as vantagens na participação popular, na transparência do governo na proteção de minorias e no debate sem censura.<sup>29</sup>

A regra majoritária, como procedimento de tomada de decisões, revela como regras vinculantes podem convergir para a possibilidade de indivíduos capazes reunirem-se em uma ação cooperativa para realizar, pela primeira vez, uma escolha coletiva. O autor aponta para a necessidade de olhar não tanto para as flexibilidades que a rigidez constitucional previne, mas, especialmente, para as flexibilidades que elas oferecem. Para tanto, toma como ponto de partida a adoção de restrições habilitadoras em sociedades pré-democráticas e pré-liberais onde a hierarquia econômica impera.<sup>30</sup>

De fato, nenhum procedimento decisório é perfeito. Seja um processo de legislação passível ou não passível de revisão judicial, ele chegará algumas vezes à decisão errada. Portanto, Waldron enuncia duas razões que precisam ser levadas em conta ao projetar e avaliar o procedimento decisório para dirimir discordâncias sobre direitos: razões relacionadas ao resultado – decisões justas ou corretas; e ao processo – igualdade política e direito ao voto. Dada a discordância, a pergunta que se faz é se existe um procedimento que possa gerar conciliações reconhecidas como legítimas para ambos os lados.

A objeção contrária ao *judicial review* nesta perspectiva constrói-se na medida em que as razões relacionadas ao resultado são inconclusivas, de modo que não provam nada a favor do *judicial review*. As razões relacionadas ao processo, por sua vez, são bastante parciais de acordo com o autor, especial-

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>29</sup> Stephen Holmes, “Constituições e constitucionalismo”, in *Tratado de Direito Constitucional*, vol. 2, ed. Felipe Asensi e Daniel Giotti de Paula, (Rio de Janeiro: Elsevier, 2014), p. 579.

<sup>30</sup> Stephen Holmes, “Constituições e constitucionalismo”, in *Tratado de Direito Constitucional*, vol. 2, ed. Felipe Asensi e Daniel Giotti de Paula, (Rio de Janeiro: Elsevier, 2014), p. 591.

mente porque elas desacreditam a revisão judicial enquanto deixam a tomada de decisão pelo legislativo ileisa. Dessa forma, o lado legislativo está em vantagem sob qualquer ponto. Essa é a essência da oposição ao *judicial review* para Jeremy Waldron.

Para razões relacionadas ao resultado, uma forma de pensar o problema é pressupor que a aplicação de direitos fundamentais deveria ser confiada ao procedimento decisório político que tenha maior probabilidade de tomar uma boa decisão e gere menos efeitos colaterais possíveis. Enfatiza-se nesse ponto que as vezes os tribunais têm em mãos processos binários, relativamente fáceis de identificar as questões que os envolvem. Por outro lado, existem problemas que são multifacetados e que, portanto, são inapropriados para se tratar em uma instância judicial.

Em seus escritos sobre a justiça como guardião da Constituição, Carl Schmitt pondera sobre o direito de exame judicial material geral, assinalando que os tribunais com jurisdição civil, penal ou administrativa não são, em um sentido preciso, guardiões da Constituição. Todavia, é normal qualificá-los como tais ao exercerem um chamado direito de exame judicial material, isto é, ao examinarem as leis ordinárias em sua coerência material com os comandos constitucionais e, em caso de conflito, negarem à lei ordinária sua aplicação. Para o autor, o exame judicial apenas torna os tribunais sentenciadores guardiões da Constituição em um Estado judicial que subordina a totalidade da vida pública ao controle dos tribunais ordinários.<sup>31</sup>

Nesse sentido, continua apropriada a objeção democrática levantada por Carl Schmitt de se assumir como apromblemática a atribuição da competência para garantia da Constituição, sem maiores balizas, a um tribunal constitucional. Essa reflexão pode ser corroborada especialmente se considerarmos dois fatores: o primeiro, porque a decisão sobre qual norma geral deve ser aplicada em detrimento de outra é política e, conseqüentemente, a argumentação judicial nesses casos é também política; a segunda, porque a legislação judicial positiva (quando juízes criam leis em razão da abstenção do legislativo em fazê-lo), elaborada por um órgão judicial independente e isolado, gera dificuldade de controle.

Jeremy Waldron pontua que é tentador associar as proposições de razões relacionadas ao direito, especialmente frente ao preconceito sectário quanto ao legislativo, a razões faovráveis ao *judicial review* e, portanto, a uma defesa de um controle de constitucionalidade mais forte pelos tribunais. Contudo, vale destacar que o fundamento quanto ao resultado pode servir para ambos os lados. Nessa oportunidade, destaque-se que esse preconceito pode advir justamente de a terceira pressuposição não estar preenchida, qual seja, a de que os membros de uma sociedade estejam indiferentes quanto a

<sup>31</sup> Carl. Schmitt, *O Guardião da Constituição*, (Belo Horizonte: Del Rey, 2007), p. 36.

um comprometimento com direitos, de forma que as mesmas pressões seccaristas também podem evidenciar a negligência do judiciário com direitos.

Waldron apresenta três vantagens relacionadas ao resultado que normalmente são levantadas a favor do judicial review. A primeira delas consiste na orientação a processos específicos – na medida em que questões de direitos apresentam-se aos juízes na forma de situações de indivíduos de carne e osso. Neste primeiro argumento, o autor rebate alegando que em níveis recursais praticamente não se debate os direitos de indivíduos de carne e osso, mas sim abstrações quanto ao direito questionado.

Um segundo argumento é levantado tomando em conta a orientação ao texto de uma Declaração de Direitos, considerando que se o judicial review ocorre sob a legislação, a atividade centralizará sua atuação em uma Declaração de Direitos. Ocorre que as palavras de uma Declaração de Direitos tendem a assumir vida própria, de modo que os tribunais frequentemente buscam abrigos textuais para seu raciocínio, orientando-se principalmente pelo texto de uma maneira um tanto obsessiva. Assim, porque juízes também estão preocupados com a legitimidade para se conferir a decisão, eles se apegam ao texto da Declaração como instrumento de autoridade e não enfrentam as razões morais de forma direta.

E, o terceiro argumento, consiste em uma apresentação de razões assumida pelos juízes contendo um raciocínio explícito e uma fundamentação associada. Tanto os legisladores quanto os juízes apresentam razões para seus votos, a diferença é que juízes aprendem sobre as razões apresentadas por juízes e não estudam o raciocínio legislativo. Aqui, a objeção consiste não exatamente na existência ou não de uma fundamentação, mas na sua qualidade, de modo que as razões que os juízes costumam apresentar na ocasião de um *judicial review* raramente seriam as apresentadas em uma discussão deliberativa plena. Assim, preocupados com a questão da legitimidade de sua tomada de decisão, juízes distraem-se com essa justificação e concentram no que outros tribunais decidiram ou no que diz o texto de uma Declaração de Direitos enquanto os legisladores tendem ao menos ir diretamente ao cerne da questão.

Convergente a esse raciocínio, John Forejohn sinaliza que “há boas razões pelas quais certos tipos de leis deveriam ser debatidas e formuladas em um legislativo, enquanto outros tipos de lei deveriam ser criadas em salas de audiência ou em órgãos administrativos. Isso porque tipos diferentes de legislação substantiva parecem exigir tipos diferentes de razões ou justificações. Transferir a legislação para tribunais e órgãos governamentais tem o efeito de alterar os tipos de considerações – os tipos de justificações deliberativas – que entram na escolha de políticas alternativas.”<sup>32</sup>

<sup>32</sup> John Forejohn, “Judicializando a Política, Politizando o Direito”, in *Judicialização da Política*, ed. Luiz Moreira, 1 ed. (São Paulo: 22 Editorial, 2012), p. 68.

### Sobre o assunto:

“A argumentação judicial nunca é expressa em termos partidários, mas discussões sobre quais normas deveriam ser adotadas são, não obstante, políticas. Essas discussões dizem respeito à maneira como os textos legais e os julgamentos anteriores devem ser entendidos, ou ao que a Constituição, ou alguma concepção de justiça, exige. Independentemente do modo como são formuladas, essas disputas dizem respeito às normas que devem governar a vida dos cidadãos, e todos têm interesse em ver como são decididas”.<sup>33</sup>

A questão precisa é exatamente identificar quais defeitos na deliberação deveriam ser vistos como normais e quais deveriam ser vistos como aberrações na maneira como se espera que as respectivas instituições – tribunais e parlamentos – devam se comportar.

As razões relacionadas ao processo, por sua vez, pesam em favor dos parlamentos. Isso porque, mesmo que os indivíduos discordem do resultado, é possível sustentar que esses mesmos indivíduos estão de acordo que esse resultado foi obtido de modo imparcial. A teoria de uma resposta baseada como essa compreende a teoria da legitimidade política<sup>34</sup>. Os procedimentos de decisão política seguem o seguinte raciocínio: em razão da discordância sobre uma determinada decisão, esta deve ser tomada por um grupo de indivíduos específicos, utilizando-se de um procedimento de decisão específica

Para essa questão, Waldron apresenta o princípio da decisão majoritária, uma regra neutra em relação aos resultados e que trata os participantes com igualdade, conferindo a cada opinião expressa o maior peso possível compatível com a igual ponderação de todas as opiniões. A proposta é a utilização da DM para a escolha de representantes e uma versão da DM para tomar decisões entre os representantes. Assim, juntas, essas versões fornecem uma aproximação razoável do uso da DM como processo decisório entre a coletividade dos cidadãos como um todo.

Concernente ao argumento de se a tirania de uma decisão política é agravada pelo fato de que ela é imposta por uma maioria, Waldron assevera que “ou dizemos que tirania é tirania independentemente do modo como (e entre quem) a decisão tirânica é tomada ou dizemos – e esse é o meu ponto de vista – que o aspecto majoritário realmente suaviza a tirania, pois indica que havia ao menos uma coisa não tirânica sobre a decisão: ela não foi tomada de uma maneira que excluísse tiranicamente determinadas pessoas da participação como iguais”.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>34</sup> Jeremy Waldron, “A Essência da Oposição ao Judicial Review”, in *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*, ed. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira, (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010), p. 135.

Para Adam Przeworski, as eleições competitivas são um mecanismo pelo qual os conflitos podem ser regulados pacificamente, em que os titulares podem ser removidos do cargo pelo voto do povo. O lado perdedor pode então reverter para a força, em vez de ter que tolerar esse resultado para sempre. No entanto, se os perdedores atuais têm alguma perspectiva razoável de reverter o resultado usando o mesmo procedimento no futuro, eles podem preferir esperar em vez de lutar.

Um exemplo apresentado é o da sucessão política: se está em jogo a dinastia que governaria para um número indeterminado de gerações, os conflitos sobre a sucessão podem assumir a forma de guerra civil; se está em jogo quem vai governar durante os próximos quatro anos, os perdedores são mais propensos a esperar por sua vez, de modo que as eleições induzem a paz porque permitem horizontes intertemporais. Eleições são, assim, a sirene da democracia.<sup>35</sup>

Considerando que as pessoas divergem sobre quais direitos possuem, a especificação dos direitos jurídicos devem realizar-se mediante algum processo político. Nessa ótica, o direito de participação parece dar conta do questionamento sobre quem tem o poder de tomar decisões sociais e mediante qual procedimento. Para tanto, Waldron declara que poderíamos confiar a autoridade final de uma tomada de decisão a uma elite acadêmica ou judicial, sob o fundamento de que resolveria mais corretamente questões dessa matéria<sup>36</sup>.

O sistema de eleições legislativas também não consiste em um modelo perfeito, contudo, ele é evidentemente superior por ser questão de democracia e de valores democráticos em comparação à base indireta e limitada da legitimidade democrática do judiciário, de modo que não há argumento de imparcialidade adicional a favor do uso da DM pelos tribunais como há para seu uso pelos legislativos.<sup>37</sup>

## 5. CONCLUSÃO

Jeremy Waldron enfatiza que a existência de profundos desacordos sobre qualquer aspecto da organização social não só integra umas das circunstâncias da política como também um fator que torna possível e enriquece a deliberação democrática. O autor defende uma concepção majoritarista da política, julgando negativamente a constitucionalização de uma Carta de Direitos e

<sup>35</sup> Adam Przeworski, *Divided We Stand? Democracy as a Method of Processing Conflicts*, (Scandinavian Political Studies, Vol. 34, No. 2, 2011), p. 173. (Tradução nossa).

<sup>36</sup> Jeremy Waldron, *Derechos y desacuerdos*, (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A., 2005), p. 290.

<sup>37</sup> Jeremy Waldron, *Derechos y desacuerdos*, (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A., 2005), p. 140.

qualificando como desrespeitoso para a igual dignidade das pessoas as tentativas de defender um sistema de controle judicial como o que conhecemos hoje.

As pressuposições detalhadas pelo autor não são irreais e muito menos exigem perfeição nos arranjos democráticos ou judiciais. E, mesmo que não satisfeitas, ofecerem boas razões para não se defender, a longo prazo, o mecanismo do judicial review como procedimento decisório legítimo para solucionar a discordância sobre direitos que dizem respeito a todos e, portanto, todos deveriam ter a oportunidade de participar.

Se o desenho de como o Direito deve ser também reflete no que ele é, ainda que o Brasil atravesse uma crise política institucional, é preciso pensar em um caminho autêntico que não só corrija falhas, mas, sobretudo, avance na defesa dos valores democráticos. Portanto, em consonância com o entendimento do autor, a conclusão não é outra senão a de que um plano de ação comum deveria remar para o foco da legitimidade. E, nessa empreitada, recobrar o papel das instituições democráticas é salutar para o equilíbrio das instituições e para o próprio exercício da democracia.

## REFERÊNCIAS

- Adam Przeworski, *Divided We Stand? Democracy as a Method of Processing Conflicts*, (Scandinavian Political Studies, v. 34, n. 2, 2011).
- Carlo Guarnieri, "Courts as an instrument of horizontal accountability", in *Democracy and the rule of law*, ed. José Maria Maravall e Adam Przeworski (Cambridge: Cambridge University Press, 2003).
- Carl Schmitt, *O Guardião da Constituição*, (Belo Horizonte: Del Rey, 2007).
- Jeremy Waldron, "A Essência da Oposição ao Judicial Review", in *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*, ed. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira, (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010).
- Jeremy Waldron, *Derechos y desacuerdos*, (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A., 2005).
- John Forejohn, "Judicializando a Política, Politizando o Direito", in *Judicialização da Política*, ed. Luiz Moreira, 1 ed. (São Paulo: 22 Editorial, 2012).
- Martin Shapiro e Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization* (New York: Oxford University Press, 2002).
- Nivaldo Souza, "Julgamentos excepcionais no Supremo agravam a crise, diz pesquisadora", Uol política notícias, acesso em 30 jan. 2018, <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/12/20/julgamentos-excepcionais-do-supremo-agravaram-a-crise-diz-pesquisadora.htm?cmpid=copiaecola>.
- Oscar Vilhena Vieira, "Supremocracia", in Revista Direito GV, (São Paulo, jul-dez de 2008).
- Rubens Glezer, "Poderes em Desequilíbrio" Rubens Glezer, SUPREMO EM PAUTA, acesso em 20 jan. 2018, <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,supremo-em-pauta-poderes-em-desequilibrio,70001840100>>.
- Stephen Holmes, "Constituições e constitucionalismo", in *Tratado de Direito Constitucional*, vol. 2, ed. Felipe Asensi e Daniel Giotti de Paula, (Rio de Janeiro: Elsevier, 2014).



## CAPÍTULO 22

# O JUDICIAL REVIEW COMO MÃO AMIGA DA DEMOCRACIA: UMA DEFESA NÃO IDEAL DA AUTORIDADE DAS CORTES

*Vinicius de Souza Faggion*

### INTRODUÇÃO

O debate sobre qual teoria de jurisdição constitucional é legítima e moralmente correta gira em torno de duas concepções rivais. Há teorias alinhadas ao constitucionalismo legal ou jurídico e há teorias do constitucionalismo político, que divergem quanto à qual instância de poder tem supremacia e autoridade para determinar o significado do texto constitucional. Constitucionalistas legais atribuem essa função ao judiciário, através de Supremas Cortes, que têm competência para declarar em definitivo a inconstitucionalidade das leis. Já os constitucionalistas políticos entendem que o legislativo, em representação à vontade do povo, é responsável pela compreensão final das normas constitucionais. Nesse cenário, o judiciário apenas tem uma função coadjuvante, de agir como emissário institucional da Constituição, julgando conforme o sentido normativo atribuído pelos legisladores.

Uma questão relevante, que será melhor explorada, é o fato desses dois tipos de teoria serem baseados em retratos idealizados sobre a supremacia. Os constitucionalistas legais seguem Dworkin e imaginam juízes de cortes supremas com capacidades hercúleas<sup>1</sup>. Esperam que os julgadores tenham habilidade para sempre julgar por princípios de moralidade política e nunca com argumentos de políticas públicas. Esse retrato idealizado motivou uma reação não menos ideal, arquitetada por Waldron justamente para responder à altura o modelo dos Juízes Hércules. Motivado em formular um retrato róseo de resgate à dignidade da legislação<sup>2</sup>, desenvolve um argumento contrário ao *judicial review* forte, sugerindo que ele é ilegítimo, já que seria incompatível com a democracia. Nessa linha de ideias, o *judicial review* é visto como uma

---

<sup>1</sup> Ronald Dworkin, *O império do direito* (São Paulo: Martins Fontes, 2007), 404-05.

<sup>2</sup> Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation* (Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 1999), 2.

anomalia institucional, pois permite que um corpo de juizes não eleitos por sufrágio assole a legislação consolidada pela vontade majoritária.

Pretendo demonstrar que ambas as teorias não coadunam bem com a realidade prática, de modo que não seria desejável atribuir legitimidade plena a quaisquer agentes institucionais, seja o judiciário, seja a legislatura. Porém, apesar de não concordar com a idealização do judiciário como detentor da palavra final, defenderei que cortes têm uma presunção a seu favor para que possam exercer a supremacia. Essa presunção será resultado da crítica não ideal aos modelos de jurisdição mencionados, principalmente direcionada contra o constitucionalismo político.

A crítica envolverá dados concretos apresentados por Ilya Somin sobre a ignorância política do eleitorado. Através de uma série de evidências, Somin<sup>3</sup> (2013) conclui que a ignorância política é sabidamente indesejada, mas persistente em praticamente todas as sociedades democráticas. Sugere que é generalizado o fato de que cidadãos não se sentem motivados em adquirir conhecimento político qualificado para tomar boas decisões sobre direitos. Essas conclusões que descreditam a capacidade dos eleitores indicam que eles geralmente não conseguem eleger representantes aptos a tomar boas decisões governamentais. Também sugerem que o eleitorado nem sempre está suficientemente atento para questionar políticas que estão em descompasso com a proteção de direitos.

Dessa maneira, se a análise de Somin está correta, a legitimidade da supremacia pelas legislaturas restará prejudicada, pois não fará muito sentido atribuir tamanha competência para um agente institucional que não parece capaz de tomar boas decisões constitucionais. Em razão disso, o argumento de que cortes devem exercer supremacia, com revisão judicial forte, se tornará mais atraente.

Para alcançar a conclusão projetada, o trabalho é dividido em quatro partes:

Na primeira, descrevo as duas teorias opostas sobre o *judicial review*. Primeiro o constitucionalismo jurídico de Dworkin, depois o constitucionalismo político de Waldron.

Na segunda, apresento conceitos sobre teorias ideais e não ideais, e o debate metodológico em torno de ambas. Por meio dos esclarecimentos conceituais e metodológicos, indico como as teses de Dworkin e Waldron são empreitadas ideais, pois partem de retratos idealizados de como cortes e legislaturas devem agir para exercer suas respectivas supremacias.

Na terceira, esboço uma crítica não ideal às teorias de jurisdição, apontando que ambas encontram dificuldades práticas para justificar a legitimidade plena dos atores institucionais que cada uma aprecia. Nesse espaço, introduzo a

---

<sup>3</sup> Ilya Somin, *Democracy and Political Ignorance: Why Smaller Government Is Smarter*, 1 edition (Stanford, California: Stanford University Press, 2013).

discussão de Somin sobre a ignorância política e seu impacto sobre o desenho institucional do *judicial review*.

E, na última, com a direção dada pelos argumentos das seções anteriores, sugiro que cortes têm presunção de legitimidade para julgar com supremacia.

## 1. O *JUDICIAL REVIEW* ENTRE JUÍZES HÉRCULES E O RETRATO RÓSEO DA LEGISLAÇÃO

Os modelos de jurisdição de Dworkin e Waldron costumam ser classificados, respectivamente, como tipos de constitucionalismo jurídico e constitucionalismo político. Ambos são tipicamente contrastados como teorias rivais, que estão em franca oposição e disputa não só entre qual deve ter primazia, mas exclusividade<sup>4</sup>. Como já mencionado, as teorias divergem quanto a qual poder deve ter autoridade final para interpretar a Constituição e decidir, em definitivo, questões de direito controversas.

Assim as teorias se posicionam contra ou em favor do *judicial review* forte. Isto é, sobre a autoridade para cortes determinarem que certa lei ou provisão legislativa não deve ser aplicada porque incompatível com a interpretação constitucional<sup>5</sup>. O veredito alcançado pelo exame judicial de constitucionalidade é tido como definitivo, e a questão de direito pacificada.

Constitucionalistas jurídicos defendem que os agentes responsáveis pelo poder político – o executivo e, sobretudo, o legislativo – têm de estar sob o crivo substancial e persistente do judiciário, através da revisão judicial de seus atos. Outra característica é a ênfase superior dada à proteção do texto constitucional, declaração de direitos, e ao conjunto de princípios constitucionais<sup>6</sup>. Todo esse conteúdo normativo vincula a atividade política, ficando o judiciário responsável por determinar a correta adesão a esses materiais jurídicos.

Em oposição, adeptos do constitucionalismo político não enxergam tamanho nível de proteção de provisões constitucionais contra mudanças e transformações. Consideram uma identidade maior entre o processo democrático e a Constituição, de modo que o primeiro é legítimo meio para determinar a compreensão da segunda. Desse modo, o povo, representado pelo legislativo, tem capacidade bem maior para influenciar alterações no texto e na interpretação das normas em comparação ao modelo jurídico<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Adam Tomkins, “What’s Left of the Political Constitution?”, *German Law Journal* 14, n° 12 (2013): 2275.

<sup>5</sup> Jeremy Waldron, “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal* 115, n° 6 (2006): 1354, <https://doi.org/10.2307/20455656>.

<sup>6</sup> Graham Gee e Grégoire C. N. Webber, “What Is a Political Constitution?”, *Oxford Journal of Legal Studies* 30, n° 2 (jul. 2010): 273.

<sup>7</sup> Gee e Webber, 286: “uma constituição política é, em última análise, difícil de identificar como um fenômeno distinto da atividade política cotidiana. Não há apelo para um texto constitucional reificado,

Abaixo apresento brevemente as teorias de Dworkin e Waldron.

### 1.1. Dworkin e a supremacia do judiciário

Para compreender como Dworkin considera a autoridade final das cortes justificada, é preciso entender alguns elementos de sua teoria do direito e interpretação, nomeadamente, a leitura moral da constituição, o direito como integridade, e a distinção entre argumentos de política e princípio. Também é importante entender a compatibilidade entre o *judicial review* forte e a democracia.

Dworkin pensa que normas constitucionais responsáveis por declarar direitos, e proteger cidadãos contra transgressões pelos seus pares ou pelo governo, são geralmente expressas com uma linguagem ampla e abstrata<sup>8</sup>. Ainda considera tais normas *princípios*, que, diferente de regras, têm uma dimensão de peso variável<sup>9</sup>. Esse atributo permite a tomada de decisões em diferentes graus de realização, satisfazendo interesses abrangidos pelo princípio. Como exemplos, a Quarta Emenda constitucional dos Estados Unidos resguarda indivíduos contra “buscas e apreensões desarrazoadas”, e a Oitava contra “punições cruéis e incomuns”.

Para resolver litígios que envolvem prescrições amplas como as mencionadas, normas constitucionais requerem um método de interpretação que resulte na melhor satisfação possível entre as pretensões de direito das partes e os princípios. Dworkin defende a necessidade de juristas realizarem uma *leitura moral*. Tal leitura requer a interpretação da constituição em conformidade a algumas exigências morais, como o tratamento igualitário e respeitoso de qualquer sujeito, além do apreço abrangente de todas as liberdades individuais quando indispensáveis para a igualdade<sup>10</sup>.

A fim de atingir esse padrão moral igualitário, Dworkin acredita na existência de uma única interpretação correta. Ela é atingida quando o juiz decide em função dos princípios constitucionais sob a melhor compreensão moral possível sobre direitos e decência política.

A busca pela melhor interpretação leva ao juiz respeitar a integridade do direito. Para chegar ao veredito, o julgador precisa construir uma interpretação que respeite a prática institucional do direito. Tem que julgar baseado em materiais jurídicos disponíveis que representem essa prática (regras, princípios,

---

para uma declaração de direitos ou para grandes pronunciamentos judiciais. Em vez disso, uma constituição política funciona essencialmente, e muitas vezes imperceptivelmente, dentro do Parlamento e do executivo...” (trad. livre).

<sup>8</sup> Ronald Dworkin, *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*, 2. print (Cambridge, Mass: Harvard Univ. Pr, 1996), 7–8.

<sup>9</sup> Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério* (Sao Paulo: Martins Fontes, 2002), 42.

<sup>10</sup> Dworkin, *Freedom's law*, 8.

precedentes, costumes e etc.). Dessa maneira, a interpretação constitucional atinge uma dimensão de ajuste e justificação em relação aos padrões de decisão passados<sup>11</sup>, enquanto alcança a melhor leitura moral disponível que soluciona o conflito.

Dworkin imagina um modelo de juiz capaz de realizar a leitura moral e preservar a integridade do direito, o juiz Hércules. A figura mítica é um tipo-ideal que possui capacidade e paciência exemplares, superiores às apresentadas por qualquer “juiz médio”. Diante de um caso controverso, Hércules reúne padrões de decisão passada com circunstâncias semelhantes às quais julgará. Com base neles, Hércules tem que considerá-los parte da história institucional do direito relacionada ao caso. Deve interpretar tais padrões dando continuidade à construção da prática jurídica. Por consequência, Hércules chega ao veredito extraído de uma interpretação que se adapta aos fatos anteriores e os justifica na maior medida possível<sup>12</sup>. O juiz tem que ser capaz de demonstrar como um sujeito tem direito a certa pretensão que, até o presente momento, não lhe era considerada devida.

Outro aspecto importante é a diferença entre argumentar por via de políticas ou princípios. Política é um padrão para a satisfação de interesses econômicos e sociais em prol da comunidade. Já princípio é um padrão de correção moral que precisa ser respeitado, não porque a pretensão satisfaz interesses desejáveis, mas por ser é uma exigência sobre os direitos de uma pessoa<sup>13</sup>. Políticas têm a capacidade de criar ou atingir direitos antes desamparados, ao passo que princípios procuram reparar violações de direitos. Dworkin afirma que juízes devem julgar apenas lançando mão de argumentos de princípio, e não por políticas<sup>14</sup>. A separação conceitual entre princípios e políticas, e a necessidade dos juízes aderirem apenas à argumentação pelos primeiros, são fatores que separam a decisão judicial sobre casos controversos da atividade legislativa. Essa última cabível às legislaturas.

Tendo apresentado como juízes devem interpretar o direito conforme a constituição resta descrever a função das cortes e do *judicial review* como compatíveis com a democracia.

Dworkin acredita que o *judicial review* afiança a proteção de direitos e viabiliza a boa governança, porque o controle de constitucionalidade pelas cortes tende à produção de melhores resultados, quando comparado a cenários onde não há interferência judiciária. Por exemplo, afirma contrafactualmente que os Estados Unidos hoje são sociedade mais justa por possuir uma declaração

<sup>11</sup> Dworkin, *O império do direito*, 81–82.

<sup>12</sup> Dworkin, 286.

<sup>13</sup> Dworkin, *Levando os direitos a sério*, 36.

<sup>14</sup> Dworkin, *O império do direito*, 292.

de direitos reforçada pelo judiciário, em contrapartida à hipótese dos direitos constitucionais estarem sujeitos às instituições políticas através da regra da maioria<sup>15</sup>.

O filósofo emprega um raciocínio consequencialista para defender a revisão judicial da constituição. Argumenta que não vê alternativa a não ser optar por um padrão baseado em resultados, ao invés de outro baseado em procedimento, para eleger qual poder é mais competente para lidar com questões constitucionais. Assim, o melhor arranjo institucional é aquele que produz mais respostas corretas<sup>16</sup>. O judiciário é a instituição certa para esse arranjo, e a leitura moral da constituição, a teoria que lhe assegura legitimidade.

Por fim, a tese seria compatível com a democracia por dois motivos:

O primeiro apoia o *judicial review* forte, sob o argumento de que ele incrementa a qualidade do debate público sobre direitos enquanto o caso é decidido pela corte. Dworkin destaca que a leitura moral dá ênfase sobre questões de princípio que antes passariam despercebidas pelo parlamento<sup>17</sup>. Isso permite o desenvolvimento de um debate nacional sobre a adequação das questões de moralidade política relacionadas ao caso sub judice, que passam a ser tratadas nos noticiários, faculdades de direito e encontros casuais.

Já o segundo explica que a vontade majoritária não é a propriedade elementar da democracia. A necessidade de proteger direitos individuais faz deles trunfos contra seu incumprimento causado por escolhas majoritárias duvidosas. Então, existiria uma conexão necessária entre certos direitos individuais e a democracia. Caso esses direitos não sejam protegidos contra a dominação por preferências majoritárias, não estaremos diante de um contexto democrático genuíno em que igualdade e respeito a todos são assegurados. Como o *Judicial Review* forte é um bom mecanismo para a proteção desses direitos frente ao majoritarismo, então ele não é antidemocrático, pelo contrário, é garantidor da governança democrática<sup>18</sup>.

## 1.2. Waldron e a supremacia do legislativo

Em reação à exaltação do *judicial review*, Waldron critica a postura acadêmica influenciada por Dworkin, que criou uma imagem idealizada da adjudicação, somada a um ceticismo debilitante contra o legislativo<sup>19</sup>. Dispõe-se a desenvolver uma alternativa que sirva a mesma função que o modelo dos

<sup>15</sup> Dworkin, 426–27.

<sup>16</sup> Dworkin, *Freedom's law*, 34.

<sup>17</sup> Dworkin, 345.

<sup>18</sup> John Danaher, "Is Judicial Review Compatible with Democracy?", IEET, mar. 2017, <https://ieet.org/index.php/IEET2/more/Danaher20170324>.

<sup>19</sup> Waldron, *The Dignity of Legislation*, 2.

juízes Hércules serviu para a legitimidade das decisões judiciais. Então, o objetivo de Waldron é acompanhar a ambição de Dworkin e também desenvolver uma teoria ideal, só que sobre a legislação:

vale a pena questionar como seria desenvolver um retrato róseo das legislaturas e de seus processos que correspondessem, em sua normatividade, e talvez em sua ingenuidade, ao retrato das cortes que apresentamos – Hércules, “o fórum de princípio”, “santuário sagrado” – nos mais elevados momentos da nossa prática jurídica constitucional. Interrogo isso em parte porque, em se tratando de questões de desenho institucional, é importante comparar o semelhante com seu equivalente (WALDRON, 1996, p. 2186)<sup>20</sup>.

A primeira característica relevante é a razão que compatibiliza a autoridade revisional pelas legislaturas e a democracia. Waldron defende que o procedimentalismo<sup>21</sup> é o tipo de raciocínio correto para a legitimidade democrática. O critério procedimentalista avalia se a revisão judicial definitiva é um procedimento compatível ou não com valores democráticos. Então, o defensor da supremacia pela legislatura pensa, *contra* Dworkin, que o *judicial review* forte não respeita a democracia. A revisão judicial definitiva sofre da *dificuldade contra-majoritária*<sup>22</sup>. Um grupo de juízes não eleitos democraticamente, com mandatos em geral vitalícios, não deve ter autoridade para interferir na legislação promulgada por representantes do povo. Contrariar direitos fixados pela regra da maioria por um corpo não responsivo de oficiais, sem o aval da vontade democrática seria abuso de poder.

Waldron entende que a autoridade para decidir questões constitucionais sobre direitos só é democrática, se ela própria segue padrões de escolha democráticos. Como cortes judiciais são formadas por oficiais não eleitos pelo povo, a revisão judicial forte nunca será genuinamente democrática, pois, decisões definitivas de cortes não representam diretamente os interesses do eleitorado. Para dar substância ao argumento, Waldron apresenta duas razões:

A primeira aponta que a sugestão de Dworkin sobre o judiciário promover a democracia através de suas decisões não leva em conta uma distinção entre uma *decisão sobre democracia* e uma *decisão por meios democráticos*<sup>23</sup>. Esta

<sup>20</sup> Jeremy Waldron, “Legislation, Authority, and Voting”, *Georgetown Law Journal* 84 (1996): 2186. Tradução livre de: “it is worth asking what it would be like to develop a rosy Picture of legislatures and their process that matched, in its normativity and perhaps in its naivete, the picture of courts that we present – Hercules, “the forum of principle”, “sacred shrine” – in the more elevated moments of our constitutional jurisprudence. I ask this part because for questions of constitutional design it is important to compare like with like”

<sup>21</sup> Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford: Oxford University Press, 1999), 295.

<sup>22</sup> Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2<sup>o</sup> ed (New Haven: Yale University Press, 1986), 16–18.

<sup>23</sup> Waldron, *The Dignity of Legislation*, 292.

última representa uma decisão sobre direitos feita pela legislatura, enquanto aquela representa o *judicial review* dworkiano. Como apresentei mais acima, Dworkin legitima a revisão judicial apenas em função dos resultados. Assim, aceita a possibilidade de uma decisão democrática ser alcançada pelo judiciário, mesmo que por vias não propriamente democráticas. Porém, o cenário mais atraente – alcançar a mesma decisão através dos representantes legislativos ou referendo popular – não deve ser descartada. Se esse cenário é crível, não será tão plausível defender a necessidade do *judicial review* forte.

A segunda razão justifica porque o consequencialismo é uma base ruim para legitimar a revisão pelo judiciário. Waldron<sup>24</sup> pensa que disputas constitucionais são povoadas por um profundo dissenso moral sobre questões de justiça e direitos individuais prezados numa democracia. O dissenso profundo atinge não só cidadãos, mas também juízes. Dessa maneira, cortes encontrariam dificuldades para encontrar respostas corretas sobre direitos constitucionais. Se o judiciário também está envolto na mesma indeterminação sobre a tutela de vários direitos, o argumento de que ele é o fórum de princípios ideal para lidar com a interpretação constitucional perde força. Grosso modo, o argumento do dissenso torna o procedimentalismo razão certa para descobrir quem tem a legitimidade democrática sobre direitos, porque desqualifica a pretensa qualidade das decisões tomadas no judiciário. Desse modo, legislaturas são a instância de poder certa para tomar decisões definitivas sobre direitos.

Agora, vejamos que critérios são impostos ao constitucionalismo político. A tese de supremacia das legislaturas é um argumento condicional, e só é válido se todas as condições a seguir estiverem presentes. A sociedade deve ter:

- 1) instituições democráticas funcionando razoavelmente em boa ordem, incluindo uma legislatura representativa eleita por meio do sufrágio universal;
- 2) um conjunto de instituições judiciais, novamente, em razoável boa ordem, estabelecidas por bases não representativas para ouvir ações individuais, resolver disputas, e manter o estado de direito;
- 3) um compromisso por parte da maioria dos membros da sociedade e da maior parte dos seus oficiais para com a ideia de direitos individuais e das minorias; e
- 4) dissenso persistente, substancial e de boa-fé sobre direitos... entre os membros da sociedade que estão empenhados na ideia de direitos<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Waldron, *Law and Disagreement*, 105–18.

<sup>25</sup> Waldron, “The Core of the Case against Judicial Review”, 1360. Tradução livre de: “(1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights... among the members of the society who are committed to the idea of rights.



Preservadas essas condições, os membros da sociedade em questão podem solucionar disputas sobre direitos constitucionais através das instituições legislativas eleitas. Além disso, qualquer decisão judicial que contrarie a vontade convicta da legislatura estará usurpando a legitimidade política.

## 2. TEORIAS IDEAIS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL?

Esse tópico demonstra como as duas teorias de jurisdição apresentadas partem de idealizações, logo constituem instâncias de teoria ideal. Também aponto alguns riscos que teorizações desse tipo sofrem ao se voltarem para a realidade prática.

O interesse metodológico sobre teorias ideais e não ideais tomou forma na obra de John Rawls sobre justiça distributiva. Em “*Uma Teoria da Justiça*” Rawls propõe dois princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade, visando contornar problemas de desigualdade econômica e bem-estar social. Imagina que esses dois princípios seriam produto de um contrato social hipotético, firmado para reger a distribuição de recursos e políticas da comunidade. Nesse cenário (posição original)<sup>26</sup>, os cidadãos contratantes, em condições livres e iguais, discutem os termos do acordo sem conhecimento da sua real posição sócio-econômica e atributos pessoais (véu da ignorância)<sup>27</sup>, como níveis de renda, classe social, e gênero.

Assim, os princípios de justiça são fixados, primeiro, através de uma idealização que presume total conformidade dos agentes às circunstâncias disponíveis. E, segundo, o contexto da conformidade geral é alcançado ao se assumir condições sociais razoavelmente favoráveis, onde indivíduos aceitam os princípios para a cooperação exclusivamente em função dos seus termos, sem a interferência de atitudes como egoísmo, avareza, ou preconceito<sup>28</sup>. Em defesa desse tipo de teorização, Rawls admite que começar pela teoria ideal é a única forma de alcançarmos uma compreensão sistemática dos problemas sobre justiça<sup>29</sup>. Então, a teorização ideal seria etapa necessária para pensar e desenvolver soluções para contextos reais de injustiça.

Há formas diversas de compreender diferenças entre teoria ideal e não ideal. Elas podem ser diferenciadas, respectivamente, entre teoria de conformidade total e teoria de conformidade parcial; como teoria utópica plena/utopia realística e teoria realista; também como teoria de estado final e teoria

<sup>26</sup> John Rawls, *Uma teoria da justiça*, trad. Jussara Simões e Álvaro de Vita (São Paulo: Martins Fontes, 2008), 13.

<sup>27</sup> Rawls, 13.

<sup>28</sup> Leif Wenar, “John Rawls”, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, org. Edward N. Zalta, 2017, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/rawls/d>. 2002

<sup>29</sup> Rawls, *Uma teoria da justiça*, 8.

de transição<sup>30</sup>. Para a discussão, não me preocuparei em apontar como as teorias de Dworkin e Waldron se envolvem precisamente com esses três aspectos.

Porém é importante esclarecer onde as teorias de Dworkin e Waldron cabem dentro da segunda diferença, pois seria problemático especificá-las como utopias plenas. Uma teoria utópica plena é aquela que imagina como seria o cenário desejável para uma instituição administrar o controle de constitucionalidade, abstraindo-se qualquer limitação factual. Utopias plenas são insensíveis a fatos da natureza humana e não têm a intensão de ser prescritivas. Avaliam questões normativas de modo abstrato e não estão preocupadas em determinar como sujeitos, no nosso caso juízes ou legisladores, devem agir na prática. O papel do filósofo político é apenas pensar no mundo das ideias como sujeitos poderiam agir se possuíssem os atributos necessários<sup>31</sup>. No entanto, não parece ser essa a motivação que conduziu Waldron ou Dworkin. Os tipos ideais produzidos pelos autores contêm ambições prescritivas, ou seja, cada filósofo enxerga um dia ser possível ver suas teorias sendo implementadas. Desse modo, as teses sobre jurisdição abordadas são tipos de utopias realistas<sup>32</sup>, termo cunhado por Rawls para se referir a uma teoria ideal como modelo normativo para solução de problemas concretos.

Para discutir as idealizações, julgo suficiente abordar as abstrações e concordâncias totais que teoria leva a cabo. Dessa forma, a seguinte noção já é o bastante: “o que distingue a teoria ideal é a dependência na idealização pela exclusão, ou ao menos na marginalização do atual”<sup>33</sup>.

Através da descrição acima não é difícil encontrar idealizações nas teorias de Dworkin e Waldron que abstraem condições que certamente estariam presentes em agentes do judiciário e legislaturas em contextos não ideais. Por exemplo, a *leitura moral* abstrai tempo e a falibilidade judicial para construir o modelo de Juízes Hércules, que interpretam o direito na busca pela única resposta correta. A teoria também presume aceitação total da comunidade judiciária à obrigação de sempre se decidir com argumentos de princípio ao invés dos de política.

A seu turno, a teoria de Waldron também parte de abstrações ao propor suas quatro condições para a revisão constitucional através das legisla-

<sup>30</sup> Laura Valentini, “Ideal vs. Non-Ideal Theory: A Conceptual Map”, *Philosophy Compass* 7, n° 9 (1 set. 2012): 655, <https://doi.org/10.1111/j.1747-9991.2012.00500.x>.

<sup>31</sup> Valentini, 657.

<sup>32</sup> Shaun Patrick Young, “Realistic Utopia”, in *Encyclopedia of Global Justice* (Springer, Dordrecht, 2011), 930–31, [https://doi.org/10.1007/978-1-4020-9160-5\\_13](https://doi.org/10.1007/978-1-4020-9160-5_13).

<sup>33</sup> Charles W. Mills, “‘Ideal Theory’ as Ideology”, *Hypatia* 20, n° 3 (1 ago. 2005): 168, <https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.2005.tb00493.x>. Tradução livre de: “What distinguishes ideal theory is the reliance on idealization to the exclusion, or at least marginalization, of the actual”.

turas, como é o caso de assumir instituições democráticas em boa ordem, bem como o comprometimento amplo de cidadãos e juristas com ideais de direitos. Outra abstração que penso estar implícita é a presunção de Waldron quanto à capacidade das legislaturas alcançarem bons vereditos sobre direitos. Isso porque, embora Waldron opte pelo procedimentalismo e não esteja tão preocupado os resultados alcançados, é implausível escolher um modelo de decisão sem a crença de que os resultados sejam, no mínimo, razoáveis. Na terceira parte parto dessa razão para mostrar que a ignorância política do eleitorado prejudica o alcance de boas decisões sobre direitos, e para sugerir como parecerá pouco provável que a idealização das legislaturas será um dia alcançado.

Mas antes, teço algumas considerações críticas sobre o uso da metodologia ideal na filosofia política.

Teorias do tipo utopia realista sofrem críticas a respeito da sua inviabilidade teórica. Uma idealização que pretende atuar como guia de ação precisa de algum modo se adaptar às condições não ideais, ou, antes, precisa de uma teoria de transição que faça alguns ajustes das condições reais para que elas se tornem menos hostis aos requisitos ideais estipulados. Ausentes essas condições, teorias ideais têm pouca ou nenhuma relevância prática. Afinal que interesse poderíamos ter por uma teoria que prescreve circunstâncias desejáveis que agentes não podem ou não conseguem cumprir?

Há filósofos políticos que receiam sobre o valor prático das teorizações ideais. Huemer<sup>34</sup> afirma que teorias ideais geralmente são filosoficamente equivocadas, pois costumam enunciar normas sem levar em conta os agentes que devem segui-las; ou porque estipulam abstrações e padrões disparatados que não são confiáveis à luz de evidências empíricas. Farrelly<sup>35</sup> também mostra certo ceticismo e destaca que teorias ideais correm o risco de ser pouco sensíveis a fatos concretos, o que as torna propostas falhas para guiar ações no mundo real.

Dadas essas deficiências, surgem posturas metodológicas que se apoiam na teorização não ideal para buscar soluções normativas para problemas práticos. A solução defendida pelos adeptos dessa metodologia parte de uma colaboração mais ativa entre a filosofia política e as ciências empírica e cognitiva. Desse modo, propostas normativas precisam ser informadas por pesquisas empíricas, que investigam qual o impacto têm as atitudes, intuições, emoções, e os vieses cognitivos, sobre a agência e a tomada de decisão em condições reais.

<sup>34</sup> Michael Huemer, "Confessions of a Utopophobe", *Social Philosophy and Policy* 33, n° 1–2 (ed de 2016): 226–30, <https://doi.org/10.1017/S0265052516000303>.

<sup>35</sup> Colin Farrelly, "Justice in Ideal Theory: A Refutation", *Political Studies* 55, n° 4 (1 dez. 2007): 846, <https://doi.org/10.1111/j.1467-9248.2007.00656.x>.

Logo, o método estressa a necessidade de melhor entender o comportamento humano para, a partir daí, determinar quais prescrições teóricas são possíveis. Noutras palavras, é fundamental compreender o que sujeitos são capazes de realizar antes de estabelecer o que eles deveriam fazer<sup>36</sup>.

Tal proposta de dar maior valor aos dados das ciências empíricas coaduna com a conclusão almejada ao final do artigo, pois ela será inspirada pela teorização não ideal. Apoio-me nesse método para esboçar uma defesa para o *judicial review* forte. Assim, levando em consideração os dois modelos de jurisdição apreciados e a análise crítica acima, é pertinente questionar: Em condições realistas, juízes e Supremas Cortes são capazes de fazer a leitura moral e decidir conforme razões de princípio? E legislaturas, conseguiriam tomar boas decisões sobre direitos constitucionais sem a autoridade do judiciário?

A próxima seção demonstra que as teorias discutidas encontram dificuldades para escapar incólumes às questões acima, pois ambas ignoram evidências empíricas das ciências sociais e cognitivas sobre o real comportamento dos juízes e da legislatura.

### 3. CRÍTICAS ÀS IDEALIZAÇÕES SOBRE O *JUDICIAL REVIEW*

Nessa seção me dedico em apresentar as evidências empíricas que corroboram com a defesa não ideal do *judicial review* forte. Meus esforços são concentrados sobre o argumento de supremacia das legislaturas.

Esse direcionamento não é negligente ou causado por implicância exclusiva apenas à teoria de Waldron, mas sim porque, para chegar à conclusão, não é necessário provar diretamente que a tese de Dworkin está errada. Só me é necessário e suficiente enfraquecer a proposta de Waldron. Defenderei que o *judicial review* forte é presumidamente legítimo, para tanto, preciso somente provar que legislaturas não estão à altura das expectativas nelas depositadas. Noutras palavras, para validar meu argumento, basta demonstrar que é muito improvável que legislaturas serão capazes de consistentemente produzir boas leituras interpretativas sobre direitos constitucionais, mesmo se respeitarmos as condições imaginadas por Waldron.

A despeito disso, antes de partir aos fundamentos do meu argumento, segue um aceno breve para críticas contrárias à idealização das cortes realizada por Dworkin.

---

<sup>36</sup> Daniela Goya Tocchetto, "A Defense of Nonideal Theories of Justice / Uma Defesa de Teorias de Justiça Não Ideais", *Revista Direito, Estado e Sociedade* 0, n° 47 (22 de fevereiro de 2016): 75, <https://doi.org/10.17808/des.47.599.2010>

### 3.1. Contra a leitura moral de Dworkin

As críticas aqui reproduzidas, apesar de não apoiadas por constatações empíricas<sup>37</sup>, já são suficientes para gerar dúvidas quanto a relevância prática do modelo dworkiano.

Por exemplo, Györfi<sup>38</sup> acredita que focar a leitura moral na figura do Juiz Hércules tem utilidade prática limitada, pois mesmo que cortes concordem que a estratégia interpretativa alcançada por Hércules é a melhor, não se segue que juízes de carne e osso conseguirão reproduzir as exigências interpretativas da teoria. A falibilidade limitada impede os juízes emularem a leitura moral com competência. Se, por exemplo, a melhor resposta correta para um caso hipotético seria resgatar as intenções que levaram ao legislador editar a norma, Hércules teria tempo e capacidade de sobra para reconstruir com autenticidade a vontade legislativa. No entanto, restrições concretas talvez façam com que juízes reais apenas concluam que o textualismo basta para representar as intenções legislativas. Então, a interpretação correta não necessariamente é a adequada para juízes reais, de modo que abstrair a capacidade do intérprete não é uma boa aposta metodológica.

Já Thomas<sup>39</sup> e Kyritsis<sup>40</sup> põem em causa a idealização de que juízes decidem apenas com argumentos sobre princípios, enquanto legislaturas têm que priorizar a argumentação por políticas. Questionam se essa divisão de trabalho entre judiciário e legislativo consegue ser tão demarcada na prática. Argumentam, por exemplo, que a própria natureza de certos direitos torna impossível separar com clareza o que é uma questão de princípio e o que é política. Se estiverem corretas, as críticas aumentam o hiato entre a idealização da *leitura moral* e a possibilidade de satisfazer suas ambições na prática.

### 3.2. Um olhar não ideal sobre o constitucionalismo político de Waldron

Agora apresento a crítica que dará substância à defesa não ideal do *judicial review*.

<sup>37</sup> Para uma amostra de evidências empíricas sobre como juízes são suscetíveis a decidir conforme intuições e emoções, em detrimento da racionalidade e argumentação jurídica articulada, recomendo a consulta dos estudos feitos por Guthrie, Rachlinski, e Wistrich, (2007) e Casey et al. (2013). Os estudos mostram a adjudicação em condições não ideais e servem de base para criticar modelos teóricos baseados em idealizações.

<sup>38</sup> Tamás Györfi, *Against the new constitutionalism*, (Cheltenham, UK ; Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2016), 192–93.

<sup>39</sup> E. W. Thomas, *The Judicial Process: Realism, Pragmatism, Practical Reasoning and Principles* (Cambridge England ; New York: Cambridge University Press, 2005), 195–201.

<sup>40</sup> Dimitrios Kyritsis, “Principles, Policies and the Power of Courts”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 20, nº 2 (jul. 2007): 379–97, <https://doi.org/10.1017/S0841820900004252>.

Ao examinar as objeções de Waldron ao *judicial review* forte, vimos como o instituto é questionado por exercer uma influência contra majoritária ilegítima. No entanto, parte significativa da literatura que deprecia a autoridade das cortes comete alguns deslizes. Somin<sup>41</sup> identifica que os críticos cometem três deles: i) aceitam o argumento da dificuldade contra majoritária, enquanto tacitamente concordam com a premissa de que leis promulgadas por legislaturas refletem a vontade majoritária do eleitorado; ii) assumem que o eleitorado possui conhecimento político suficiente para monitorar as escolhas de direitos que seus representantes tomam; e iii) desconhecem ou ignoram a relevância da ignorância política para o problema da legitimidade na jurisdição constitucional.

Como os estudos em torno da ignorância política partem de evidências empíricas e comportamentais sobre eleitores e legislaturas, eles servem como matéria-prima para uma análise não ideal sobre a revisão judicial. Somin usa essas evidências para traçar uma defesa do *judicial review*. Seu objetivo é demonstrar que o problema da ignorância do eleitorado diminui substancialmente a validade do argumento da dificuldade contra majoritária<sup>42</sup>, o que, por consequência, também enfraquece a defesa da supremacia legislativa sobre a revisão constitucional.

Em linhas gerais, o argumento de Somin é o seguinte: se a ignorância política é um fato disseminado, e comumente falta ao eleitorado capacidade para avaliar direitos e políticas estabelecidas por seus representantes, pode ser o caso de que decisões legislativas nem sempre reflitam a vontade democrática e violem direitos básicos. Nesse cenário, o *judicial review* tem o potencial para por termo em algumas questões constitucionais. Isso diminui o contingente de direitos que o eleitorado precisa lidar ao mesmo tempo em que aumenta as chances do cidadão adquirir conhecimento mais qualificado sobre questões remanescentes. Logo, o *judicial review* forte se justifica por mediatamente contribuir com a oportunidade de o eleitorado adquirir mais informação sobre outras questões de direitos.

Sobre as evidências propriamente ditas, Somin<sup>43</sup> é enfático em dizer que a ignorância política é persistente sobre uma amplitude de temas, e que décadas de evidências reunidas corroboram com essa realidade. Também alerta que os dados sobre a aprofundada ignorância política pode assustar pessoas não envolvidas com as pesquisas. A amostra de exemplos apresentada não só por Somin<sup>44</sup>, se concentra sobre cidadãos norte-ameri-

<sup>41</sup> Somin, *Democracy and Political Ignorance*, 156.

<sup>42</sup> Somin, 161.

<sup>43</sup> Somin, 17.

<sup>44</sup> Mais exemplos também são encontrados em Caplan (2008).

canos, embora o problema seja endêmico em muitas democracias<sup>45</sup> (abaixo, o exame sobre as causas do problema tornará sua abrangência evidente). Ilustra a ignorância política o fato de cerca de 60% dos Americanos não notarem que o aumento de gastos com a economia doméstica ser o fator que mais contribui para o déficit de recursos federais<sup>46</sup>. Mesmos fatos mais simples que a conjuntura econômica nacional são desconhecidos, como é o caso do levantamento que concluiu que, no auge da Guerra Fria, apenas 38% dos estadunidenses, não sabiam que a União Soviética não fazia parte da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), coalizão formada por países capitalistas justamente para contrapor a emergência do socialismo. Também se comprovou, estatística e reiteradamente, que apenas pouco mais da metade do eleitorado sabe dizer se Republicanos ou Democratas predominam no Senado<sup>47</sup>.

Além disso, a ignorância não se restringe apenas a programas ou propostas políticas em pauta, mas também sobre informações elementares a respeito da estrutura governamental e direitos constitucionais básicos. Há relatos documentais de que a maioria dos cidadãos desconhece quais funções desempenham cada um dos três poderes<sup>48</sup>. Espantosamente, uma pesquisa feita em 2002 pela Universidade de Columbia indicou que 35% dos entrevistados acreditavam que uma máxima de Karl Marx pertencia à Constituição dos Estados Unidos. Por fim, outra conduzida em 2006 determinou que apenas 28% dos entrevistados era capaz de nomear dois ou mais dos cinco direitos protegidos pela Primeira Emenda Constitucional<sup>49</sup>. Esse último exemplo é não menos alarmante quanto útil para a discussão, pois, se existem provas de que o eleitorado encontra dificuldades para reconhecer quais direitos Constituições lhes asseguram, existe o risco concreto de que o mesmo encontre dificuldades para avaliar se representantes políticos estão de fato respeitando direitos fundamentais ao legislar.

A existência da ignorância política não é um evento aleatório, e cientistas cognitivos diagnosticaram que há uma causa racional para sua persistência. Segundo eles, indivíduos racionalizam a escolha por se manter politicamente ignorantes. Isso ocorre porque qualquer processo de aquisição de conhecimento é determinado pelo balanço entre incentivos, custos e recompensas. Infelizmente, a grande maioria das pessoas não enxerga motivação para adquirir conhecimento político qualificado porque os custos para coletar a informação excedem o valor

<sup>45</sup> Ilya Somin, "Political Ignorance around the World", Washington Post, nov. 2014, <https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2014/11/03/political-ignorance-around-the-world/>.

<sup>46</sup> Somin, *Democracy and Political Ignorance*, 18.

<sup>47</sup> Somin, 19.

<sup>48</sup> Somin, 19.

<sup>49</sup> Somin, 19.

das vantagens esperadas pela informação adquirida<sup>50</sup>. Pessoas idealmente teriam que procurar mais fontes de notícia, identificar se são idôneas, e consumir periodicamente conteúdo em diversas pautas sobre direitos e políticas, para enfim avaliar os prós e contras de cada opção. Fazer isso tudo requer dedicação, porém a recompensa por tanto esforço é baixa ou inexistente, e tem haver com a dinâmica eleitoral de democracias modernas. Por mais que um indivíduo se esforce para ficar mais bem informado, e incentive seus pares a fazer o mesmo, ao final o voto é uma escolha pessoal, de modo que as chances reais de um indivíduo fazer a diferença no resultado de uma eleição são ínfimas. Em Estados contemporâneos, as chances de um eleitor bem informado ser decisivo para a eleição de um bom representante político são ainda menores do que a chance desse eleitor ser morto em um acidente automobilístico enquanto se dirige às urnas<sup>51</sup>.

Em razão dessas evidências, questiono como pode ser possível a proposta waldroniana de supremacia das legislaturas prosperar como modelo dominante. Vimos que o filósofo fixou quatro idealizações que precisam estar presentes para legislaturas exercerem o poder revisional de direitos constitucionais. Porém, o problema da ignorância política prejudica o alcance e a realização dessas condições, sobretudo a terceira (comprometimento dos cidadãos e ofícias para com direitos individuais e das minorias) e a quarta (dissenso razoável e de boa-fé sobre direitos). Essas condições assumem que indivíduos precisam ser idôneos e bem-informados a respeito de direitos, mas os exemplos dados sugerem que boa parte dos sujeitos encontra dificuldade em reconhecer direitos constitucionalmente protegidos.

Então, não vejo como legislaturas terão legitimidade justificada para exercer a supremacia, já que eleitores não mostram tanta competência para reconhecer direitos e políticas. Assim não teriam capacidade para avaliar com competência as decisões que seus representantes políticos tomam. Além do mais, a causa que explica a ignorância política sugere que é difícil reverter esse quadro em larga escala. Noutras palavras, é muito improvável que a maior parte dos sujeitos tenha condições para se comprometer com seriedade num dissenso razoável e de qualidade sobre direitos.

#### 4. A DEFESA NÃO IDEAL DO *JUDICIAL REVIEW* FORTE

Finalmente tenho elementos suficientes para defender a legitimidade na revisão definitiva de disputas constitucionais pelo judiciário. Se há provas de

<sup>50</sup> Michael Huemer, "Why People Are Irrational About Politics", in *Philosophy, Politics, and Economics: An Anthology*, 1 edition (New York ; Oxford: Oxford University Press, 2015), 461–62.

<sup>51</sup> Randall G. Holcombe, *Advanced Introduction to Public Choice* (Cheltenham, UK ; Northampton, MA: Edward Elgar Pub, 2016), 51.



que o eleitorado não tem níveis razoáveis e desejados de conhecimento sobre direitos e políticas, legislaturas não soam estar à altura da tarefa de pôr termo a questões de direitos. Afinal, a ignorância política é um fato não ideal que impede a satisfação do constitucionalismo político imaginado por Waldron.

É justo admitir que Waldron está ciente de que suas idealizações são exigentes; também que fatos da realidade prática dificultam a aceitação do seu argumento<sup>52</sup>. No entanto, acredita que suas idealizações não são irrealizáveis e mostra confiança de que a terceira condição, por exemplo, é bastante fácil de satisfazer<sup>53</sup>. Infelizmente, não parece ser o caso. Como Waldron não leva em conta fatos que atestam a ignorância política foi incapaz de perceber um obstáculo contrário à viabilidade prática da sua teoria.

Nessa medida, como parece improvável contornar a ignorância política, não seria sensato minar por completo a legitimidade e a supremacia do *judicial review*. Somin recomenda esse argumento ao defender que decisões em definitivo pelo judiciário têm potencial para remediar o impacto da ignorância política em escolhas democráticas. Então, não é correto acusar o judiciário por ser uma força contramajoritária ilegítima. Pelo contrário, cortes, por vezes, atuam como um reforço de representação (“*representation-reinforcing*”)<sup>54</sup>, ou seja, cortes que sedimentam uma compreensão final sobre direitos, por efeito, retiram da agenda deliberativa uma questão controversa. Consequência disso é a redução das questões em deliberação que eleitores e legislaturas terão que lidar, acompanhado pelo aumento incremental de incentivo para aquisição de conhecimento político qualificado sobre essas outras questões importantes. Segundo o próprio autor,

Os problemas causados pela combinação de um grande e complexo governo, e pelo conhecimento e atenção pública severamente limitados sobre suas atividades não podem ser resolvidos pela revisão judicial; nem o judiciário deve sequer tentar uma solução abrangente. No entanto, a revisão judicial pode às vezes aliviar o problema, limitando a extensão da atividade governamental. Por exemplo, se a revisão judicial impede o governo de realizar restrições no discurso baseadas no seu conteúdo ou por intervir nos assuntos internos de grupos religiosos, isso significa que os eleitores não precisam dedicar tempo e esforço para aprender sobre as atividades governamentais nessas áreas e podem concentrar sua atenção limitada em outras questões. Pelo menos em sua margem, o peso da informação sobre os eleitores foi reduzido, e sua capacidade para dedicar devida atenção às demais funções do governo foi aumentada<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Waldron, “The Core of the Case against Judicial Review”, 1401.

<sup>53</sup> Waldron, 1402.

<sup>54</sup> Somin, *Democracy and Political Ignorance*, 164.

<sup>55</sup> Somin, 163. Tradução livre de: “The problems caused by the combination of a large and complex government and severely limited public knowledge of and attention to its activities cannot be solved by ju-

Portanto, em condições não ideais, o *judicial review* forte exerce um papel importante e atua em auxílio à capacidade de legislaturas produzirem melhores políticas que interfiram menos sobre direitos alheios. Auxílio que, na prática, aperfeiçoa a qualidade da própria legislação e reduz a necessidade de o judiciário interferir futuramente em conflitos constitucionais.

## CONCLUSÃO

A presente análise identificou os problemas que teorias ideais sobre a jurisdição constitucional enfrentam. Provei como abstrações na agência, capacidade e interesse em torno de juízes e, sobretudo, legislaturas nas teorias de Dworkin e Waldron, são obstáculos que dificultam a viabilidade prática das mesmas.

Também indiquei que partir da teorização não ideal é talvez a metodologia mais adequada para resolver quem deve exercer autoridade na revisão de questões constitucionais. Como evidenciei, o argumento da ignorância política exerce grande influência sobre a idealização da autoridade final para as legislaturas. Então não é correto negar essa prerrogativa ao judiciário.

Assim, concluo que cortes têm legitimidade presumida para fazer o *judicial review* forte. A presunção se mantém porque, mesmo em virtude das dificuldades concretas que legislaturas enfrentam para atingir decisões razoáveis sobre direitos, cortes não têm o direito de exercer autoridade plena. O judiciário pode decidir questões de direito em definitivo enquanto sua intervenção auxiliar no reforço à representação das legislaturas. Disso não se segue que cortes têm autoridade para declarar toda e qualquer questão inconstitucional.

A presunção também é importante sob outro ângulo: cortes são formadas por um número reduzido de tomadores de decisão, cuja função pública é remunerada e dedicada à investigação cuidadosa dos direitos sob disputa. Então, é presumível que juízes tenham maior tempo disponível para adquirir informação política qualificada sobre o impacto que suas decisões causarão na sociedade. Afinal esse quesito é uma exigência instrumental básica para o bom exercício da função judicial. Logo, há razões para crer que cortes desempenham melhor que legislaturas.

Por fim, esclareço que defender esse argumento não implica aceitar premissas mais fortes, como a de que juízes estão menos propensos a ser

---

dicial review; nor should the judiciary even attempt a comprehensive solution. However, judicial review can sometimes alleviate the problem by limiting the scope of government activity. For example, if judicial review blocks government from undertaking content-based restriction of speech or from intervening in the internal affairs of religious groups, this means that voters need not devote time and effort to learning about government activities in these areas and can focus their limited attention on other issues. At least at the margin, the information burden on voters has been reduced, and their ability to pay adequate attention to the remaining functions of government increased”.

influenciados por conjunturas políticas e ideologias que, certamente, terão efeito negativo na sua capacidade de julgar com competência e isenção. Mas, como já pontuado, investigar a fundo os problemas cognitivos que embarçam a adjudicação não é um passo necessário para a conclusão alcançada, e sim tema para outra investigação mais aprofundada.

## REFERÊNCIAS

- Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2<sup>o</sup> ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- Caplan, Bryan Douglas. *The Myth of the Rational Voter: Why Democracies Choose Bad Policies*. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press, 2008.
- Casey, Pamela M, Roger K. Warren, Fred L. Cheesman, e Jennifer K Elek. “Addressing Implicit Bias in the Courts”. *4 Court Review* 49, n<sup>o</sup> 1 (2013): 64-70.
- Danaher, John. “Is Judicial Review Compatible with Democracy?” IEET, 24 de março de 2017. <https://ieet.org/index.php/IEET2/more/Danaher20170324>.
- Dworkin, Ronald. *Freedom’s law: the moral reading of the American Constitution*. 2. print. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Pr, 1996.
- . *Levando os direitos a sério*. Sao Paulo: Martins Fontes, 2002.
- . *O império do direito*. São Paulo (SP): Martins Fontes, 2007.
- Farrelly, Colin. “Justice in Ideal Theory: A Refutation”. *Political Studies* 55, n<sup>o</sup> 4 (1<sup>o</sup> de dezembro de 2007): 844-64. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9248.2007.00656.x>.
- Gee, Graham, e Grégoire C. N. Webber. “What Is a Political Constitution?” *Oxford Journal of Legal Studies* 30, n<sup>o</sup> 2 (1<sup>o</sup> de julho de 2010): 273-99. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqq013>.
- Guthrie, Chris, Jeffrey Rachlinski, e Andrew Wistrich. “Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases”. *Cornell Law Review* 93, n<sup>o</sup> 1 (1<sup>o</sup> de janeiro de 2007): 1.
- Györfi, Tamás. *Against the new constitutionalism*. Elgar monographs in constitutional and administrative law. Cheltenham, UK ; Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2016.
- Holcombe, Randall G. *Advanced Introduction to Public Choice*. Cheltenham, UK ; Northampton, MA: Edward Elgar Pub, 2016.
- Huemer, Michael. “Confessions of a Utopophobe”. *Social Philosophy and Policy* 33, n<sup>o</sup> 1-2 (ed de 2016): 214-34. <https://doi.org/10.1017/S0265052516000303>.
- . “Why People Are Irrational About Politics”. In *Philosophy, Politics, and Economics: An Anthology*, 1 edition. New York ; Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Kyritsis, Dimitrios. “Principles, Policies and the Power of Courts”. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 20, n<sup>o</sup> 2 (julho de 2007): 379-97. <https://doi.org/10.1017/S0841820900004252>.
- Mills, Charles W. “‘Ideal Theory’ as Ideology”. *Hypatia* 20, n<sup>o</sup> 3 (1<sup>o</sup> de agosto de 2005): 165-83. <https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.2005.tb00493.x>.
- Rawls, John. *Uma teoria da justiça*. Traduzido por Jussara Simões e Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- Somin, Ilya. *Democracy and Political Ignorance: Why Smaller Government Is Smarter*. 1 edition. Stanford, California: Stanford University Press, 2013.
- . “Political Ignorance around the World”. Washington Post, novembro de 2014. <https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2014/11/03/political-ignorance-around-the-world/>.
- Thomas, E. W. *The Judicial Process: Realism, Pragmatism, Practical Reasoning and Principles*. Cambridge England ; New York: Cambridge University Press, 2005.
- Tocchetto, Daniela Goya. “A Defense of Nonideal Theories of Justice / Uma Defesa de Teorias de Justiça Não Ideais”. *Revista Direito, Estado e Sociedade* 0, n<sup>o</sup> 47 (22 de fevereiro de 2016). <https://doi.org/10.17808/des.47.599>.

Tomkins, Adam. "What's Left of the Political Constitution?" *German Law Journal* 14, n° 12 (2013): 2275-92.

Valentini, Laura. "Ideal vs. Non-Ideal Theory: A Conceptual Map". *Philosophy Compass* 7, n° 9 (1° de setembro de 2012): 654-64. <https://doi.org/10.1111/j.1747-9991.2012.00500.x>.

Waldron, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

———. "Legislation, Authority, and Voting". *Georgetown Law Journal* 84 (1996): 2185-2214.

———. "The Core of the Case against Judicial Review". *The Yale Law Journal* 115, n° 6 (2006): 1346-1406. <https://doi.org/10.2307/20455656>.

———. *The Dignity of Legislation*. Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 1999.

Wenar, Leif. "John Rawls". In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, organizado por Edward N. Zalta, Spring 2017. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017. <https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/rawls/>.

Young, Shaun Patrick. "Realistic Utopia". In *Encyclopedia of Global Justice*, 930-31. Springer, Dordrecht, 2011. [https://doi.org/10.1007/978-1-4020-9160-5\\_13](https://doi.org/10.1007/978-1-4020-9160-5_13).

## CAPÍTULO 23

# EPISTEMOLOGIAS DO SUL APLICADA NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO<sup>1</sup>

*Wagner Vinicius de Oliveira*

**RESUMO:** Nesse escrito traça-se as linhas iniciais para a alteração do estado de coisas conhecido como “colonialidade do saber” aplicado no controle de constitucionalidade brasileiro. O primeiro passo é compreender que o fenômeno jurídico na contemporaneidade reclama pelas participações sociais, nesse sentido, o foco recai sobre o pensamento decolonial e o aspecto material da Constituição. Para tanto, essa pesquisa bibliográfica serve-se do método de análise documental, com o objetivo de investigar as condições de possibilidades oferecidas pelas epistemologias do Sul para o controle de constitucionalidade brasileiro. Os resultados obtidos apontam para uma inclusão epistemológica de saberes outros para uma racionalidade democrática e inclusiva, bem por isso, sugere-se a virada epistemológica contida no título do presente artigo. Em conclusão, vê-se que o hemisfério Sul, do lado ocidental do mundo, se encontra permeado (dependente) das interpretações que, de outra sorte, deveriam ser suas.

**PALAVRAS-CHAVE:** América Latina. Jurisdição constitucional. Pensamento decolonial. Virada epistemológica.

### *EPISTEMOLOGIES OF THE SOUTH APPLIED IN THE BRAZILLIAN CONTROL OF CONSTITUTIONALITY*

**ABSTRACT:** *In this paper, we have designed the initial lines for the alteration of the state of things known as “coloniality of knowledge” applied in the Brazilian control of constitutionality. The first step is to understand that the juridical phenomenon in the contemporaneity demands by the social participations, in this sense, the focus falls on decolonial thinking and the material aspect of the Constitution. For this, we used in this bibliographic research the method of documentary analysis, with the objective of investigating the conditions of possibilities offered by the epistemologies of the South for the Brazilian constitutionality control. The results obtained point to an epistemological inclusion of other knowledge for a democratic and inclusive rationality, well for that reason, we suggest the epistemological turn in the title of the present article. In conclusion, we have that the south hemisphere, of the western side of the world, is permeated (dependent) on interpretations that, otherwise, should be its own.*

**KEYWORDS:** *Latin America. Constitutional jurisdiction. Decolonial thinking. Epistemological turning.*

## 1. PRIMEIRAS PALAVRAS

Nesse ensaio busca-se articular *novas propostas de democratização do controle de constitucionalidade* a partir da dicotomia teleológica existente no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. A dita clivagem finalística

---

<sup>1</sup> Este artigo contou com a colaboração de Jaqueline Aparecida Fernandes Sousa.

encontra-se presente na distinção entre a prevalência da salvaguarda das “razões do Estado”<sup>2</sup> ou da tutela dos direitos e garantias fundamentais, que em alguma medida deve ser creditada na conta das orientações epistemológicas de interpretação e aplicação do direito.

Concretamente se investiga quais são as possibilidades oferecidas pelas epistemologias do Sul para a inserção das participações sociais no controle de constitucionalidade brasileiro? Tal incursão teórica justifica-se, basicamente, por dois motivos. Primeiro, por ser dotada de relevância social, na medida em que amplia a argumentação substancial e possibilita o aprimoramento do controle de constitucionalidade. Segundo, porque contribui com a tarefa acadêmica de desvelar o mito dogmático de que a simples transposição de ideias estrangeiras *per se* forneçam as soluções adequadas para o sistema jurídico brasileiro.

Portanto, as redefinições provocadas pela diversidade epistemológica justificam a inclusão de diálogos multiculturais. Para essa empreitada, elege-se como abordagem teórico-metodológica a análise documental implicada com as reflexões atinentes à colonialidade, isto é, o “[...] padrão de poder que opera através da naturalização de hierarquias territoriais, raciais, culturais e epistêmicas, possibilitando a reprodução de relações de dominação;” (Restrepo e Rojas 2010, 15 tradução nossa).<sup>3</sup>

Deste modo, estabelece-se como hipótese a ser trabalhada que as condições de emergência, existência e transformação da atualidade encontram-se indissociavelmente interligadas à tese da colonialidade como exterioridade constitutiva. O nexo que se pretende estabelecer é, precisamente, a compatibilidade entre o objeto de análise e as matrizes epistemológicas latino-americanas, com vistas a analisar o provável impacto na (re)orientação de uma nova “engenharia constitucional” brasileira. (Cerqueira Neto e Salgado 2016, 116).

Afora as partes introdutória, considerações finais e bibliografia, esse artigo desenvolve-se em três eixos. No primeiro tópico constata-se a existência de um fenômeno que possui distintas nomenclaturas: “eurocentrismo”, “zona colonial”, “monoculturalismo autoritário”, dentre outras possíveis, que na essência representam a atualização da dicotomia entre a metrópole e a colônia. A par disso, em sequência esboça-se uma racionalidade democrática e inclusiva de saberes outros para fundamentar a possível superação desta estrutura binária.

<sup>2</sup> Cf. Borges, Alexandre Walmott; Câmara, Fabiana Angélica Pinheiro; Villaroel, Ivette Esis. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro: entre a tutela de direitos e a tutela do ordenamento. In: Robl Filho, Ilton Norberto; Scheleder, Adriana Fasolo Pilati. (Org.). *Jurisdição constitucional e democracia*. Itajaí: Univali, 2016, 138-164.

<sup>3</sup> No original: “[...] *patrón de poder que opera a través de la naturalización de jerarquías territoriales, raciales, culturales y epistémicas, posibilitando la re-producción de relaciones de dominación;*” (Restrepo e Rojas 2010, 15).

Por fim, no terceiro tópico, fez-se um recorte específico sobre o controle de constitucionalidade brasileiro, com o objetivo de (re)orientar-se pelo sentido material da Constituição, que por sua vez observa e orienta o modo de ser de um povo em determinado tempo e território. Tal inserção também é realizada pelas participações sociais ao possibilitar diálogos frontais com a tutela dos direitos e garantias fundamentais, a partir do intercâmbio de ideias existentes na América Latina.

No entanto, isto não significa que este artigo não contará com as reflexões teóricas de matrizes norte-americanas ou europeias, mas, de outra sorte, devem ser contrastadas com as realidades vivenciadas no contexto brasileiro. Longe de representar uma espécie de “purismo” latino-americano, sob pena de incorrer no “sectarismo teórico” (Dussel [1977], 211), mas, traçar as linhas iniciais de um estudo comparativo sobre teorias cujos contextos e realidades sociais aproximem-se das realidades enfrentada pelo controle de constitucionalidade brasileiro.

## 2. PENSAMENTOS LATINO-AMERICANOS COMO POSSÍVEL PARADIGMA DE DESCONSTRUÇÃO HISTÓRICA

De saída afirma-se que o colonial não permanece circunscrito a um período histórico pretérito,<sup>4</sup> no sentido cronológico do termo, mas, de outra sorte, se revela como uma questão que permanece atual. O pensamento colonial, enquanto produto de um processo binário fincado em argumentos de autoridade eurocêntrico, foi capaz de condicionar as variadas relações sociais dentro dos eixos do desenvolvimento ou do subdesenvolvimento. No entanto, essas categorias são, antes de tudo, reflexos das questões geopolíticas que reverberam na contemporaneidade.

Esse movimento geopolítico global, entendido a partir de uma série de pensamentos que operam por distintas maneiras; notadamente nos aspectos acadêmicos, científicos, econômicos, militares, políticos, tecnológicos, dentre outros. De certa forma, os traços de uma teoria política etnocêntrica ultrapassam as sobreditas características e, ante a insuficiência de espaço para desenvolvê-las aqui - muito embora sejam trabalhadas de modo transversal - elege-se a feição epistemológica para o exame nas páginas que se seguem.

Constata-se, portanto, que a “colonialidade do poder” (Figueiredo 2017, 91) produz a “colonialidade do saber” (Restrepo e Rojas 2010, 26). Por outras

<sup>4</sup> Ainda hoje a França possui 10 (dez) Departamentos e Regiões de Outros Mares (*Départements et Régions d’Outre-Mer* - DROM), a saber: la Polynésie française Tahiti, Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin Saint-Barthélemy, la Guadeloupe, le Guyane, la Martinique, Mayotte, la Réunion, Wallis-et-Futuna e la Nouvelle-Calédonie. (Berthet *et. al.* 2012, 120).

palavras, existem hegemonias política e econômica que desembocam numa hegemonia científica, “Ora, a equação é simples:”, conforme demonstra Magalhães (2016, 14), “se eu posso dizer o que é a ciência, logo, ciência, será aquilo o faço, e não ciência o que o outro ‘eles’ subalternizados fazem.”

Antes, porém, fala-se em um helenocentrismo originário como fonte histórica de produção daquilo que Pazello (2016, 212) chama de eurocentrismo; que por sua vez, se manifesta pela imposição - as vezes velada, outras nem tanto - das chamadas “realidades geopoliticamente universalizadas”. De fato, tem-se desníveis nas oportunidades de produção e divulgação somadas as pretensões, sabidamente falsas, de universalidade dos pensamentos hegemônicos. Isto é, a partir de pressupostos não verificáveis estabelece-se relações de causalidade que menosprezam ou anulam os conhecimentos disseminados fora das supostas “zonas de excelência” mundial.

Dentro dessa visão politicamente orientada, as origens históricas das forças produtivas mundiais impõem o fato de que uns poucos Estados subjugarem outros. E, como consequência, se há uma diminuta parcela dominante deve existir uma vasta “zona colonial” (Santos 2009, 26), até mesmo como forma de perpetuar a força dessa tradição que se renova em diferentes tempos e espaços.

Cambi (2009, 75 grifo do autor), retrata esse mesmo fenômeno sob outro aspecto:

[...] o *monoculturalismo autoritário* que não reconhece a existência de outras culturas senão a dos povos colonizadores, ignorando ou colocando em um lugar de inferioridade a cultura dos povos colonizados (v.g. o conhecimento indígena e afrodescendente na América Latina e o camponês da África).

Segundo Dussel ([1977], 76), “[...] podemos descobrir que há um sistema mundial cujo centro é os Estados Unidos, e com interdependência relativa a Europa, o Japão e o Canadá. O resto é periferia [...]”. Nessa perspectiva, reporta-se ao tema presente não apenas na América Latina, mas, de alguma forma, nos países não pertencentes ao seletivo grupo hegemônico, ou seja, parcela do continente europeu e os Estados Unidos da América, ou pela junção de ambos, como diria Bonavides (2001, 33), os “Estados Unidos da Europa”.

Em sentido contrário, tem-se uma “ética de intersubjetividade crítica”, que implica conhecimento e reconhecimento da existência e da necessidade de entrecruzar distintos saberes e ignorâncias não originários das fontes tradicionais. Sob o mesmo ponto de vista, Pazello (2016, 212 tradução nossa),<sup>5</sup> define esse movimento como:

<sup>5</sup> No original: “*La descolonialidad del poder y del saber a través del protagonismo de los movimientos populares, como clase popular organizada, inspira a la crítica jurídica que con ellos se hermana, espe-*”



A descolonialidade do poder e do saber através do protagonismo dos movimentos populares, como classe popular organizada, inspira a crítica jurídica que com eles se solidariza, especialmente sobre a práxis das assessorias jurídicas populares, sejam acadêmicas, de advogados, políticas e pedagógicas junto a tais movimentos.

Junto as linhas acima transcritas faz-se a leitura de que a necessidade social dos povos da América Latina reclama uma abordagem diferenciada e aproximativa de suas realidades materiais emergentes. Daí a necessidade de compreensão do conceito substantivo de Constituição, que será trabalhado mais a frente, até mesmo como forma de se aproximar dessa realidade que subjaz, ignorada em sua esmagadora maioria, pelos(as) teóricos(as) e por suas teorias.

A reiteração da história hegemônica provoca, simultaneamente, a incorporação acrítica de conceitos importados e a leitura deficitária da realidade na qual se encontra inserido(a), além de reforçar a invisibilidade dos saberes que destoam daqueles produzidos nos centros dominantes. Contudo, a tarefa ora empreendida não se trata de “descobrir ou inventar” o autêntico conhecimento latino uma vez que a própria ideia de América foi uma invenção europeia. Ao contrário, mediante o ecletismo teórico “[...] assumir uma postura descolonial na produção do conhecimento.” (Figueiredo 2017, 79), para ultrapassar as fronteiras Norte e Sul - imagens demasiadamente abstratas - tornando possível que as produções intelectuais não permaneçam restritas a determinados territórios.

Esse paradigma forjado por séculos a fio, para além da negativa de reconhecimento de outras maneiras de conhecer, de certa forma, condiciona a esquecer ou desconsiderar, por completo, a existência do Sul. Nesse cenário,

Em linhas gerais, exploração e dominação sempre foram a razão do “ser latino-americano”. Tanto que habita no senso comum uma velada crença de que as ideias do exterior necessitam ser copiadas, reproduzidas e aqui aplicadas, fruto dos longos anos de cabresto cultural e econômico imposto principalmente pelo mundo europeu. (Camargo e Gabiatti e Mello 2013, 423-424).

Essa conflituosa relação é reforçada pelo período de reestruturação da Segunda Guerra Mundial, embora nem tão mundial tenha sido, uma vez que um evento de proporção mundial, com efeito, ultrapassa os agentes europeus envolvidos no conflito armado. De acordo com os sobreditos autores, persiste a ideia do “[...] centro irradiador de conhecimento, até mesmo porque, após o processo de reestruturação do pós-guerra, manteve no europeu a sua identidade e consciência

de sua capacidade - e necessidade - de impor sua cultura e seu modo de pensar ao resto do mundo.” (Camargo e Gabiatti e Mello 2013, 429).

Dessa maneira, torna-se conflituosa a desvalorização do “restante” do mundo. Com isso não se furta em reconhecer as contribuições que o “antigo continente” proporcionou, proporciona e, certamente, proporcionará ao mundo, todavia, cumpre também desvelar os pensamentos autênticos produzidos em outros eixos epistemológicos, notadamente na América Latina. Do contrário, prevalecerá a

[...] posição de inferioridade com relação à produção de conhecimento eurocêntrica, que contribui para a manutenção do poder nas mãos de poucos em detrimento de expressiva parcela da população que fica a (*sic*) mercê da própria sorte. (Camargo e Gabiatti e Mello 2013, 432).

Conforme indicado por Pazello (2016, 208-209), uma tentativa de superação do paradigma procedimental, ainda prevalente no direito, é fornecida pelas críticas no que toca à sua historicidade; pela compreensão do direito enquanto espécie do gênero de organização política; também pela superação do formalismo jurídico e, por fim, mediante a afirmação histórica de um direito insurgente.

A proposta apresentada será um mergulho nos pensamentos latino-americanos para que se alcance a tonalidade adequada das questões que lhes são peculiares. O primeiro passo é a compreensão daquilo que “[...] habita no senso comum uma velada crença de que as ideias do exterior necessitam ser copiadas, reproduzidas e aplicadas aqui, no Brasil. [...] mas é notória a escassez de teorias jurídicas de base criadas a partir do efetivo contexto social brasileiro.” (Camargo e Gabiatti e Mello 2013, 432-433).

A absorção acrítica de teorias estrangeiras que, voluntária ou involuntariamente, ignoram os conhecimentos não produzidos nas “metrópoles” do mundo, produzem uma espécie de aculturação. Ao que tudo indica, conforme apontam Camargo, Gabiatti e Mello (2013, 432), “São obras produzidas a ritmo industrial, plastificadas, que por nascerem nessa redoma nada mais conseguem fazer do que a reproduzir, recontando-a mimeticamente.”

“Essa concentração intelectual cumpre um duplo papel: manter o poder, por um lado, e reconstruir os mecanismos de dominação, por outro.” (Camargo e Gabiatti e Mello 2013, 434). Afirmam ainda que para além do propósito da aparente incorporação epistêmica “[...] auxilia na manutenção da barreira ao nascimento de um pensar jurídico autêntico na América Latina.” (Camargo e Gabiatti e Mello 2013, 436).

Em contraposição, “[...] um direito mais aproximado da realidade latino-americana. [...] oferecendo condições para propor pontos de transformação

mais eficazes e adequados às reais condições dos processos sociais na América Latina.” (Camargo e Gabiatti e Mello 2013, 440). Deve-se demonstrar que as concepções jurídicas centradas nas análises formais, tanto dos textos normativos, quanto das formas de conhecê-lo (epistemologias), implica conjugar as análises de ordem material e formal.

Importa ressaltar a desnecessidade entre a “[...] disputa epistemológica moderna entre as formas científicas e não-científicas de verdade.” (Santos 2009, 25). Pois, do contrário ter-se-ia a continuidade da mentalidade hegemônica demarcada pela dicotomia metrópole *versus* colônia. Com isso, quer-se colocar em movimento uma tentativa de demonstrar que para a superação maniqueísta importa reconhecer e valorizar noções epistêmicas que se encontram deslocadas do eixo geográfico tradicional.

Sobre os setores particulares do conhecimento, cuja pretensão ou interpretação que fazem deles tendem a impor, segundo Santos (2009, 31), as “[...] linhas abissais continuam a estruturar o conhecimento e o direito modernos e que são constitutivas das relações e interações (*sic*) políticas e culturais que o Ocidente protagoniza no interior do sistema mundial.”

Antes, porém, deve-se distinguir, em termos de conhecimento, “o metropolitano do colonial” (Santos 2009, 41). Isso se deve não apenas em termos dicotômicos dos muitos já existentes, mas para que outras vozes possam ecoar deve-se compreender a existência de uma “voz majoritária” que ecoa soberanamente. Mesmo porque, não teria como propor a paridade de discursos uma vez que se desconhece as epistemologias não albergadas no eixo comum. Portanto, “É preciso um novo pensamento”, afirma Santos (2009, 41), “um pensamento pós-abissal.”

Para Santos (2009, 33), há de existir um movimento de conhecimento e reconhecimento do Sul, ou simplesmente epistemologias do Sul, como uma resposta viável e necessária, contudo, insuficiente para assegurar o contra movimento chamado pelo autor de “cosmopolitismo subalterno”, segundo suas palavras:

O cosmopolitismo subalterno manifesta-se através das iniciativas e movimentos que constituem a globalização contra-hegemônica (*sic*). Consiste num vasto conjunto de redes, iniciativas, organizações e movimentos que lutam contra a exclusão econômica, social, política e cultural [...] (Santos 2009, 42).

Ao seguir o rearranjo proposto, tem-se que “A ecologia de saberes baseia-se na ideia de que o conhecimento é interconhecimento.” (Santos 2009, 45). Ainda sobre o tema, as múltiplas formas de compreensão tocante as relações entre os seres humanos no meio cultural, econômico, ético-social, jurídico, dentre outros, Santos (2009, 57) esclarece que “A ecologia de saberes capacita-

-nos para uma visão mais abrangente daquilo que conhecemos, bem como do que desconhecemos, e também nos previne para que aquilo que não sabemos é ignorância nossa, não ignorância em geral.”

Como resultado do conhecimento de saberes outros, não somente os de matriz hegemônica, tem-se a possibilidade de criação de espaços teóricos de várias localidades geográficas do globo terrestre, aproximando de algo que possa receber a substantivação de comunidade, de forma mais elaborada Santos (2009, 47), esclarece que a:

[...] vinculação da ciência moderna aos desígnios da dominação colonial e imperial, e onde outros conhecimentos não científicos e não-ocidentais prevalecem nas práticas quotidianas das populações. [...] A utopia do interconhecimento é aprender outros conhecimentos sem esquecer os próprios.

A constatação de que os eixos tradicionalmente hegemônicos possuam melhores condições, em termos tecnológicos e recursos financeiros, não deve, contudo, totalizar as concepções epistemológicas pela flagrante evidência de que, como qualquer outra parte, possuem apenas parcela do conhecimento. Assim, “[...] deve dar-se preferência às formas de conhecimento que garantam a maior participação dos grupos sociais envolvidos na concepção, na execução, no controlo (*sic*) e na fruição da intervenção.” (Santos 2009, 51).

Então, resta, por fim, três orientações, a saber: “[...] aprender que existe o Sul; aprender a ir para o Sul; aprender a partir do Sul e com o Sul [...]” (Santos 2010, 242), cujo desafio central é construir as condições para realizar a virada epistemológica ou giro decolonial<sup>6</sup> no pensamento latino-americano para a transposição do perpétuo caminhar atrás da vanguarda hegemônica.

### 3. POR UMA RACIONALIDADE DEMOCRÁTICA E INCLUSIVA

Ao se propor uma nova racionalidade qualificada de democrática e inclusiva não se ignora as contundentes críticas que recaem sobre o projeto de uma suposta “democracia” como forma de colonização global, sob os contornos políticos e intelectuais.<sup>7</sup> Por outro lado, as articulações entre epistemologias e realidades revelam-se necessárias para que as instituições, que se reivindicam democráticas, possam acomodar as diversidades existentes a partir das bases teóricas adequadas. Deve-se, contudo, esclarecer os fundamentos contidos na proposta do presente tópico.

<sup>6</sup> Assim conforme afirmam Restrepo e Rojas (2010, 37), entende-se que os termos “decolonial” e “descolonial” são intercambiáveis.

<sup>7</sup> Sobre o tema, por todos, consultar: Güven, Ferit. *Decolonizing democracy: intersections of philosophy and postcolonial theory*. London: Lexington Books, 2015.

Racionalidade democrática quer expressar a qualidade daquilo que pode ser coerente e racionalmente defensável, diverge, portanto, do mero extrato subjetivo, ao contrário, caracteriza-se como intersubjetivamente partilhável. Segundo o qual decorra suficiente explicação, lógica e substancial, relevante para compreender como os argumentos empregados tenham chegado ao ponto em que são apresentados.

Igualmente, reclama que seus argumentos se coadunem com o Estado democrático de direito, ou seja, possam ser construídos ou refeitos por outros(as) atores(as). Conforme afirmam Godoy e Kozicki (2014, 1.112) “A argumentação é um procedimento intrinsecamente conectado à razão, a qual deve revelar-se desapaixonada e desinteressada.”

Em que pese a clareza do substantivo utilizado (inclusiva), corresponde a ideia de que para a mencionada tarefa devem concorrer as diversas linhagens de pensamentos, sob pena de não fazer jus ao adjetivo democrático. Na senda teórica, ao (re)visitar criticamente destacados conceitos do modelo de Estado democrático, não com uma imposição do lado ocidental do mundo,<sup>8</sup> mas porque “Dessa forma, evita-se a discricionariedade ou imposição das vontades/decisões dos governantes e abre-se espaço para poder-se eleger coletivamente a melhor decisão, sobretudo por aqueles que serão diretamente afetados por ela.” (Godoy e Kozicki 2014, 1.117).

Destarte, ao se conhecer e reconhecer as diversidades, num primeiro momento epistemológico, pretende formar comunidades de distintos(as) intérpretes e, democraticamente minorar as possibilidades para não prevalecer que “O sábio é clarividente: vê com absoluta claridade.” (Dussel [1977], 56), sobre os espaços dos pensamentos originários do Sul. Logo, a tessitura do mundo com os fios do pensamento europeu implica apartar “os(as) não-esclarecidos(as)”, relegando-os(as), portanto, ao ostracismo.

Numa perspectiva epistemológica inclusiva, insere-se a proposta de se conectar a América Latina, para o processo de difusão das outras concepções de mundo na compreensão política do real. Essa capacidade de leitura fornece o tom de uma realidade latente que não são contempladas pelas análises hegemônicas. O conhecimento inclusivo possibilita formar outras visões de mundo, mediante a consciência de formas culturais diversas de uma ideologia dominante, pois, certos problemas somente se apresentam como tal em determinados contextos.

Em certo sentido, trazem os reflexos de uma “missão civilizatória” que fornece um importante inventário sobre o espaço que determinadas culturas

<sup>8</sup> Cf. afirma Dussel (1980, 38-39): “Todavia, aceitam ingenuamente que sua cultura, seu poder político, o domínio de seus exércitos é justo; expande por toda a terra a democracia e a liberdade. Todo esse sistema de ideologias é parte de uma cotidianidade ingênua que manipula instrumentos.”

ocupam no mundo, produto, também, de um processo histórico composto pela Europa e pelos Estados Unidos da América, supostamente, pensantes e proprietários do pensamento moderno. Ao contrário, a tese ora esboçada é que outras histórias precisam ser visibilizadas. Para se tornar compreensivas as dimensões com as quais se pretende estabelecer diálogos frontais, fala-se em tomar contato com as epistemologias produzidas na América Latina, América Central, Caribe, África, Ásia, dentre outras regiões.

Expressivamente, “É possível uma filosofia latino-americana, africana, asiática: do mundo periférico? [...] Tal discurso, para ser outro radicalmente, deve ter outro ponto de partida, deve pensar outros temas, deve chegar a diferentes conclusões e com método diferente.” (Dussel [1977], 176-177).

Ao demarcar os espaços de inserção destes pensamentos, geralmente obliterados, busca-se produzir locais de fala e de ação que transpareçam seus locais de origem, ao final proporcionar uma espécie de “justaposição dos saberes”,<sup>9</sup> isto é, a coexistência das múltiplas formas de conhecer não alicerçadas sectariamente no pensamento hegemônico. Mesmo porque, os povos latino-americanos possuem demandas específicas como, por exemplo, o processo de paz e transição com as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia - FARC, as questões indígenas, os conflitos agrários, as ditaduras civis-militares etc., quase sempre negligenciadas por leituras uniformizantes que desconsideram a multiplicidade impressa nas adjacências latino-americanas.

Tais cenários, permitem identificar que os centros hegemônicos pensam apenas parcela do mundo. Logo, ao volver outras interpretações possíveis para as formas de conceber os sentidos e as histórias acrescentar práticas distintas dos processos históricos realizados pela Europa e pelos EUA. Orientar a reprodução dos pensamentos conforme critérios de centralidade dos supostos centros de excelência, encerrada na ideia de que a França, na vanguarda dos processos políticos, a Inglaterra, na vanguarda industrial e os EUA enquanto fusão de ambas. Produzem, como dito, um universalismo de partida que possui diferentes significações.

Dimana do conjunto das reflexões até agora apresentadas a necessidade de compreensão sob distintos pontos de vista, por isso mesmo, não é defensável a manutenção de discursos hegemônicos que se renovam pela força de uma tradição que é repetida acriticamente. Equivale a dizer, que no paradigma democrático não há espaço legítimo para as interpretações que potencialmente

<sup>9</sup> Cf. conclusão apresentada por Dolores Cristina Gomes Galindo e Liliana Parra Valencia durante o minicurso: “Prácticas intelectuales indígenas, afrodiaspóricas y campesinas: decolonialidad del ser, del saber y del poder”, em 01/11/2017, durante o XIX Encontro Nacional da Associação Brasileira de Psicologia Social - ABRAPSO, Democracia Participativa, Estado e Laicidade: Psicologia Social e enfrentamentos em tempos de exceção, realizado na Universidade Federal de Uberlândia - UFU, *campus* Santa Mônica, em Uberlândia, Minas Gerais, Brasil.

excluem outras formas ou sistemas de conhecer. De viva voz, lê-se em Bonavides (2001, 26), que na “Democracia onde o baixíssimo grau de legitimidade participativa certifica a farsa do sistema, assinalando o máximo divórcio entre o povo e as suas instituições de Governo.”

Busca-se estabelecer interlocuções com outros estatutos epistemológicos para repensar o constitucionalismo brasileiro como uma tarefa epistemológica a ser realizada no contexto do “novo constitucionalismo democrático latino-americano (ou melhor, indo-afro-latino-americano).” (Magalhães 2016, 14). De fato, o chamado movimento pós-colonial ou decolonial procura tornar visíveis os sistemas de postulados e axiomas existentes nas outras partes do mundo, bem como suas tensões.

Contudo, ao se denunciar o projeto unilateral, não há como conjecturar um pensamento único extra europeu sob pena de reproduzir os mesmos equívocos que se quer evitar, ou seja, na dicotomia global/local perde-se de vista as agendas sociais emergentes ao propor uma transição única. Em verdade, nada mais são que idênticos resquícios de uma colonização filosoficamente construída. Talvez pelas mesmas razões, Martins, Morello e Tybusch (2017, 98), afirmam que as

[...] divergências históricas de suas realidades e inadequações suprime a capacidade desse modelo em satisfazer os anseios sociais, e, sobretudo, de efetivar os direitos humanos dos povos tradicionais, visto que, sufoca a diversidade, nega sujeitos em prol de uma identidade uníssona e uma igualdade formal forjada.

Estudar a associação entre uma “profilaxia epistemológica [...] permitindo que se construam novas categorias analíticas do pensar e agir.” (Leal 2014, 242), e seus reflexos nos planos social e jurídico. Paradoxalmente esse discurso reivindicatório latino-americano é também encampado pelo lado europeu do mundo, a exemplo da “transição paradigmática” (Santos 2001. 283).

Ao que tudo indica, não basta apenas ser produzido fora dos centros hegemônicos, pois, ainda, sim poderia simplesmente repetir o protocolo. De outra sorte, deve-se privilegiar as questões e pensamentos peculiares da América Latina, mesmo porque, “[...] um problema para um alemão do século XX ou um grego do século V a.C. pode, perfeitamente, não ser um problema para mim.” (Gomes 1994, 23).

De forma complementar, a possibilidade de se apresentar argumentos que dialoguem com a “diversidade teórico-filosófica” (Dussel [1977], 212), certamente romperá com a linearidade histórica fundada na colonização do pensamento. Ao considerar a tarefa e responsabilidade do filósofo no processo de mudança, Dussel ([1977], 231), afirma que a “Compreensão da educação, da filosofia e da arte como instrumentos que aceleram, aprofundam e consolidam o processo de constituição de uma cultura popular autônoma.”

Visto como condição para materializar a soberania popular positivada no parágrafo único, art. 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88. Distinta, portanto, da mera reprodução do pensamento hegemônico. Ao se estabelecer relações capazes de incluir pensamentos não hegemônicos, cria-se diferentes graus de complexidades cujas manifestações são encaixadas nas categorias pré-existentes, sobretudo na paradoxal relação entre metrópole e colônia.

Toma-se de empréstimo as ideias de Santos (2010, 144), o qual sustenta que “[...] a diversidade e a pluralidade não tem ainda hoje uma expressão epistemológica adequada.” Há, portanto, um “colonialismo intelectual” (Restrepo e Rojas 2010, 198), que redundando no efeito silenciador produzido pelos discursos hegemônicos. Uma vez constatada essa problemática, apresenta-se como hipótese que “O lugar do crítico pós-colonial tem de ser construído de modo a que se possa interromper eficazmente os discursos hegemônicos ocidentais [...]” (Santos 2010, 235).

Enquanto respostas possíveis, Magalhães (2016, 18) sugere o “pluralismo epistemológico” como instrumento teórico. Por seu turno, Restrepo e Rojas (2010, 178 tradução nossa)<sup>10</sup> afirmam que “A interculturalidade seria, então, um projeto político e epistemológico que supõe uma participação ativa dos setores subalternos em disputa pelo poder [...]”. Muito embora sejam relevantes, essas categorias abstratamente consideradas não são capazes de formar um estatuto que permita o adequado tratamento das questões apreciadas pelo controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Por isso, far-se-á uma incursão no sentido material da Constituição, manifestado nas participações sociais, que emerge do giro epistemológico decolonial proposto.

#### 4. DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Dos tópicos pretéritos resta assentado o entendimento de que “O direito, como expressão cultural, não deve estar alheio as transformações sociais, devendo refletir os valores e princípios éticos indispensáveis à promoção da civilização mundial.” (Cambi 2009, 78). E, o conceito material ou substancial de Constituição possibilita conhecer os valores, culturas e modos de ser do povo, no sentido jurídico dos termos. Decerto, os pontos de vista são influenciáveis pelo local de fala de seus(suas) interlocutores(as).

Em que pese a Constituição da República de 1988 ser o atual repositório dos “valores materiais compartilhados pela sociedade” brasileira, conforme

<sup>10</sup> No original: “*La interculturalidad sería entonces un proyecto político y epistémico que supone una participación activa de los sectores subalternos en las disputas por el poder [...]*”. (Restrepo e Rojas 2010, 178).



aduz Barroso (2012, 33) e, estar alicerçada na proteção e promoção da dignidade da pessoa humana (CRFB/88, art. 1º, III); os estudos realizados por Oliveira (2016, 114), apontam para a prevalência do “estamento burocrático”. Diante disso, o desafio que se impõe é manejar um arcabouço teórico capaz de fundamentar perspectivas democráticas com vistas a fortalecer as *praxis* latino-americanas.

Não obstante as origens do controle de constitucionalidade, contemporaneamente exige-se a alteração do “solo epistemológico do direito” (Clève 1988, 34-47). Assim, o rearranjo proposto visa sugerir e analisar linhagens não convencionais de pensamentos, para ultrapassar as perspectivas universal e a-histórica, haja vista a prevalência destas visões. Por isso, as epistemologias hegemônicas refletem realidades, muitas das vezes, incompatíveis com a América Latina, sobretudo a enfrentada no Brasil, fortemente marcada por classes, estamentos e castas sociais (Faoro 2012, 135).

Conforme se sabe, o controle de constitucionalidade é o conjunto de instrumentos jurídicos de aferição da conformidade de determinada lei ou ato normativo, que possui como parâmetro a Constituição vigente. Cujas matrizes sociológicas de formação foram a norte-americana, na espécie difusa e concreta; austríaca, na vertente concentrada e abstrata, ambas pela via repressiva judicial. Posteriormente, deu-se o controle francês na modalidade política e, em regra, preventivo.

No Brasil, segundo afirma Lima (2011, 264), vige o modelo híbrido ou misto de fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos e, leva em consideração o objeto (ação ou omissão), o momento (preventivo ou repressivo), a natureza do órgão competente (jurídico ou político) e o modo de manifestação (objetivo ou subjetivo). Marca distintiva que, em um só tempo, contempla as três espécies de controle, todavia, em alguma medida, estes modelos privilegiaram a análise das condições formais, como já dito, a salvaguarda das “razões do Estado”.

Em sua vertente concentrada é realizada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, nos termos do art. 102, CRFB/88. Para conjugar os elementos trabalhados nos tópicos pretéritos, deve-se “[...] discutir alguns fundamentos e discursos de legitimidade do mecanismo de revisão judicial comuns especialmente nos países latinos, marcados por profundas desigualdades sociais e omissões legislativas.” (Cerqueira Neto e Salgado 2016, 116).

Nesse sentido, cabe ilustrar de forma bastante incisiva, tal qual o faz Cambi (2009, 285):

Não pode haver democracia se grande parte do eleitorado é analfabeto ou semiletrado, não tendo instrução necessária para compreender as principais questões colocadas no debate político, ou estão doentes e sem o adequado

atendimento médico-hospitalar, ou se estão passando fome ou, ainda, se estão desempregadas ou trabalhando em condições opressivas.

Por outros termos, revela-se contraproducente um controle de constitucionalidade que privilegia a análise formal ou a “arbitragem de conflitos políticos” (Cambi 2009, 209), que ao se enveredar numa racionalidade abstrata, torna-se incapaz de compreender os fenômenos sociais subjacentes, por consequência, perde de vista a situação concreta. Assim como afirmam Cerqueira Neto e Salgado (2016, 118), “São pressupostos de raiz conservadora, que diziam que se o que se pretendia era a tomada de decisões corretas, não era necessário consultar a cidadania de um modo efetivo.” E, no caso em questão, fazer com que o controle de constitucionalidade desempenhe a função de assegurar as competências formais.

Ao depositarem as credenciais nas supostas virtudes individuais dos “onze iluminados(as)”, inegavelmente surge um amplo espaço para uma atuação mais expressiva da atividade judicante. “Naturalmente, a nova postura de ativismo judicial do STF estimula as forças sociais a procurá-lo com mais frequência e contribui para uma significativa alteração na agenda da Corte.” (Sarmiento 2009, 130-131). No entanto, estudos atualizados constatarem a prevalência das “burocracias do Estado” em detrimento dos direitos fundamentais, como é o caso das questões relacionadas ao “trabalho, educação, saúde, moradia, entre outros” (Oliveira 2016, 129). No mesmo sentido Cerqueira Neto e Salgado (2016, 122-123), sustentam, com maior precisão, que:

Frequentemente se argumenta que o tribunal atua como defensor das minorias. Mas isto não é necessariamente correto. Este discurso é bastante aceito em defesa da supremacia judicial, sobretudo em países marcados por profundas desigualdades sociais, como nas recentes democracias da América Latina.

Ao contrário de implementar e avançar na interpretação aberta e plural, principalmente do ponto de vista epistêmico, conforme mencionado nos tópicos antecedentes, o controle de constitucionalidade brasileiro parece insistir nas práticas contrárias. “O que não parece ter assento constitucional é o forte ativismo constitucional, por vezes francamente contrário à própria Constituição.” (Cerqueira Neto e Salgado 2016, 115). Outro aspecto a ser considerado é que

O STF não profere uma fundamentação da corte em suas decisões, mas decide a partir de um apanhado de votos individuais, que geralmente já chegam prontos à sessão de julgamento. Não há deliberação, não há construção coletiva das decisões, não há clareza para além do dispositivo (quando muito).

A corte brasileira se preocupa mais com o resultado que com a fundamentação de cada caso. (Cerqueira Neto e Salgado 2016, 119).

Para ilustrar, “Naturalmente, a decisão tomada (sobretudo sua fundamentação) poderá ser diferente para cada concepção de democracia que o tribunal subscreva.” (Cerqueira Neto e Salgado 2016, 120). Isto porque, as teorias hegemônicas parecem cumprir uma função bastante específica nesse ínterim, que é o distanciamento do material fático que subjaz a determinada lei ou ato normativo, ainda que abstratamente considerados.

De outro modo, conforme já se disse, é o fundamento que orienta o dispositivo e, não o inverso. Pois, a razão de decidir (*ratio decidendi*) reside na fundamentação substantiva e suficiente, guiada pelos elementos fáticos e jurídicos desvelados na apreciação da situação analisada. Como não preponderam a atividade inclusiva de novos(as) sujeitos, nem a atividade deliberativa entre os(as) Ministros(as), mas apenas a contagem dos votos soberanamente prolatados, surge espaço para que as decisões sejam marcadas, em sua ampla maioria, de baixa densidade democrática.

Em alguma medida os desafios enfrentados pelo controle de constitucionalidade brasileiro, a partir do panorama traçado, permitem inferir alguma aproximação com a colonialidade do pensamento ilustrada a pouco. Isto porque, o sectarismo epistemológico somado ao desconhecimento de outros saberes, sem exageros, aproxima-se da prevalência da técnica, conhecimento de uns poucos, e o insistente solipsismo judicial.

Realizadas estas aproximações, entende-se que para emergir a realidade do sentido material da Constituição e, conseqüentemente, o pensamento latino-americano é adequado ilustrar com a filosofia da libertação. Na qual, Dussel ([1977], 07) esclarece tratar-se de uma obra escrita na e para a periferia, contudo, dirige-se, também, para o centro. Com algumas reservas,<sup>11</sup> endossa-se seu posicionamento no que toca ao apontar para caminhos futuros.

Para se fazer manifesto, os desafios enfrentados pelo controle de constitucionalidade na atualidade, em alguma medida são as conseqüências dos reflexos da geopolítica de imposição da “cultura do centro” (Dussel [1977], 10). Há, nitidamente, a hegemonia da insistente forma de “pensar” que “Fora de suas fronteiras está o não-ser, o nada, a barbárie, o sem sentido.” (Dussel [1977], 11). Ou seja, as questões de ordem social e fundamental devem ser enfrentadas por outros mecanismos que não os judiciais, ao contrário, nestas preponderam outras questões.

Em outras palavras “a partir do centro interpretam a periferia. Mas os filósofos coloniais da periferia repetem uma visão que lhes é estranha, que não lhes é própria.” (Dussel [1977], 19). Apesar disso, não está dito que se deva excluir por completo, pois, quando a periferia existe enquanto exótico ou en-

<sup>11</sup> Dentre outras, a objeção apresentada por (Pazello 2016, 197), segundo o qual o termo “filosofia da libertação” é uma redundância.

quanto colônia. Vê-se nas entrelinhas, tratar-se de um audacioso projeto de (re) leitura das bases teóricas e epistêmicas da forma de compreensão do controle concentrado de constitucionalidade.

Sobretudo na realidade brasileira contrastada por uma acentuada desigualdade social e pela não implementação de direitos básicos do ser humano, quando se busca, ainda que consciente das limitações, aplicar conhecimentos originários de países que possuem realidades materiais assemelhadas quer-se, em última, análise “[...] romper os laços de dependência dominadora.” (Dussel [1977], 80). Pois,

O cientista que não consegue articular o exercício de sua ciência com os condicionamentos efetivos e dialéticos da política, descobrir sua autonomia *relativa*, e que não sabe ouvir claramente as interpelações que o povo oprimido lança contra o sistema, é um cientificista. (Dussel [1977], 172 grifo do autor).

No caso da jurisdição constitucional, em sentido estrito, não deve ancorar-se exclusivamente no “fundamento” de validade ou superioridade do Texto Constitucional, desconectado do substrato fático analisado, ainda que se trate de lei ou ato jurídico em tese. Em última análise, epistemologias outras potencialmente proporcionam “Ao mesmo tempo em que são forças materiais da sociedade que impõem limites e se opõem à falta de controle da arbitragem, são também elementos de revolução jurídica, modificação e mudança constitucional.” (Borges *et. al.* 2017, 529 tradução nossa).<sup>12</sup>

E como a proposta de guinada epistemológica para o Sul busca-se, no mínimo, chegar a resultados diferentes do até agora obtidos, caberia, então, falar sobre “A hermenêutica diatópica é um exercício de reciprocidade entre culturas que consiste em transformar as premissas de argumentação de uma dada cultura em argumentos inteligíveis e creditáveis noutra cultura.” (Santos 2010, 87).

Numa ligeira demonstração sobre como a construção dos parâmetros materiais de conformidade com as realidades sociais experimentada pela América Latina, fornecem respostas não comportadas pelos padrões hegemônicos tradicionais, fala-se sobre a inserção de novos(as) agentes mediante o reconhecimento dos direitos de participação cidadã. Tem-se, portanto, outras formas da função judicial a exemplo das positivadas na Constituição da República do Equador<sup>13</sup> cujos objetivos propostos para este artigo impedem descer as minúcias desse argumento.

<sup>12</sup> No original: “Al mismo tiempo que son fuerzas materiales de la sociedad que imponen límites y se contraponen al descontrol del arbitrio, son también los elementos de revolución jurídica, modificación y mutación constitucional.” (Borges *et. al.* 2017, 529).

<sup>13</sup> Cf. Título IV, Capítulo cuarto, Función Judicial y justicia indígena. (Ecuador, 2008).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse artigo teve por objetivo apresentar uma fundamentação teórica destinada a inclusão de epistemologias não hegemônicas, isto é, não produzidas ou destinadas para os eixos tradicionais de produção do pensamento ocidental. Essas reflexões foram destinadas à sua aplicação no controle de constitucionalidade concentrado brasileiro, com vistas a (re)ordenar os discursos socialmente construídos para encurtar as distâncias entre os fundamentos teóricos e o campo prático de atuação.

Portanto, fez-se necessário observar a tradição democrática segundo uma nova geopolítica epistemológica, fato que não implica uma “eurocentricidade” às avessas, ao contrário, pretende-se de forma aproximativa, dialogar com os espaços de realização de outras epistemologias, pautado em concepções contra hegemônicas.

Numa espécie de prestação de contas, viu-se no primeiro tópico a constatação de um fenômeno caracterizado pelo sectarismo epistemológico, com pretensão de exclusividade, universalidade e atemporalidade. A colonialidade do saber que ignora ou desconsidera qualquer outro saber que não sejam aqueles dominantes; em alguma medida, isso (de)forma o pensamento latino-americano.

Em seguida, no segundo tópico, a pesquisa cuidou de examinar os pensamentos latino-americanos como possível paradigma de desconstrução histórica da situação-problema constatada. Sob o pano de fundo de uma racionalidade democrática e inclusiva, buscou-se franquear as participações de outras epistemologias, enquanto forma de conhecer e, assim, permitir a interrelação entre os pensamentos produzidos na América Latina.

Diante disso, a partir de um plano mais específico, o resultado das pesquisas bibliográficas constatou a prevalência das “razões do Estado” na pauta de debate do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. De certa maneira, devido à reprodução da problemática constatada no primeiro tópico. Logo, pelas análises dos materiais coletados é possível apresentar como considerações finais da pesquisa bibliográfica realizada a necessidade de romper com a dicotomia “metrópole/colônia”, mediante a inserção de outros(as) agentes, teorias e lugares, singelamente chamado de Sul, que como visto ultrapassa as cercanias da América Latina.

Enfim, implica privilegiar o aspecto material da Constituição somado a compreensão cultural do direito na interpretação das questões levadas ao conhecimento do controle de constitucionalidade que, como já dito, deve privilegiar os temas de direitos e garantias fundamentais. Vale reforçar, uma vez mais, que a tese esboçada não significa o “eurocentrismo às avessas”, mas, de outra sorte, o esforço de direcionar os olhares para pessoas, teorias e lugares geralmente olvidados.

## REFERÊNCIAS

- Barroso, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- Berthet, Annie. *et. al. Alter ego plus: méthode de français*. Paris: Hachette Livre, 2012.
- Bonavides, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.
- Borges, Alexandre Walmott; Câmara, Fabiana Angélica Pinheiro; Villaroel, Ivette Esis. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro: entre a tutela de direitos e a tutela do ordenamento. In: Robl Filho, Ilton Norberto; Scheleder, Adriana Fasolo Pilati. (Org.). *Jurisdição constitucional e democracia*. Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 138-164.
- Borges, Alexandre Walmott. *et. al.* Un balance de los sistemas de control de constitucionalidad como instrumento de garantía de las constituciones material y formal *Revista Estudos Institucionais - REI*, Rio de Janeiro, v. 03, n. 01, 2017, p. 525- 561.
- Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- Camargo, Luís Henrique Kohl; Gabiatti, Daniel Albherto; Mello, Régis Trindade de. Do eurocentrismo à libertação: o papel da teoria crítica do direito na construção de um pensar jurídico autêntico latino-americano. *Unesco International Legal Seminar*, Chapecó, v. 02, n. 01, 2013, p. 423-446.
- Cambi, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- Cárcova, Carlos Maria. *A opacidade do direito*. Tradução de Edilson Alckmin Cunha. São Paulo: LTr, 1998.
- Cerqueira Neto, José Nunes de; Salgado, Eneida Desiree. Caminhos e desafios da revisão judicial de constitucionalidade. *Revista de direitos fundamentais e democracia*, Curitiba, v. 19, n. 19, jan./jun. 2016, p. 114-130.
- Clève, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Scientia et Labor, 1988.
- Dussel, Enrique Domingo. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 1998.
- Dussel, Enrique Domingo. *Filosofia da libertação na América Latina*. Tradução de Luiz João Gaio. São Paulo: Loyola, [1977]. (Reflexão latino-americana - 3).
- Ecuador. Constitución (2008). *Constitución de la Republica del Ecuador*. Quito: Registro Oficial, 2008. Disponible en: <www.lexis.com.ec>. Acceso en: 29 nov. 2017.
- Fagundes, Lucas Machado; Wolkmer, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico no horizonte do pensamento crítico de libertação latino-americana. A reflexão crítica no contexto latino-americano. In: Benente, Mauro; Rajland, Beatriz. (Coord.). *El Derecho y el Estado: procesos políticos y constituyentes en nuestra América*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fundación de Investigaciones Sociales y Políticas, 2016. p. 63-81.
- Faoro, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.
- Figueiredo, Ângela. Descolonização do conhecimento no século XXI. In: Santiago, Ana Rita. *et al.* (Org.). *Descolonização do conhecimento no contexto afro-brasileiro*. Cruz das Almas: UFRB, 2017, p. 79-106.
- Godoy, Miguel Gualano de. A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas. Análise teórica a partir de Carlos Santiago Nino e algumas práticas institucionais no Brasil contemporâneo. *Revista Coherencia*, Medellín, v. 08, n. 14, ene./jun. 2011, p. 63-91.
- Godoy, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012. (Direito, Desenvolvimento e Justiça).
- Godoy, Miguel Gualano de; Kozicki, Katya. A democracia deliberativa para além de John Rawls e Jürgen Habermas e a proposta de Carlos Santiago Nino. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Coord.). *Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.106-1.124, v. 1.
- Gomes, Roberto. *Crítica da razão tupiniquim*. 11. ed. São Paulo: FTD, 1994. (Prazer em conhecer).
- Güven, Ferit. *Decolonizing democracy: intersections of philosophy and postcolonial theory*. London: Lexington Books, 2015.

Häberle, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

Leal, Sandra Regina. A reversão da eurocentricidade conceitual dos direitos humanos a partir da sua tropicalização com a Constituição Federal de 1988. In: Clève, Clèmerson Merlin. (Coord.). *Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 228-244, v. 1.

Lima, Bruno Sousa de. Entre Constituição e democracia: uma análise do controle de constitucionalidade brasileiro. In: Clève, Clèmerson Merlin. (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 263-284.

Magalhães, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo latino-americano 2: rupturas diversidade. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.28, jan./abr. 2016, p.10-19.

Martins, Evilhane Jum; Morello, Giane da Silva Ritter; Tybusch, Jerônimo Siqueira. As amarras do neoconstitucionalismo e as perspectivas do novo constitucionalismo Latino-americano: elementos paradigmáticos para a efetivação dos direitos humanos dos povos da América do Sul. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 17, n. 7, maio/ago. 2017, p. 90-107.

Montero, Julio. La concepción de la democracia deliberativa de C. Nino: ¿populismo moral o elitismo epistemológico? *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 29, 2006, p. 319-331.

Oliveira, Fabiana Luci de. Agenda Suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Tempo Social*, São Paulo, v. 28, 2016, p. 105-133. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v28n1/1809-4554-ts-28-01-00105.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

Pazello, Ricardo Prestes. Pensamiento descolonial, crítica al derecho, movimientos populares: la problemática de los derechos humanos. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales - REDHES*, México, n. 15, año VIII, ene./jun. 2016, p. 195-218.

Pulido, Carlos Bernal. Sobre a legitimidade da jurisdição constitucional e a objetividade no controle de constitucionalidade das leis. In: Pulido, Carlos Bernal. (Coord.). *Direitos dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 29-58.

Restrepo, Ricardo; Rojas, Axel. *Inflexión decolonial: fuentes, conceptos y cuestionamientos*. Popayán: Universidad del Cauca, 2010. (Políticas de la alteridad).

Santos, Boaventura de Souza. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010, v. 4. (Para um novo senso comum).

Santos, Boaventura de Souza. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: Menezes, Maria Paula; Santos, Boaventura de Souza. (Orgs.). *Epistemologias do sul*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 23-72.

Santos, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

Sarmento, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: Sarmento, Daniel. (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113-146.

O Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política tem se apresentado, nos últimos cinco anos, como um dos principais fóruns de discussão e reflexão teórica e crítica sobre o direito constitucional e a filosofia política no Brasil. A terceira edição do Congresso, realizada em Curitiba, pelos Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Universidade Federal do Paraná, teve como tema central a Desigualdade e a Reconstrução da Democracia Social, recebendo mais de uma centena de trabalhos enviados por pesquisadores do Brasil e da América Latina. Foram publicados quatro volumes de trabalhos completos, os quais passaram por rigoroso peer review, com as seguintes temáticas específicas: Volume 1: Interações e Tensões entre o Direito Constitucional e a Política; Volume 2: Interpretação da Constituição e Jurisdição Constitucional; Volume 3: Aspectos Políticos e Históricos do Constitucionalismo; Volume 4: Direitos Humanos e Democracia.



[www.arraeseditores.com.br](http://www.arraeseditores.com.br)  
[arraes@arraeseditores.com.br](mailto:arraes@arraeseditores.com.br)

