



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUCAS BORGES DE CARVALHO

CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E INTEGRIDADE:
A legitimidade política da jurisdição constitucional no Brasil

Florianópolis, 2006.

LUCAS BORGES DE CARVALHO

CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E INTEGRIDADE:
A legitimidade política da jurisdição constitucional no Brasil

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Prof. Dra. Cecilia Caballero Lois.

Florianópolis, 2006.

LUCAS BORGES DE CARVALHO

CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E INTEGRIDADE:
A legitimidade política da jurisdição constitucional no Brasil

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dra. Cecilia Caballero Lois
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dra. Vera Karam de Chueiri
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Delamar Volpato Dutra
Universidade Federal de Santa Catarina

Florianópolis, 24 de abril de 2006.

Para os meus avós, Jafé Teixeira Borges
(*in memoriam*) e Alice Gonzalez Borges.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à minha família, que, mesmo à distância, sempre forneceu todo o apoio necessário e sempre compreendeu as ausências e os períodos ininterruptos de trabalho que, muitas vezes, me obrigaram a ficar (por não pouco tempo) recluso na frente do computador que agora escrevo estas linhas.

Agradeço, também, aos amigos e amigas da AATR – Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais no Estado da Bahia que, desde a época da seleção do mestrado, forneceram todo o auxílio que podiam (e, às vezes, que não podiam) oferecer. Agradeço, especialmente, aos hoje também mestrados em direito, Maurício, Murilo e Pedro, pelas discussões na época do estágio, pelas leituras em comum e pelos encontros esporádicos nas minhas idas e vindas a Salvador durante os dois últimos anos.

Em Florianópolis, a vida não teria sido possível sem o convívio com todos os colegas de mestrado. Mesmo correndo o risco de esquecer alguém, deixo registradas as minhas “dívidas impagáveis” a Edson, Humberto, Mateus, Rodrigo, Samuel, Carol, Vanessa, Simone, Lise, Liz, Crishna, Maia, Larissa e muitos outros que deixarão saudades dos bons tempos de mestrado.

À professora Jeanine Philippi, agradeço pelas inquietações que tanto me fizeram pensar as grandes questões que estão no cerne de qualquer reflexão séria sobre o direito nos dias de hoje.

Ao professor Antônio Carlos Wolkmer, agradeço pela oportunidade de estágio docência em História do Direito e, ainda, às constantes (e bem conhecidas de todos os seus alunos) provocações a respeito da importância de olharmos as especificidades que marcam o Brasil e a América Latina, algo que, a meu modo, procurei incorporar ao trabalho.

Ao professor Sérgio Cademartori, pelas leituras de Kelsen, Hart e Bobbio.

À minha orientadora, professora Cecilia Caballero Lois ou, simplesmente, Cecilia, devo toda a concepção de fundo que norteou a pesquisa, algo que pude, aos poucos, ir compreendendo e, assim, conferir um direcionamento mais preciso e consistente à análise do tema. Não bastassem as contribuições acadêmicas, Cecilia foi também uma grande amiga e

conselheira em momentos importantes, mostrando que seriedade acadêmica pouco tem a ver com distância e formalismo nas relações pessoais.

Aos professores Delamar Volpato Dutra e Vera Karam de Chueiri, que compuseram a banca examinadora deste trabalho, agradeço pela leitura atenta e pelas inúmeras e importantes questões levantadas no decorrer da arguição pública.

A Vladimir, a Chico e a Iuri, agradeço o diálogo constante desde os tempos de graduação, que muito me influenciaram, não só na opção pelo mestrado, mas também no próprio curso da pesquisa. A Iuri, agradeço, também, por me enviar a entrevista do Ministro Nelson Jobim, muito importante para a discussão do primeiro capítulo.

Não poderia deixar de agradecer ao governo brasileiro, que, por meio da CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal, financiou esta pesquisa e possibilitou que eu me dedicasse ao trabalho em tempo integral.

Finalmente, as palavras não seriam suficientes para agradecer a Maíra, minha amada, que tantas vezes teve que aturar as minhas (pouco compreensíveis) explicações sobre Dworkin, que tantas vezes leu e opinou sobre os manuscritos que originaram esta dissertação, que muito me ajudou nas traduções dos textos em inglês e que, enfim, sempre esteve ao meu lado no período em que vivemos em Florianópolis. Se existe mesmo algo que antecede à linguagem, alguma experiência, por assim dizer, “indizível”, sei bem o que é: descobri no primeiro dia em que vi Maíra...

RESUMO

A pesquisa tem por objeto a análise da legitimidade política do Supremo Tribunal Federal, considerando sua atuação no período compreendido entre os anos 1990-2005. Neste período, esta que é a instituição mais antiga do país, obteve grande destaque e visibilidade política. Isso ocorreu, dentre outros fatores, como efeito de uma série de inovações instauradas pela Constituição de 1988, tais como o fortalecimento do Ministério Público, a ampliação da legitimidade ativa no que concerne ao controle concentrado de constitucionalidade e a instituição de novas ações constitucionais, a exemplo do mandado de injunção e da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Considerando esse contexto, a dissertação parte do seguinte problema: em que medida o aumento do poder da jurisdição constitucional e a maior interferência de decisões judiciais na esfera política do país, fruto da adoção do modelo de organização política estabelecido na Constituição Federal de 1988, foram acompanhados por uma correspondente ampliação da legitimidade democrática dessa instituição?

Com o intuito de responder a essa pergunta, procura-se, nos dois primeiros capítulos, formular uma concepção de legitimidade da jurisdição constitucional assentada em dois pilares básicos: uma teoria da aplicação do direito e um modelo de democracia. Adotando, então, a obra de Ronald Dworkin como referencial teórico, contrapõe-se, no primeiro capítulo, três teorias da aplicação do direito: o positivismo jurídico, o pragmatismo e o direito como integridade. Enquanto a primeira teoria sustenta que a decisão judicial é fruto de um ato discricionário – e, portanto, não controlável – dos juízes, a segunda aponta que o único critério aceitável para a tomada de decisões judiciais é a avaliação de suas possíveis e eventuais consequências, o que só pode ser realizado em cada caso concreto. Por sua vez, o direito como integridade rechaça o ceticismo pressuposto em ambas as concepções. Dworkin, nesse sentido, busca resgatar a racionalidade do processo hermenêutico, apontando a existência de critérios concretos que impõem ao juiz a responsabilidade de encontrar a resposta correta.

De modo semelhante, no segundo capítulo, são contrapostos três modelos de democracia: a concepção comunitária monolítica, tal como formulada por Carl Schmitt; a democracia procedimental, conforme as teses de John Hart Ely e Jürgen Habermas; e, por último, o modelo constitucional substantivo proposto por Dworkin. Enquanto Schmitt representa uma tradição autoritária, que identifica a democracia com uma forte homogeneidade política centrada na pessoa do Presidente da República, Ely e Habermas representam a tradição procedimentalista do controle de constitucionalidade, a qual, com algumas

variações, sustenta que o papel dos tribunais constitucionais é o de assegurar o adequado funcionamento do processo democrático.

Já o modelo de democracia constitucional proposto por Dworkin sustenta que as decisões políticas devem refletir igual consideração e respeito por todos os membros da comunidade. As instituições estatais, segundo o jurista norte-americano, estão vinculadas a determinados princípios substantivos, de maneira que a constitucionalidade de uma norma ou de um ato político decisório não pode ser avaliada apenas sob o prisma do procedimento ou do autor da decisão. O respeito à democracia, portanto, pressupõe, não apenas a regularidade do processo legislativo, mas, essencialmente, que o resultado desse processo reflita um compromisso com princípios igualitários de moralidade política.

Dessa forma, subscrevendo as propostas teóricas de Ronald Dworkin, a concepção de legitimidade que norteia a análise das decisões do STF no terceiro e último capítulo, funda-se em dois pontos de apoio: (1) um modelo de democracia constitucional substantiva, pautado na idéia de direitos como trunfos políticos que impõem limites à vontade da maioria e asseguram a cada membro da comunidade igual consideração e respeito; e (2) uma teoria da aplicação do direito estruturada sobre o conceito de integridade, segundo o qual uma fundamentação adequada e legítima das decisões judiciais deve recorrer a argumentos de princípio, fundados em uma interpretação coerente da prática constitucional.

Tomando como referencial essa concepção, conclui-se, ao final, a partir da análise de algumas das mais importantes decisões proferidas pelo STF no período 1990-2005, que o tribunal atua de forma casuística, cedendo, em muitas ocasiões, a argumentos que submetem os direitos fundamentais a considerações de ordem pragmática e consequencialista. Assim, sem fornecer uma definição consistente e aberta do modelo de democracia que subscreve e sem adotar uma linha coerente de argumentação e de observância de princípios estabelecidos em decisões anteriores, a legitimidade política do STF é amplamente reduzida. Em consequência, o tribunal se torna mais vulnerável a interferências político-majoritárias, mais propenso a julgar de acordo com as circunstâncias e, finalmente, menos sujeito ao controle popular e à crítica pública. Então, preocupado em tecer decisões conciliatórias e convenientes para os interesses do momento, o tribunal atua sem qualquer norte, desrespeitando princípios e violando as exigências de integridade na aplicação do direito.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Constitucionalismo; Democracia; Ronald Dworkin; Direito como integridade.

ABSTRACT

The dissertation presents an analysis of the political legitimacy of the Supreme Federal Court, analyzing its performance from 1990 to 2005. Throughout the period, the court, which is the oldest institution of the country, has obtained great prominence and political visibility. These developments were a result of a series of innovations brought about by the 1988's Constitution, such as the invigoration of the Public Prosecution, the enlargement of the active legitimacy on the abstract constitutional review and the institution of new constitutional actions, like the injunction order and the claim of non-compliance of a fundamental precept, among other factors.

Considering this context, the dissertation starts from the following problem: to what extent the increase of the constitutional jurisdiction's power and the greater interference of judicial decisions in the country's political realm, which resulted from the adoption of the model of political organization enacted by 1988's Federal Constitution, were accompanied by a correspondent improvement of the democratic legitimacy of that institution?

To answer the question above, the first two chapters seek to formulate a conception of legitimacy of the constitutional jurisdiction stated in two basic pillars: a legal adjudication theory and a model of democracy. Then, following Ronald Dworkin's thesis as a theoretical referential, three theories of legal interpretation are contrasted in the first chapter: legal positivism, pragmatism and law as integrity. While the former theory sustains that the judicial decision is a result of a discretionary – and, therefore, no controllable – action of the judges, the latter argues that the only acceptable standard for judicial decisions is the assessment of their possible and eventual consequences, which can only be accomplished in each concrete case. By its turn, Dworkin's law as integrity rejects the skepticism presupposed in both conceptions. In that sense, Dworkin tries to rescue the rationality of the legal adjudication process by indicating the existence of concrete standards that entail on judges the responsibility of finding the right answer.

In a similar way, three models of democracy are contrasted in the second chapter: the monolithic community conception, as formulated by Carl Schmitt; the procedural democracy, according to the theories of John Hart Ely and Jürgen Habermas; and, finally, the substantive constitutional model proposed by Dworkin. While Schmitt represents an authoritarian tradition, which identifies democracy with a strong political homogeneity based on the president's personality, Ely and Habermas stand for the procedural tradition of judicial review, which, with some variation, sustains that the Constitutional Courts' role is to assure the appropriate operation of the democratic process.

By its turn, the model of constitutional democracy proposed by Dworkin sustains that the political decisions should reflect equal concern and respect for all of the community's members. Political institutions, according to the North American jurist, are linked to certain substantive principles, so that the constitutionality of a norm or of a political act cannot be evaluated only from the point of view of procedural rules or according to the decision-maker's perspective. The respect to democracy, therefore, presupposes, not just that the legislative process conforms to procedural rules, but, essentially, that the result of that process reflects a commitment with egalitarian principles of political morality.

In the third and last chapter, endorsing Ronald Dworkin's theoretical proposals, the legitimacy conception that leads the analysis of the Supreme Federal Court's decisions is founded in two support points: (1) the model of substantive constitutional democracy, based on the conception of rights as political trumps that imposes constraints on the majority will and assure equal respect and concern for each member of the community; and (2) a theory of legal adjudication based on the concept of integrity, by which appropriate and legitimate grounds of judicial decisions should stand on arguments of principle founded upon a coherent interpretation of constitutional practice.

Endorsing the conception above, it is concluded through the analysis of some of the most important Supreme Federal Court's decisions in the years 1990-2005, that the court acts in a casuistically way, yielding, in a lot of occasions, to arguments that submit fundamental rights to concerns of pragmatic and consequential order. Thus, without supplying a consistent and open conception of democracy and without adopting a coherent line of argumentation and of observance of established principles in previous decisions, the political legitimacy of the Supreme Federal Court is thoroughly reduced. Hence, the tribunal becomes more vulnerable to political-majority interferences, disposed to follow circumstantial events in its decision-making process and, finally, less subject to popular control and public scrutiny. As it is involved in the production of conciliatory and convenient decisions that attend present-day interests, the tribunal acts without any rule, disrespecting principles and violating the integrity claims on legal adjudication.

Key-words: Supreme Federal Court; Constitutionalism; Democracy; Ronald Dworkin; Law as integrity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
 CAPÍTULO I – POSITIVISMO, PRAGMATISMO E INTEGRIDADE: CRÍTICA E RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS	
Introdução.....	10
PRIMEIRA PARTE – ADEUS AO POSITIVISMO JURÍDICO.....	12
1.1. O alvo das críticas.....	12
1.2. O direito como interpretação.....	13
1.3. Regras, princípios e direitos morais.....	23
1.4. Qual discricionariedade?.....	26
1.5. A resposta correta.....	30
SEGUNDA PARTE: O DIREITO COMO INTEGRIDADE E AS NECESSÁRIAS CRÍTICAS AO PRAGMATISMO JURÍDICO.....	38
2.1. A integridade e outras virtudes políticas.....	38
2.2. A comunidade de princípios.....	45
2.3. Hércules, Jobim e a fundamentação das decisões judiciais.....	62
2.3.1. O argumento Jobim e o pragmatismo cotidiano.....	63
2.3.2. As objeções de Hércules.....	69
3. Hércules respeita a democracia?.....	82
 CAPÍTULO II – A COMUNIDADE POLÍTICA, O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO E O DESAFIO DA DEMOCRACIA	
1. O desafio da democracia.....	84
2. A democracia comunitária monolítica.....	88
2.1. A crítica de Schmitt à democracia liberal.....	88
2.2. Homogeneidade política e o Presidente como defensor da Constituição.....	93
2.3. A democracia comunitária monolítica é uma boa interpretação da nossa prática constitucional?.....	100
3. A premissa majoritária e o modelo de democracia procedimental.....	108
3.1. Democracia e desconfiança.....	108
3.2. Três críticas a Ely.....	114
3.3. Política deliberativa e democracia radical em Habermas.....	130

4. Uma alternativa: a democracia constitucional substantiva.....	144
4.1. Comunidade e democracia.....	144
4.2. Democracia constitucional vs. três modelos concorrentes.....	148
5. Uma concepção de legitimidade.....	154

CAPÍTULO III – A LEGITIMIDADE POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

1. Introdução.....	156
2. Um ponto de partida: o Plano Collor.	157
3. Democracia e medidas provisórias.	163
3.1. Reedição de MP rejeitada pelo Congresso Nacional (ADIN n.º 293-7/1990).....	163
3.2. Reedição de MP não apreciada pelo Congresso Nacional (ADIN n.º 295-3/1990).....	165
3.3. Interpretação autêntica da ordem jurídica (ADIN n.º 605/1991).....	168
3.4. Proibição de concessão de liminares contra a Administração Pública (ADIN n.º 975/1993).....	172
3.5. Derrubada de veto presidencial pelo Congresso e reintrodução da matéria no ordenamento jurídico via medida provisória (ADIN n.º 1.330-1/1995).....	176
3.6. Não preenchimento dos requisitos de relevância e urgência (ADIN n.ºs 1.753-2/1998 e 1.910-1/1999).	178
4. Pragmatismo e <i>periculum in mora</i>	180
4.1. A teoria do risco bilateral e o exemplo paradigmático da incoerência entre as ADINs n.ºs 562/1991 e 605/1991.....	180
4.2. Distribuição do tempo de propaganda partidária nas eleições municipais de 1996 (ADIN n.º 1.408-1/1996).....	183
4.3. O bloqueio dos cruzados novos (ADIN n.º 534-1/1991).....	185
5. O STF e os direitos.	190
5.1. O IPMF – Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras e as garantias dos contribuintes (ADINs n.ºs 926-5/1993 e 939-7/1993).....	190
5.2. A contribuição dos inativos (ADIN n.º 2010/1999).....	194
5.3. Ainda a contribuição dos inativos (ADIN n.º 3105/2005).....	200
5.4. Reforma agrária, ocupação de terra e direito de manifestação (ADINs n.ºs 2213/2002 e 1969/1999).....	210
5.5. A crise energética e a proteção aos consumidores (ADC n.º 09/2001).....	221

5.6. Transportes públicos e direitos dos portadores de deficiência (ADIN n.º 903-6/1993).....	228
6. Considerações finais.....	232
CONCLUSÃO.....	238
REFERÊNCIAS.....	242
DECISÕES JUDICIAIS.....	247

INTRODUÇÃO

Instituição mais antiga do país, o Supremo Tribunal Federal – doravante denominado *STF* – nunca obteve tamanho destaque e visibilidade política quanto nos últimos anos. Com efeito, é notório que, se não todos, pelo menos uma parcela considerável dos mais relevantes e polêmicos temas discutidos na agenda política brasileira recente foram objeto de decisões do STF. Basta mencionar os conhecidos julgamentos em torno da constitucionalidade de medidas e políticas governamentais importantes, tais como o Plano Collor, as privatizações, o racionamento de energia, a instituição de novos tributos (tais como o IPMF e a CPMF), a Emenda da Reeleição, a contribuição previdenciária dos inativos e o foro privilegiado de autoridades públicas. Sem falar de outras questões, não menos relevantes, como o aborto de feto anencefálico, o nepotismo, os crimes hediondos, o direito de manifestação dos trabalhadores rurais sem-terra, o direito de greve dos servidores públicos e a reposição de perdas salariais nos períodos inflacionários.

Para se compreender melhor essa redefinição do papel político-institucional do STF, é importante considerar, inicialmente, que o aumento do poder judicial e a maior interferência dos juízes em questões políticas controversas constituem um fenômeno de escala global, cuja origem mais imediata remonta à configuração do modelo de Estado de bem-estar europeu. Grosso modo, pode-se afirmar que o cerne deste modelo situa-se na garantia de uma vasta rede de proteção estatal, que inclui serviços gratuitos e universais de educação, saúde, previdência e assistência social.

Assim, ao contrário do paradigma liberal clássico, assentado na idéia de liberdade como não interferência, no *Welfare State*, a autonomia é concebida de modo mais concreto, considerando-se a situação material em que vive o indivíduo. De acordo com essa perspectiva, um cidadão somente pode ser considerado livre e autônomo na medida em que lhe sejam asseguradas condições mínimas de subsistência. Por isso, a liberdade pressupõe aquela que é a mais eficaz estratégia para suplantar as desigualdades fáticas: a intervenção estatal nas relações sociais e econômicas. O Estado, então, converte-se em um importante ator social, garantidor da igualdade e de direitos sociais básicos, assumindo responsabilidades políticas e uma infinidade de obrigações para com os cidadãos.

A configuração do modelo de Estado de bem-estar traz consigo mudanças significativas na estrutura e na função que o direito exerce na sociedade. Isso ocorre, particularmente, por que a maior intervenção estatal na economia exige um correspondente aumento da regulamentação jurídica sobre a realidade social. Dessa maneira, a ampliação das funções do Estado, a necessidade de oferecer respostas rápidas às demandas sociais e, ainda, a crescente complexidade das questões, muitas vezes requerendo análises técnicas e especializadas, leva a uma diversificação das fontes de produção normativa. Ganham poder, aqui, as burocracias e as instâncias administrativas, que passam a deter competência para expedir instrumentos normativos – tais como portarias e decretos – a fim de regulamentar situações concretas e específicas.

Nesse contexto, no qual o que era de competência política do Legislativo converte-se em competência técnica das burocracias, a lei perde centralidade enquanto instrumento onipotente de imposição de obrigações e de direção da sociedade. O Legislativo, em consequência, cede lugar ao Executivo, poder que controla as burocracias e que possui melhores condições técnicas e administrativas para, exercendo as funções de planejamento, formulação e execução de políticas, apresentar propostas mais elaboradas e céleres às crescentes transformações da realidade social. Surge, finalmente, a crise do sistema representativo tradicional, isto é, dos partidos políticos e dos sindicatos. Essa crise resulta de um deslocamento da esfera política, que não mais se restringe ao âmbito legislativo ou ao âmbito da relação de trabalho, e, ainda, do surgimento de novos atores sociais, que aglutinam em torno de si demandas e interesses não privilegiados pela representação política tradicional.

Para completar o cenário traçado até aqui é importante considerar mais duas importantes inovações no contexto político-jurídico europeu da segunda metade do século XX. Nesse aspecto, não se pode ignorar que, apesar da proliferação de fontes de produção do direito e da perda de centralidade da lei enquanto instrumento privilegiado de regulamentação social, há um, por assim dizer, “contra-movimento” de revalorização do direito. Isto é, uma aposta no direito enquanto mecanismo capaz de imprimir uma efetiva transformação da realidade, submetendo o tecnicismo das burocracias e a lógica desagregadora do mercado ao controle de uma esfera pública atuante, regida por valores solidários e comprometida com a garantia de direitos fundamentais.

Sem dúvida, é esse o espírito que rege as chamadas “Constituições Dirigentes”. Típicas do Estado social, tais Constituições incorporam, entre seus dispositivos, verdadeiros programas de governo, isto é, um amplo rol de objetivos e finalidades que vinculam a atuação do Estado. Nesse sentido, as normas constitucionais dirigentes vão muito além do modelo constitucional do liberalismo – restrito à organização da estrutura do Estado e à previsão de alguns poucos direitos individuais – para impor a todas as instituições estatais o compromisso com normas-tarefa, que apontam para o futuro, isto é, para uma nova composição da realidade social. É o caso, para citar um exemplo extremo, da Constituição Portuguesa de 1976, que, em sua redação originária, previa a implantação gradual de um sistema socialista de governo.

O segundo ponto de apoio dessa revalorização do direito é a criação dos tribunais constitucionais – o que ocorreu em boa parte dos países europeus no pós-guerra – instituições responsáveis pela guarda da Constituição. O judiciário emerge, nesse contexto, como uma instância estratégica para o controle dos demais poderes e para a afirmação concreta das promessas constitucionais. Daí, por exemplo, a superação de uma série de obstáculos ao acesso à justiça e a amplitude conferida aos poderes das Cortes Constitucionais. Estes incluem, com algumas variações, o controle de constitucionalidade abstrato, concreto, por ação ou omissão e, até mesmo, como no caso de Portugal, o controle preventivo, isto é, de normas ainda não promulgadas.

São estes, em geral, os elementos que compõem o cenário político que favoreceu a ampliação do protagonismo dos juízes em boa parte dos países ocidentais. Em resumo, pode-se dizer que os tribunais constitucionais ganham força na exata medida em que se amplia o vazio deixado pela retração do legislativo e pela crise da representação política tradicional. Nesse contexto, não resta dúvida de que os novos atores sociais, amparados nos dispositivos programáticos das Constituições Dirigentes e na ampliação do acesso à justiça, encontram no judiciário um espaço adequado e estratégico para conferir visibilidade às suas reivindicações. Por sua vez, dada a maior indeterminação do direito e a existência de novos mecanismos de controle de constitucionalidade, os juízes obtêm maior autonomia para julgar de forma criativa, oferecendo novas interpretações e impondo aos demais poderes a observância dos parâmetros constitucionais.

No Brasil, a situação não é muito diferente da exposta acima. Com a redemocratização do país, na década de 1980, há uma reordenação da esfera política, de modo

que se ampliam, significativamente, as possibilidades de mobilização social. Assim, particularmente na Assembléia Constituinte, muitas das vozes reprimidas durante os anos de ditadura militar ganham força e expressão política, levando à esfera pública novas demandas e interesses. É essa a grande novidade do cenário político nacional pós regime militar: a democracia se sustenta em uma sociedade civil organizada e atuante, que busca novos mecanismos para afirmar direitos e superar as desigualdades sociais. Surgem, então, atores comprometidos com a democracia e que se opõem à tradição autoritária e conservadora predominante nas relações políticas.

E o grande trunfo ou, ainda, a principal estratégia destes novos atores é a própria Constituição de 1988. Uma Constituição Dirigente, nos moldes europeus, que fixa metas, objetivos e programas a serem atingidos pela ação dos governos e da sociedade, no sentido de melhoria das condições sociais e econômicas da população. Por sua vez, a desconfiança perante a atuação de legisladores e membros do poder Executivo resvala em uma série de inovações constitucionais que ampliam as possibilidades de luta por direitos. Daí, por exemplo, o fortalecimento do Ministério Público, a ampliação da legitimidade ativa no que concerne ao controle concentrado de constitucionalidade e a instituição de novas ações, tais como o mandado de injunção e a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Esse novo quadro institucional constitui a mola propulsora para uma espécie de deslocamento do centro de gravidade da democracia. O regime político brasileiro passa a girar em torno, não apenas da representação política tradicional, mas também do que se pode denominar de “representação funcional” (Vianna e Burgos, 2005, p. 01-08), isto é, de instituições como o Ministério Público e o Poder Judiciário. Trata-se de uma nova arena democrática, na qual se expressam muitos dos interesses que não são privilegiados ou não encontram guarida na esfera política legislativa.

Aliado às mudanças institucionais, é de se considerar que, também no Brasil, há uma crise dos partidos políticos e dos sindicatos. Esses atores não mais conseguem representar, na sua plenitude, os multifacetados interesses existentes na sociedade. Mais do que isso, o poder Legislativo perde espaço e autonomia para o Executivo, na medida em que se submete tanto às imposições quanto à agenda política determinada pelo Presidente da República. Basta lembrar do uso desenfreado de Medidas Provisórias e da prática, muito comum na política brasileira, de cooptação de congressistas e de partidos, cuja base de sustentação ideológica e eleitoral é

extremamente frágil, por meio do uso da máquina administrativa e da liberação de verbas e cargos públicos.

Por último, pode-se apontar como fator relevante as mudanças na composição dos tribunais e na mentalidade dos juízes. Pesquisas recentes (Cf., por exemplo, Vianna et al., 1997) apontam para a ampliação do número de mulheres entre os magistrados e, ainda, para uma renovação teórica, que, em maior ou menor grau, rompe com o formalismo exacerbado de tempos anteriores. Há, assim, uma “oxigenação” do judiciário que passa a incorporar novos membros e a lidar, em face do controle e da atuação da sociedade civil organizada, com temas relevantes de ordem política e constitucional.

É esse o contexto que possibilita a ampliação do protagonismo do Supremo Tribunal Federal. O controle concentrado de constitucionalidade, atividade precípua do STF, constitui-se, desse modo, como um espaço fundamental para a democracia. Vale dizer, uma esfera pública na qual, como já mencionado, foram – e, cotidianamente, são – discutidas e decididas boa parte das mais relevantes questões da agenda política do país. O problema evidente dessa redefinição de funções é o de que os julgamentos realizados na Corte Constitucional são proferidos por um número pequeno de juízes – no nosso caso, onze – os quais não são agentes públicos eleitos e legitimados, diretamente, pela vontade popular.

Eis, então, o problema: como estabelecer limites efetivos à atuação do STF, compatibilizando suas decisões com o princípio da separação de poderes e com o princípio majoritário? Dito de outro modo, até onde podem ir os juízes no exercício das funções de guarda e de defesa da Constituição? Qual o ponto que demarca o limite entre uma decisão judicial legítima e a interferência abusiva na esfera de competência das instituições republicanas? O que pode e o que não pode ser decidido pelos tribunais? Ou, ainda, o que torna legítima a atuação do Supremo Tribunal Federal?

Partindo dessas questões e considerando o contexto descrito acima, o objetivo deste trabalho é discutir e analisar a legitimidade política do Supremo Tribunal Federal, considerando sua atuação no período compreendido entre os anos 1990-2005. O problema-chave da pesquisa pode ser assim enunciado: *em que medida o aumento do poder da jurisdição constitucional e a maior interferência de decisões judiciais na esfera política do país, fruto da adoção do modelo de organização política estabelecido na Constituição Federal de 1988, foram acompanhados por uma correspondente ampliação da base de legitimação democrática dessa instituição?*

Para responder a esta pergunta é necessário, antes de tudo, formular uma concepção de legitimidade, apontando-se os elementos que devem condicionar a prática decisória do STF. Trata-se de elaborar um parâmetro de análise, isto é, um critério normativo em relação ao qual se possa afirmar que, quanto mais próximas a ele, mais as decisões da Corte serão consideradas corretas, justas e, enfim, legítimas. Somente assim, com uma definição clara a respeito de quais requisitos devem ser observados pelo tribunal, surge a obrigatoriedade e a validade de suas determinações.

Nessa perspectiva, cumpre ressaltar que uma concepção de legitimidade da jurisdição constitucional deve abranger, necessariamente, dois aspectos: uma *teoria da aplicação do direito* e um *modelo de democracia*. No que concerne ao primeiro ponto, trata-se de delinear uma teoria que forneça uma compreensão adequada da prática interpretativa do direito, apontando quais elementos podem tornar as decisões judiciais mais controláveis e previsíveis. Uma teoria da aplicação do direito deve apresentar uma concepção teórica a respeito da problemática da fundamentação e da racionalidade das decisões judiciais, delimitando critérios normativos capazes de nortear a análise concreta de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, em relação a este ponto, é preciso levar em conta temas como a discricionariedade dos intérpretes, a possibilidade de uma resposta correta, quais tipos de argumentos podem ser utilizados nas decisões judiciais e, ainda, em que medida os juízes estão adstritos à legislação e aos precedentes.

Em segundo lugar, a legitimidade da jurisdição constitucional depende de um *modelo de democracia*, que expresse alguma concepção do que seja um governo do povo e para o povo. A questão aqui é como conciliar a atuação dos tribunais com o princípio majoritário. Dito de outra forma, trata-se de enfrentar a tensão entre constitucionalismo e democracia ou, ainda, entre direitos fundamentais e soberania popular. A depender da concepção adotada – isto é, de qual modelo concebemos como o mais adequado – a atuação do STF poderá ser encarada sob pontos de vista diferentes. Assim, por exemplo, modelos diversos podem atribuir maior ou menor peso aos direitos fundamentais, de modo que o tribunal tenha, respectivamente, mais ou menos possibilidades de controlar os atos e as omissões das maiorias eventualmente eleitas.

Esses dois pontos de apoio da concepção de legitimidade da jurisdição constitucional serão discutidos a partir de conceitos e categorias elaborados pelo jurista norte-americano Ronald Dworkin. É na obra desse conhecido autor que se situa o marco teórico desta

pesquisa, isto é, o ponto de partida epistemológico no qual se fundam os principais conceitos e categorias utilizadas. Essa escolha decorre da convicção – a ser comprovada ao longo do trabalho – de que, nos escritos de Dworkin, encontram-se os melhores fundamentos para o debate a respeito da legitimidade da jurisdição constitucional no país.

Dessa maneira, tomando as categorias dworkinianas como referencial teórico, no primeiro capítulo, serão contrapostas três diferentes teorias da aplicação do direito: o positivismo jurídico, o pragmatismo e o direito como integridade. Enquanto o primeiro modelo sustenta que a decisão judicial é fruto de um ato discricionário – e, portanto, não controlável – dos juízes, o segundo aponta que não existem critérios *a priori* para se avaliar a correção de uma decisão. De acordo com os autores pragmáticos, o único critério aceitável para a tomada de decisões judiciais é a avaliação das suas possíveis e eventuais conseqüências, o que só pode ser realizado em cada caso concreto.

Por sua vez, o direito como integridade rechaça o ceticismo pressuposto em ambas as concepções. Dworkin, nesse sentido, busca resgatar a racionalidade do processo hermenêutico, demonstrando a existência de critérios concretos que impõem ao juiz a responsabilidade de encontrar a resposta correta. Derivada do princípio de igual consideração e respeito, a integridade exerce aqui papel fundamental, na medida em que convida os juízes a expor de forma clara e aberta os reais fundamentos de suas decisões, exigindo, ainda, o respeito aos precedentes e a extensão, para casos similares, de princípios reconhecidos em decisões anteriores.

Da mesma forma, no segundo capítulo, serão contrapostos três modelos de democracia: a concepção comunitária monolítica, tal como formulada por Carl Schmitt; a democracia procedimental, conforme as teses de John Hart Ely e Jürgen Habermas; e, por último, o modelo constitucional substantivo proposto por Dworkin. Enquanto Schmitt representa uma tradição autoritária, que identifica a democracia com uma forte homogeneidade política centrada na pessoa do Presidente da República, Ely e Habermas representam a tradição procedimentalista do controle de constitucionalidade. Embora com algumas distinções, pode-se dizer que ambos os autores – Ely e Habermas – sustentam que o papel da jurisdição constitucional é garantir o adequado funcionamento do processo democrático, protegendo os canais de mudança política, bem como as condições que asseguram o acesso igualitário ao processo de deliberação pública.

Já o modelo de democracia proposto por Dworkin sustenta que as decisões políticas devem refletir igual consideração e respeito por todos os membros da comunidade. As

instituições estatais, segundo o jurista norte-americano, estão vinculadas a determinados princípios substantivos, de maneira que a constitucionalidade de uma norma ou de um ato político decisório não pode ser avaliada apenas sob o prisma do procedimento ou do autor da decisão. O respeito à democracia, portanto, pressupõe, não apenas a regularidade do processo legislativo, mas, essencialmente, que o resultado desse processo reflita um compromisso com princípios igualitários de moralidade política.

Tanto no primeiro quanto no segundo capítulo, pretendo demonstrar por que a integridade e o modelo de democracia constitucional substantiva devem ser acatados pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões. Com esse intuito, o trabalho se fundamenta em um modelo *constutivo* de interpretação e de metodologia jurídicas. Esse termo, tal como o define Dworkin, reflete a concepção de que a atividade de pesquisa em direito é uma prática essencialmente argumentativa, que demanda por um posicionamento exposto a respeito de complexas questões morais e políticas em relação às quais é inevitável que interfiram os propósitos e intenções do sujeito. De acordo com essa perspectiva, pode-se dizer que a finalidade precípua deste trabalho consiste em fornecer a melhor interpretação possível da prática constitucional brasileira – e não apenas, tal como em um paradigma positivista, em descrever, de forma neutra e sistemática, os possíveis sentidos das normas jurídicas que regem a atuação do STF.

Assim, a argumentação será desenvolvida por etapas, a partir do confronto direto entre teorias políticas que apresentam concepções divergentes a respeito da legitimidade da jurisdição constitucional. Trata-se, em termos concretos, de interpretar, de um lado, a prática jurídica brasileira e, de outro, o referencial teórico adotado, verificando em que medida a proposta de Dworkin, quando em comparação com outros modelos teóricos, (1) ajusta-se à nossa prática de modo mais adequado; e (2), em termos substanciais, fornece a melhor interpretação possível de sua estrutura, constituindo, enfim, um instrumental apropriado para os objetivos da pesquisa.

Sem querer alongar demais esta introdução, é bastante dizer que, feitas essas reflexões nos dois primeiros capítulos, a concepção de legitimidade que será utilizada como parâmetro para a análise das decisões do STF no terceiro e último capítulo, subscrevendo, como dito, as propostas teóricas de Ronald Dworkin, funda-se em dois pilares básicos:

(1) um modelo de democracia constitucional substantiva, pautado na idéia de direitos como trunfos políticos que impõem limites à vontade da maioria e asseguram a cada membro da comunidade igual consideração e respeito; e

(2) uma teoria da aplicação do direito estruturada sobre o conceito de integridade, segundo o qual uma fundamentação adequada e legítima das decisões judiciais deve recorrer a argumentos de princípio, fundados em uma interpretação coerente da prática constitucional.

Em resumo, pode-se dizer que o objetivo central da pesquisa é verificar em que medida algumas das mais importantes decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no período 1990-2005 se aproximam dos modelos de democracia e de decisão judicial propostos como os mais corretos; ou, em sentido contrário, distanciam-se dessa concepção normativa de legitimidade ao subscrever ou pressupor modelos concorrentes.

As conclusões – como se poderá verificar, com mais detalhes, ao final – não são das mais animadoras. O Supremo Tribunal Federal, no período analisado, não assumiu, de forma alguma, uma postura de compromisso com os direitos fundamentais. Muito pelo contrário, a Corte, em geral, atua de modo pragmático, desrespeitando precedentes e recorrendo a argumentos consequencialistas meramente especulativos, sem expressar, em suas decisões, uma linha coerente de argumentação. Nesse contexto, no qual os direitos não são levados a sério, a legitimação democrática do tribunal resta comprometida e, junto a ela, a própria legitimidade da ordem jurídica brasileira.

CAPÍTULO I

POSITIVISMO, PRAGMATISMO E INTEGRIDADE: CRÍTICA E RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Introdução

Neste capítulo, analiso três modelos diferentes de teoria da aplicação do direito: o positivismo jurídico, o pragmatismo e o direito como integridade. O objetivo é expor a teoria de Dworkin – o direito como integridade – contrapondo-a aos principais modelos teóricos com os quais o jurista norte-americano dialoga. A escolha desses três modelos se pauta, também, na idéia de que, longe de um debate entre concepções alienígenas, estranhas à prática judicial brasileira, todas elas, explícita ou implicitamente, influenciam e são utilizadas, no dia-a-dia, para sustentar muitas das decisões tomadas pela jurisdição constitucional no país. Confrontar tais teorias, portanto, é um passo central na busca por critérios normativos que sirvam como instrumento de análise – ao lado da concepção de democracia constitucional substantiva, a ser discutida no próximo capítulo – das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Para a mais conhecida dessas correntes, o *positivismo jurídico*, a decisão judicial é fruto de um ato de vontade, uma escolha valorativa e discricionária efetuada pelo juiz, em relação à qual não existe objetividade ou controle racional possíveis. De modo que o positivismo jurídico não fornece nenhum critério concreto para a avaliação da legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal. Apesar dessa limitação – na verdade, uma auto-limitação – da teoria jurídica, a análise do positivismo jurídico é muito importante por duas razões. Primeiro, porque toda a proposta de Dworkin se constitui a partir de um diálogo crítico com o positivismo jurídico, de maneira que não seria possível falar de um sem mencionar o outro. Segundo, e mais relevante, se as teses positivistas estiverem corretas – ou seja, se não existe racionalidade possível nas decisões judiciais – então este trabalho corre o risco de ter que parar por aqui. Afinal, se toda decisão é discricionária e subjetiva, como identificar os eventuais erros e acertos, elaborar críticas ou, ainda, defender a necessidade de reformulações nos posicionamentos adotados pelo tribunal?

Já o *pragmatismo jurídico*, fundado em pressupostos empiristas, nega a possibilidade de se avaliar a veracidade de uma ação em termos teóricos e/ou metafísicos. De

acordo com essa tese, não existem verdades absolutas que possam ser expressas em conceitos gerais e abstratos aplicáveis aos casos concretos. O ceticismo pragmatista sustenta, assim, que há somente um critério capaz de orientar as decisões judiciais: as conseqüências. É somente a maior ou menor utilidade de determinado ato, variável de acordo com o contexto e as circunstâncias, que pode justificar sua adoção ou rejeição. Embora pouco conhecido e estudado na doutrina brasileira, o pragmatismo jurídico é muito difundido na nossa prática judicial, encontrando amparo em muitas das decisões do STF. Por enquanto, o que nos interessa – valendo-se de um termo que não agradaria muito aos autores pragmatistas – é o aspecto normativo da teoria, cuja problemática pode ser, pragmaticamente, formulada da seguinte forma: quais as conseqüências de se adotar as conseqüências como critério essencial para a tomada de decisões judiciais?

Finalmente, o *direito como integridade*, tal como será demonstrado, constitui a teoria mais adequada à nossa prática constitucional, fornecendo, a partir de uma crítica às duas concepções mencionadas acima, conceitos fundamentais para se pensar a legitimidade política da jurisdição constitucional brasileira. Contra a discricionariedade positivista, Dworkin descreve elementos que condicionam o processo decisório e impõem ao juiz a responsabilidade de optar pela decisão correta. Contra o pragmatismo, emerge um discurso cuja pedra de toque é a garantia de direitos contra-majoritários, trunfos políticos que não podem ser submetidos a considerações de ordem utilitarista ou conseqüencialista. Fundada em um ideal de igualdade, a concepção de Dworkin sustenta que as decisões judiciais devem recorrer a argumentos de princípio – isto é, argumentos que reconhecem e asseguram direitos individuais ou de um grupo – frutos de uma interpretação coerente da prática jurídica como um todo.

Este capítulo se divide em duas partes. Na primeira, *adeus ao positivismo jurídico*, serão analisados os pressupostos teóricos da concepção de Dworkin, formulados a partir de uma crítica radical ao positivismo jurídico. Segundo pretendo demonstrar, a crítica de Dworkin ao positivismo rompe com todos os princípios reitores dessa concepção teórica, assentando-se: (1) na redefinição do direito como uma prática essencialmente interpretativa, (2) no resgate da razão prática como elemento constituinte do conhecimento sobre o direito e (3) no empenho em formular elementos capazes de assegurar a racionalidade do processo hermenêutico.

A segunda parte, *o direito como integridade e as necessárias críticas ao pragmatismo jurídico*, tem como objetivo delimitar, com mais detalhes, a teoria da aplicação do direito de Dworkin, expondo seus conceitos mais importantes a partir de uma contraposição – e

também uma forte crítica – ao pragmatismo jurídico, na versão proposta por Richard Posner, cujos pontos centrais são também defendidos pelo Ministro do STF, Nelson Jobim.

PRIMEIRA PARTE: ADEUS AO POSITIVISMO JURÍDICO

1.1. O alvo das críticas

“O direito é o direito”.¹ Assim, nessas cinco palavras, podem ser resumidas as teses positivistas. O direito é o que está expressamente previsto em um catálogo de regras, postas por alguma autoridade que, por sua vez, também seguiu o que determinavam outras regras. Compreender o direito é, de acordo com essa perspectiva, uma simples questão empírica, de buscar o que, de fato, foi decidido pelos órgãos e instituições estatais.²

A partir desta primeira definição, podem ser apontadas três características centrais das teses positivistas:

a) *Teoria semântica e pureza do direito* – Se o direito é uma simples questão de fato, então o papel do jurista é tão-somente descrever, como um observador imparcial, o que foi decidido pelas autoridades competentes e formular quais os critérios semânticos adequados para identificar o que seja ou não o direito, distinguindo-o da moral e da política. Daí que, para o positivismo, somente podem ser classificadas como divergências jurídicas aquelas que decorrem de *juízos de fato* sobre o que o direito é. Muitas discussões, tais como as que ocorrem nas decisões judiciais, estariam fundadas em torno – não do que é o direito – mas do que este deveria ser, em *juízos de valor*.

b) *Os direitos e as obrigações jurídicas decorrem apenas das regras* – Alguém tem um direito ou obrigação jurídica apenas se estes forem expressamente previstos em regras jurídicas. Tais regras podem ser identificadas e diferenciadas de outros tipos de regras (morais,

¹ A expressão é utilizada por Dworkin (1986, p. 140), quando, na seguinte passagem, descreve o positivismo jurídico: “O direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política”. E, mais adiante, ressalta que essa idéia “significa algo mais que uma banalidade; representa uma atitude que é importante e aberta ao desafio. Ei-la: a força coletiva só deve ser usada contra o indivíduo quando alguma decisão política do passado assim o autorizou explicitamente, de tal modo que advogados e juízes competentes estarão de acordo sobre qual foi a decisão, não importa quais sejam suas divergências em moral e política”.

² A caracterização do positivismo, aqui realizada, parte da leitura e da interpretação que Dworkin propõe a respeito dessa conhecida corrente da filosofia do direito. Embora Herbert Hart seja o autor positivista que Dworkin toma como referência, ao longo do texto, sempre que possível, estendo algumas das críticas a Kelsen e Bobbio. O objetivo central do capítulo, contudo, não é analisar, com detalhes, as obras destes autores, mas, sim, demonstrar como se configura e como se constitui o pensamento de Dworkin a partir de suas críticas ao positivismo jurídico.

por exemplo) com o auxílio de um teste formal relativo à maneira pela qual foram formuladas e adotadas.

c) Discricionariedade judicial – Quando um caso não é acobertado por nenhuma regra jurídica ou quando as regras aplicáveis são ambíguas, a autoridade responsável deve decidir discricionariamente, ou seja, de acordo com seu discernimento pessoal e recorrendo a padrões extra-jurídicos – valorativos e, por isso, não controláveis – a fim de formular uma nova regra ou complementar uma existente. Nessas hipóteses, não se pode falar em direitos ou obrigações anteriores à decisão.

Dworkin se contrapõe a cada uma dessas teses, demonstrando as suas falhas e insuficiências. Desse modo, (1.2.) conceitua o direito como uma prática interpretativa e argumentativa; (1.3.) afirma que o direito é composto tanto por regras como por princípios ou, ainda, tanto por direitos jurídicos como por direitos morais; (1.4.) nega a tese positivista da discricionariedade judicial; e (1.5.) defende que os juízes devem, mesmo nos casos difíceis, buscar a resposta correta. A seguir, serão analisadas essas críticas e suas respectivas alternativas ao positivismo jurídico.

1.2. O direito como interpretação

A exposição das críticas de Dworkin ao positivismo, remete-nos, inevitavelmente, à clássica pergunta sobre o que é o direito. A resposta a essa questão pode ser encontrada a partir de uma análise da *natureza das discussões jurídicas*. Ou seja, que tipo de divergência se trata quando discutimos algum problema jurídico como, por exemplo, se o aborto é ou não justo, se as ocupações de terra em prol da reforma agrária são legais ou ilegais, se é correto ou não o reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo ou, ainda, se uma medida provisória pode proibir a concessão de liminar contra determinado plano econômico.

Para o positivismo, essas divergências somente podem ser entendidas como “jurídicas”, se delimitadas como controvérsias de natureza *empírica*, ou seja, sobre *o que foi posto pela autoridade soberana* em conformidade com uma regra que fixa os procedimentos legislativos. Por outras palavras, o que está, de fato, dado ou expresso na lei. Tudo o que transcende esse patamar – dos juízos de fato que descrevem o direito posto – vai além do direito, é matéria de política jurídica ou de moral, campo propício para a subjetividade e discricionariedade dos intérpretes. A atividade jurídica propriamente dita, enfim, resume-se aos

juízos de fato, de modo que quando os juízes decidem casos difíceis como os mencionados acima, eles adentram o campo dos atos de vontade e dos juízos de valor, criando uma nova norma capaz de preencher uma “lacuna” no sistema jurídico ou “reformular” uma norma positivada.

O cerne do positivismo jurídico, nesse aspecto, encontra-se na pretensão de demarcar, em termos semânticos, o campo dos estudos jurídicos, diferenciando-o de outras esferas do saber e distinguindo a atuação do “cientista do direito” da atuação dos “juristas práticos” e dos cidadãos em geral. Com esse intuito, são estabelecidas as condições nas quais as proposições jurídicas podem ser enunciadas científica e objetivamente, constituindo-se enquanto enunciados verificáveis e, por conseguinte, controláveis. Surge aqui toda uma preocupação com o rigor da linguagem e com a coerência lógica dos enunciados jurídicos, de forma que, do outro lado da *cerca* que fixa as *fronteiras semânticas* do discurso científico – ou seja, indo de encontro às prescrições da metalinguagem que estatui *as regras do jogo* – situam-se os discursos subjetivos, não-controláveis e, por isso, sem significação jurídica, dos mitos, da política, da metafísica e da moral. Como consequência, tem-se que enquanto a ciência jurídica e o discurso jurídico significativo – isto é, aquele que é empírica ou logicamente verificável – se movem dentro das fronteiras, o processo de aplicação do direito – e, na prática, a maior parte das discussões jurídicas – situam-se fora delas.³

Como explica Warat, no cerne desse modelo epistemológico está uma

[...] preocupação em encontrar critérios de demarcação, regras de significação, que permitam decidir quais são as expressões que se consideram significativas [...], [estabelecendo-se o limite] entre o *sentido* e o *sem-sentido*. São propostas estabelecidas por uma metalinguagem, que serve para delimitar *de fora* o campo dentro do qual a linguagem que constitui uma teoria social pode ser usada com eficácia, vale dizer, com suficiente força explicativa em relação ao comportamento social, para além do qual começa a operar a serviço de um uso lingüístico diferente: o persuasivo ou retórico. (Warat, 2004, p. 221). (grifei).

Essa preocupação é nítida, por exemplo, em Kelsen (1998, p. 80-84), quando ele limita a atuação da ciência jurídica à formulação, e organização em um sistema harmônico, de

³ Compreende-se, nesse contexto, o fato dos autores positivistas, corriqueiramente, desqualificarem seus críticos, mencionando o sincretismo metodológico de seus estudos ou, ainda, o caráter ideológico de suas propostas teóricas. É como se dissessem: “o seu discurso está do outro lado da cerca; ultrapassou as fronteiras”. Ou ainda: “você está desrespeitando as regras do jogo”. Nas significativas palavras de Moritz Schilick, um autor neopositivista do Círculo de Viena, citado por Vladimir Luz (2003, p. 18): “O que o empirista diz ao metafísico não é: ‘as tuas palavras não afirmam nada’. Não o contradiz, mas afirma: ‘não compreendo o que queres dizer’”. No mesmo sentido, Leonel Severo Rocha (1998, p. 23) acentua que, para o positivismo lógico, “todo o enunciado que não possa passar pelo critério semântico de verificação não teria sentido”.

proposições jurídicas descritivas, cuja veracidade depende da correspondência do seu enunciado com a norma-objeto descrita. Qualquer discurso assentado em premissas valorativas, segundo Kelsen, não pode ser enunciado, nem pode ser compreendido, como um discurso jurídico-científico – ou, na expressão de Warat, um discurso *com sentido* –, não só por que carente de objetividade, mas também pelo fato de não ter por objeto o “direito”, isto é, a norma positivada.

Assim, quando temos uma divergência profunda sobre determinada proposição – em torno da constitucionalidade do aborto, por exemplo – isso decorre não de uma controvérsia sobre *o que é o direito de aborto*, mas, sim, uma divergência em torno *do que deveria ser o direito de aborto*. Portanto, as cercas semânticas que demarcam o âmbito significativo do jurídico afirmam o direito como uma simples questão de fato, uma questão de simetria entre as proposições e o direito posto. Do outro lado da cerca, encontram-se todas as proposições sem-sentido, que não apenas descrevem as normas, mas prescrevem alguma modificação no direito a partir de algum critério ideológico ou valorativo.

De um modo mais sofisticado, essa concepção encontra amparo também na obra de Bobbio. Para este autor, o valor científico de um estudo depende do uso de uma linguagem mais rigorosa do que a linguagem comum. E uma linguagem somente se constitui enquanto “rigorosa” na medida em que (1) sejam definidas todas as regras de uso das palavras que compõem seus enunciados, e (2) sejam estabelecidas todas as regras pelas quais, das proposições primitivas, podem-se deduzir e derivar outras proposições. Com a observância de tais regras – de formação e de transformação dos enunciados – a ciência se apresenta como um sistema fechado e coerente de proposições definidas, de maneira que a função da ciência jurídica é proceder a uma *sistematização* rigorosa do discurso do legislador, *purificando* e *integrando* (no sentido de completar) a linguagem utilizada nas normas jurídicas. (Bobbio, 1980, p. 182-196).

Decorre daí que, para Bobbio, as divergências jurídicas devem ser reconhecidas como disputas acerca de quais regras semânticas são utilizadas na definição de determinado conceito. Boa parte das discussões – tal como no caso do aborto – seria resolvida, nesse sentido, se os participantes percebessem que estão utilizando regras semânticas diferentes. Por isso, para se iniciar uma discussão e para se chegar a algum tipo de entendimento, é imprescindível estar de acordo, como uma premissa aceite por ambos os lados, de qual ou quais regras de formação e transformação das proposições podem ser aplicadas ao caso.

Depurar e tornar rigorosa a linguagem, portanto, é a única forma, segundo o autor, de garantir a viabilidade das discussões, evitando-se que os participantes utilizem linguagens (ou seja, regras semânticas) diferentes e, enfim, que os debates sejam intermináveis e estéreis. Afinal, “[...] enquanto acreditam falar a mesma linguagem, disputam entre si como se houvesse uma possibilidade abstrata de chegar a um entendimento, enquanto o entendimento só é possível se, desde o princípio, puserem-se de acordo em adotar as mesmas regras [...]” semânticas de formação e transformação dos enunciados (Bobbio, 1980, p. 189).

Assim, por exemplo, as controvérsias quanto à constitucionalidade do aborto são controvérsias *sem-sentido*, já que decorrem dos usos diferenciados que as partes – ao se valerem de uma linguagem comum, sem preocupação com o rigor lógico-conceitual – atribuem às expressões “liberdade” e “vida”. Tudo não passa, enfim, de um mero e equivocado jogo de palavras, algo como uma disputa entre atribuir ou não o termo “calvo” a alguém que ainda possui alguns poucos fios de cabelo.

Em síntese, pode-se dizer que o positivismo, enquanto teoria semântica, possui três características fundamentais: (1) a delimitação do âmbito significativo do discurso jurídico (o dos juízos descritivos enunciados em uma linguagem rigorosa); (2) a crença de que tudo o que transcende esse patamar, isto é, tudo o que se situa do outro lado da fronteira, não possui relevância ou sentido jurídico, seja em virtude de se tratar de uma discussão estéril na qual os participantes adotam regras semânticas diferentes (ausência de rigor), seja porque recorrem a juízos valorativos (não verificáveis); (3) a definição do direito como simples questão de fato, uma vez que a delimitação epistemológica positivista pressupõe a noção do direito como algo posto pela autoridade soberana conforme os procedimentos legislativos.

Como afirma Dworkin (1986, p. 41),

As teorias semânticas mais influentes sustentam que os critérios comuns levam a verdade das proposições jurídicas a depender de certos eventos históricos específicos. Essas teorias positivistas, como são chamadas, sustentam o ponto de vista do direito como simples questão de fato, aquele segundo o qual a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas.⁴

⁴ Dada a quantidade de livros e artigos citados ao longo da dissertação, as referências a Dworkin, mesmo quando utilizadas traduções para o português ou espanhol, serão feitas pelo ano de publicação original. Além disso, todas as traduções para o português dos textos em inglês ou espanhol – cujo trecho original sempre será reproduzido em nota de rodapé – são minhas.

Assim, em termos mais concretos, a proposição jurídica “a aposentadoria será compulsória aos setenta anos” é verdadeira, segundo o esquema positivista, em virtude do evento histórico da promulgação da Constituição Federal de 1988. É a famigerada justificativa do “é-assim-porque-está-na-lei”. O jurista, nessa perspectiva, apenas descreve, em uma linguagem rigorosa, o que está previsto nos diplomas legais, sendo suficiente para sustentar seus argumentos a referência a alguma regra jurídica. A lei vale pelo simples fato de ser a lei.

O problema e as limitações das teses positivistas começam a se delinear, quando se percebe que nem todas as proposições jurídicas – mesmo no caso da aposentadoria compulsória sua validade é questionável – podem ser explicadas e justificadas, de modo convincente, com esse esquema simplório. Tome-se como exemplo a seguinte proposição: “as ocupações de terra realizadas por movimentos de luta pela reforma agrária são constitucionais”. Segundo Dworkin (1985, p. 218), se uma assertiva como esta é verdadeira

[...] não pode ser por causa do texto da Constituição nem de decisões anteriores dos tribunais, porque juristas razoáveis, que sabem exatamente o que diz a Constituição e o que fizeram os tribunais, ainda assim podem discordar [*e, nesse caso, realmente discordam*] quanto a ser ou não verdade.

Questiona-se, então: que tipo de divergência é esta? Quando os juízes e os juristas assim procedem, eles estão realmente tendo uma divergência de ordem empírica? Quer dizer, a controvérsia gira apenas em torno da questão fática sobre o que está na Constituição ou sobre os critérios semânticos utilizados para realizar essa identificação? É possível e aceitável circunscrever o “jurídico” às questões de fato, tachando de disputas morais e políticas tudo o que transcende essa esfera? Essa é uma boa representação da nossa prática jurídica? Como explicar todas as profundas discordâncias que as pessoas têm quanto a temas como o da ocupação de terra? Tudo não passa de um mero jogo de palavras? Uma divergência verbal, fruto de um mal-entendido semântico?

Dworkin refuta o positivismo jurídico, afirmando que as controvérsias jurídicas não são de ordem empírica, mas, na maior parte das vezes, de *natureza teórica*. Trata-se de uma discordância quanto aos *fundamentos do direito*, ou seja, em relação àquilo que a lei realmente significa. E essa, veja bem, não é uma questão de definição semântica neutra, nem é um *caso limítrofe ou excepcional* – uma zona nebulosa – dos usos da expressão “direito”. Um debate sobre as ocupações de terra não é – ou, pelo menos, não pode ser adequadamente representado

como – um mero e simplório problema verbal de estender ou limitar o conceito de “direito de manifestação”, tal como seria usar a expressão “casa” para designar ou não um “palácio”. Muito pelo contrário, a questão é mais bem representada como um *caso essencial*, envolvendo um embate profundo entre princípios morais substantivos e teorias políticas divergentes, cujo cerne é a própria compreensão de cada um sobre o que é o direito de manifestação. Segundo Dworkin, o positivismo interpreta mal a prática jurídica exatamente nesse sentido, pois as divergências referem-se àquilo

[...] que torna uma proposição jurídica verdadeira, não somente na superfície, mas em sua essência também. Os casos que apresentamos como exemplos foram compreendidos por aqueles que os discutiram nos tribunais, salas de aula e revistas de direito como casos centrais que punham a prova princípios fundamentais, e não como casos dúbios que pediam apenas a demarcação mais ou menos arbitrária de uma linha divisória. (Dworkin, 1986, p. 52).

Assim, para aqueles que defendem as ocupações de terra como um ato constitucional (e vice-versa), qualquer outra interpretação é, na sua essência, equivocada, revelando uma manifesta incompreensão sobre o que, efetivamente, é o direito de manifestação. A objeção de Dworkin dirige-se, então, ao cerne da proposta positivista, pondo em questão a possibilidade de se estabelecer “fronteiras” dentro das quais o debate sobre as questões jurídicas poderia (“objetivamente”) se desenvolver. Ora, para Dworkin, e a prática jurídica confirma suas teses, a moral e a política – e boa parte do que, para o positivismo, situava-se do outro lado da cerca – são *elementos constitutivos do direito*, de forma que para saber o que é o direito, para responder às mais elementares e importantes questões jurídicas, precisamos recorrer – e assim sempre fazemos – a padrões morais e políticos.

De imediato, surgem duas importantes conseqüências. *Primeiro*, a impossibilidade tanto de um discurso jurídico enunciado em uma linguagem depurada e rigorosa como, também, um discurso descritivo, fundado na verificação lógico-empírica ou, mais precisamente, na simetria entre seu conteúdo e as prescrições da norma-objeto. Afinal, toda proposição jurídica se constitui de “mãos dadas”, intrinsecamente entrelaçada, com valores morais e concepções políticas. *Segundo*, a ampliação do “jurídico”, eliminando, por exemplo, a separação entre os planos da interpretação da ciência jurídica e dos órgãos aplicadores do direito. Essa ampliação traz para o âmbito do direito boa parte da nossa prática interpretativa, representando melhor aquilo que, diariamente, fazemos. De fato, estamos sempre debatendo casos e questões que,

embora nos pareçam fundamentais, para o positivismo, curiosamente, não são “jurídicos”, não têm valor algum para o direito.⁵

Um exemplo pode tornar mais claro essas idéias. Uma discussão conhecida na filosofia jurídica é aquela em torno de se os juízes *criam* ou apenas *descobrem* e *aplicam* o direito (Dworkin, 1986, p. 09). Ora, essa controvérsia pressupõe a concepção do direito como simples questão de fato. É como se houvesse um *consenso semântico prévio* sobre o que é o direito posto pela autoridade soberana, de modo que, *na hipótese de criação*, os juízes estariam ampliando ou inovando este consenso anterior e, *na hipótese de descoberta*, estariam mecanicamente aplicando o direito posto.

É assim que se aprende nas faculdades e é assim que muitas vezes nos parece que ocorre. Mas se olharmos a questão com mais profundidade veremos que não existe – pelo menos em muitas ocasiões – esse “consenso prévio” sobre o que seja o direito ou sobre o sentido emanado da lei. As discussões jurídicas não se dão além do direito ou após a definição do que seja o direito em um acordo semântico, mas, sim, e precisamente, em torno dos próprios fundamentos e do conteúdo do direito. Por outras palavras, quando os juristas discutem não estão se referindo a se o direito deve ser reformado ou aplicado como ele é. Estão divergindo sobre *o que é o direito*. Sobre o que cada um vislumbra como a resposta mais adequada ao problema.

Dessa maneira, o debate sobre se os juízes em determinado caso criaram ou não normas jurídicas é, na verdade, uma controvérsia em torno da *melhor interpretação* do conflito e das regras em questão. Se alguém acha que determinada juíza criou direito quando, por exemplo, permitiu a realização de um aborto de feto anencefálico, é porque acreditava que o aborto era, antes da decisão, ilegal e contrário a princípios morais que considera importantes. Da mesma forma, alguém que entenda que essa autorização é constitucional, em decorrência, por exemplo, do direito de liberdade assegurado no art. 5º, da CF e de outros princípios morais substantivos, verá a decisão como mera descoberta ou aplicação do direito vigente.

⁵ Segundo Kelsen (1998, p. 396), “um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, de entre as várias interpretações possíveis, como a única acertada, não realizam uma função jurídico-científica, mas uma função jurídico-política (de política jurídica)”. Para Dworkin, essa distinção entre as interpretações da ciência do direito – um discurso científico, rigoroso, elaborado de acordo com as “regras do jogo” – e dos juristas práticos, tais como juízes, advogados e até cidadãos em geral, não faz nenhum sentido. Afinal, somos todos (“práticos” e “teóricos”) jogadores de um mesmo jogo. As “cercas semânticas” foram, definitivamente, cortadas... Cf. o tópico abaixo sobre *a resposta correta*.

Como se observa, a discussão não é propriamente se os juízes criam ou não direito. Ao contrário, ela se remete a qual é a melhor interpretação substantiva do caso e quais são os melhores fundamentos jurídicos, morais e políticos para sustentar a decisão. É essa divergência de fundo que, muitas vezes, resta encoberta por discussões de ordem semântica e gramatical. Não por outro motivo, decisões progressistas, em regra, são tachadas, de forma pejorativa, de “invenção” do direito, enquanto decisões conservadoras são legitimadas com o discurso da mera aplicação do direito vigente: *dura lex, sed lex*. A lei é dura, mas é a lei...

Assim, boa parte das divergências jurídicas é de natureza teórica. Quando discutimos alguma questão estamos em desacordo sobre qual a *melhor interpretação* para aquele caso. O que está em jogo, portanto, não é a reforma ou a aplicação da lei vigente, mas um debate em torno do que é a lei ou, como no exemplo, do que é o direito de manifestação. Não se trata de uma divergência semântica superficial, mas uma divergência profunda quanto aos próprios fundamentos do direito.

Pode-se afirmar, neste ponto, que Dworkin situa sua concepção de direito no âmbito da *pragmática*, isto é, “da relação dos signos com seus usuários” (Chueiri, 1995, p. 102) e não apenas no âmbito semântico, isto é, da relação entre os enunciados e a realidade fática dos objetos.⁶ Por isso, para Dworkin, o discurso jurídico não pode ser reduzido à elaboração de uma linguagem depurada, sistemática, como um fim em si mesmo. Esse objetivo cede lugar a uma preocupação com os efeitos e com as relações geradas entre os discursos e os próprios participantes da prática jurídica. Uma decisão judicial, conforme esse ponto de vista, não pode ser analisada sob o prisma do rigor da linguagem – como fazem os positivistas, ao lhe atribuir a pecha de *sem-sentido* – mas deve se pautar, essencialmente, na sua *dimensão moral*, presente, v.g., na injustiça ocasionada por uma decisão que não reconhece determinado direito ou outra que condena um inocente. Nesses casos, “a diferença entre a dignidade e a ruína pode depender de um simples argumento [...]” (Dworkin, 1986, p. 03). É essa dimensão, fundamental para se pensar os tribunais nos dias de hoje, que a teoria positivista relega a segundo plano, não fornecendo nenhum instrumento analítico para lidar com seus dilemas.

⁶ Não confundir *pragmática* (filosofia da linguagem) com *pragmatismo jurídico* (teoria da decisão judicial). Segundo Leonel Severo Rocha (1998, p. 20-21), a semiótica, entendida como teoria geral da significação, divide-se em três partes: “a sintaxe possui como objeto a estrutura formal da linguagem (dos signos para alguns), por meio da análise lógico-lingüística, a semântica visa averiguar o sentido das proposições, a partir das relações dos enunciados com a realidade e a pragmática, dirigida ao uso e às intenções das proferências discursivas”.

Como consequência dessa edificação do conhecimento jurídico sob bases pragmáticas – em contraposição à semântica positivista, Dworkin aponta que na interpretação jurídica, nas decisões judiciais e nas divergências em geral o que está em jogo são os propósitos, convicções e crenças *dos próprios intérpretes*. A interpretação jurídica é, nesse sentido, sempre criativa ou, mais precisamente, *construtiva*. Por outros termos, as proposições e as decisões jurídicas são sempre construídas argumentativamente, tendo em vista dar ao seu objeto – no caso, o direito – a melhor forma possível segundo as convicções do próprio intérprete. “Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”. (Dworkin, 1986, p. 63-64).

Daí não decorre que a interpretação seja puramente valorativa, que o intérprete tenha liberdade total para criar os sentidos e defender quaisquer propósitos que lhe pareçam convenientes. Se, por um lado, o intérprete não é um observador neutro que descreve as regras preso às convenções do passado e à vontade do legislador – afinal, são as suas próprias intenções que estão em jogo; de outro lado, isso não lhe confere total liberdade, pois está adstrito a um grande número de forças que tornam determinadas interpretações inaceitáveis e até absurdas aos olhos da comunidade em geral.⁷

Nesse aspecto, Dworkin (1986, p. 277-279, 305-308) afirma que a interpretação jurídica está pautada em duas dimensões fundamentais. A *dimensão da adequação*, na qual a interpretação proposta precisa se adequar em termos formais ao paradigma interpretativo vigente, como, por exemplo, às decisões anteriores e aos princípios públicos de justiça. E a *dimensão da justificação*, na qual aquelas interpretações que passaram no primeiro teste precisam demonstrar que constituem a melhor interpretação, em termos substantivos, do caso ou da prática social em questão. Assim, na dimensão da adequação se estabelece – interpretativamente, é bom ressaltar –

⁷ Sobre essa questão, cf. Bonorino (2000), especialmente a análise do debate entre Dworkin e Stanley Fish (p. 493-497). A seguinte passagem é esclarecedora: “a melhor alternativa para Dworkin é construir uma teoria interpretativa do direito que permita reconhecer que as proposições jurídicas, enquanto proposições *interpretativas* da história jurídica, não são nem descritivas nem valorativas, mas pertencem a um gênero intermediário que, embora compartilhe elementos de ambos os tipos de proposições, não pode ser identificado com nenhuma das duas exclusivamente” (idem, p. 489, grifo conforme o original). [*La mejor alternativa para Dworkin es construir una teoría interpretativa del derecho que permita reconocer que las proposiciones de derecho, en tanto proposiciones <interpretativas> de la historia jurídica, no son ni descriptivas ni valorativas, sino que pertenecen a un género intermedio que comparte elementos de ambos tipos de proposiciones pero que no puede identificarse exclusivamente con ninguno de los dos*].

a fronteira, a moldura mínima para a aceitação de interpretações, enquanto na dimensão substantiva define-se, dentro da moldura, qual das interpretações possíveis é a melhor.

Seria muito difícil, por exemplo, alguém defender com sucesso, na nossa sociedade, a idéia de que a escravidão é justa ou acobertada pelo direito. Tal interpretação não é, de forma alguma, adequada à nossa prática. Diferentemente de uma decisão que perdoasse o débito fiscal de grandes empresários do setor de entretenimento, que talvez se adequasse em termos formais à prática jurídica brasileira, mas que não parece ser uma interpretação justificável em termos substantivos.⁸

Em síntese, ao criticar a concepção positivista, Dworkin não está defendendo uma posição ingênua, no sentido de conferir total liberdade ao intérprete e eliminar a especificidade do jurídico. Ao contrário, sua preocupação é justamente fornecer um modelo teórico mais adequado à complexidade da realidade jurídica, capaz de tornar as discussões mais abertas e controláveis. A política e a moral fazem sim parte das interpretações jurídicas. Não há problema algum nisso. O que se deve fazer é explicitar essas questões, tornando-as discutíveis e não mais encobertas sob o manto de argumentos técnicos ou semânticos. E essas questões de fundo, vale enfatizar, são constitutivas do direito e não elementos externos, sem qualquer valia, como afirmavam os positivistas.

É esse modelo do direito como uma prática interpretativa, tangenciada pela moral e pela política, que Dworkin (1996, p. 01-39) denomina, em um de seus mais recentes livros, de *leitura moral da Constituição*. Um modelo que possui um *aspecto descritivo*, segundo o qual a interpretação constitucional – especialmente, de cláusulas abstratas como igualdade, dignidade humana etc. – depende e é, efetivamente, realizada com base em princípios morais. É um *aspecto normativo*, que argumenta no sentido de que os intérpretes devem tratar as controvérsias constitucionais não como se fossem moralmente neutras, mas, pelo contrário, como uma controvérsia aberta e pública sobre qual a melhor interpretação ou qual o princípio moral mais adequado para o caso.

Os benefícios da adoção desse modelo são muitos. Ele possibilita que os debates e as divergências jurídicas sejam travados de forma honesta e aberta. Os intérpretes são convidados a expor seus argumentos na sua inteireza, deixando claro os princípios e as justificativas que os

⁸ Devo o exemplo ao ex-prefeito de Salvador que, no último ano de mandato, perdoou débitos fiscais de alguns dos blocos de carnaval da cidade. A revogação do ato – que envolvia cifras da ordem de vinte milhões de reais – foi prometida pelo novo chefe do executivo municipal.

sustentam. Da mesma forma, a leitura moral refuta uma série de dicotomias – assentadas em premissas semânticas – responsáveis pela difusão de um falso e nebuloso entendimento acerca das controvérsias constitucionais. É o caso das noções de interpretação literal e extensiva, declaração ou criação do direito, moderação e ativismo judicial, direitos enumerados e não-enumerados e assim por diante. Todas essas dicotomias pressupõem a existência de um consenso semântico prévio sobre o que é o direito, de modo que, por exemplo, um juiz “ativista”, ao realizar uma interpretação “extensiva”, estaria “criando” um direito “não-enumerado”, “indo além” ou “distanciando-se” do texto da lei. Assim, ao invés de se fundar em distinções e conceitos inúteis, cuja única função é obscurecer os debates, bloqueando uma real contraposição das posições divergentes, a leitura moral da Constituição e o modelo do direito como interpretação reclamam apenas, e em última instância, que sejamos honestos com nós mesmos e com aquilo que no dia-a-dia fazemos ao lidar com o direito.

1.3. Regras, princípios e direitos morais

A tese positivista está assentada na idéia de que o direito é um conjunto de regras, de maneira que alguém somente tem um direito ou um dever se estes forem expressamente previstos na legislação. Aliado a isso, tal como se pode verificar na obra de Hart, a especificidade do jurídico pode ser identificada com o auxílio de uma *regra de reconhecimento* que estabelece os critérios formais pelos quais uma norma jurídica pode ser criada, alterada, extinta e, enfim, considerada válida.

Ocorre que, como visto, a prática jurídica é um exercício interpretativo complexo, que envolve não apenas divergências de ordem empírica, mas também, e muito comumente, divergências teóricas, nas quais os juristas recorrem a um rol amplo de padrões argumentativos, que vão muito além das regras e do fato de sua vigência. Daí a insuficiência do modelo positivista, que não abrange, nem explica de forma adequada, uma gama variada de elementos ínsitos ao direito e à prática jurídica.

Nesse sentido, a partir de uma análise da prática judicial norte-americana, Dworkin demonstra que os juízes quando decidem casos difíceis – aqueles nos quais não há uma concordância sobre qual a melhor interpretação da norma – recorrem a outros padrões que não as

regras jurídicas. Entram em jogo, então, padrões que operam de forma diferente, tais como os princípios e as políticas.⁹

A diferença entre princípios e regras é, segundo Dworkin (1977, p. 39), de natureza lógica.¹⁰ As *regras* se aplicam à maneira do tudo ou nada, de modo que as consequências jurídicas, nelas previstas, se seguem automaticamente quando as condições fáticas são dadas. É o caso da regra que prevê a impossibilidade de desapropriação, para fins de reforma agrária, do imóvel “objeto de esbulho possessório ou invasão”.¹¹ Já os *princípios* possuem uma *dimensão de peso* ou *de importância*, de tal forma que apenas enunciam motivos ou fornecem razões para que uma decisão seja tomada em certo sentido. Como exemplo paradigmático de princípio, o autor (Dworkin, 1977, p. 37) cita um caso antigo, *Riggs vs. Palmer*, de 1889, no qual um tribunal de Nova Iorque foi instado a decidir se um neto, contemplado em um testamento do avô que ele mesmo havia assassinado, teria direito, ainda assim, a herdar os bens. À época, não havia no direito americano nenhuma regra que expressamente proibisse o assassino usufruir da herança. Apesar disso, no julgamento, o tribunal considerou inválido os ditames do testamento, fundamentando sua decisão no princípio de que “ninguém pode se beneficiar da sua própria torpeza”.

Também no direito brasileiro podem ser encontrados padrões que funcionam como princípios. Em um caso bem conhecido, no qual se discutia a legitimidade das manifestações realizadas por trabalhadores rurais sem-terra, o Superior Tribunal de Justiça assentou o princípio de que “movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o patrimônio”.¹²

O que esses exemplos mostram é que a argumentação jurídica não se limita às regras. Sem dúvida, as teses positivistas não ignoram a existência desse tipo de decisão. A questão é que, no esquema do direito como simples questão de fato, os princípios, como os

⁹ A distinção entre princípios e políticas será acentuada mais adiante. Nesta parte do texto, a expressão “princípio” é utilizada em sentido amplo, como um conjunto de padrões distinto das regras. Cf. Dworkin (1977, p. 36).

¹⁰ A distinção entre princípios e regras, já largamente difundida na doutrina brasileira, envolve outros elementos não abordados aqui. Cf. Dworkin (1977, p. 39-46) e Ávila (2003, p. 31-55).

¹¹ Cf. a Lei n.º 8.629/93, com redação dada pela MP n.º 2183/2001.

¹² Ver, a respeito, o Habeas Corpus n.º 5.574/SP, julgado pela 6ª Turma do STJ, em 1997, cujo trecho mais significativo da ementa é transcrito a seguir: “[...] A provisional visa a atacar, com a possível presteza, conduta ilícita, a fim de resguardar o direito de liberdade. Fiança concedida pelo Superior Tribunal de Justiça não pode ser cassada por Juiz de Direito, ao fundamento de o Paciente haver praticado conduta incompatível com a situação jurídica a que estava submetido. [...] Movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o patrimônio. Configura direito coletivo, expressão da cidadania, visando implantar programa constante na Constituição da República. A pressão popular é própria do Estado de Direito Democrático.”

utilizados em *Riggs vs. Palmer* e no *Habeas Corpus n.º 5.574*, julgado pelo STJ, não têm valor jurídico algum, pois estão além do direito – isto é, do expressamente previsto nas regras. E na seara do “além do direito” todas as interpretações são aceitáveis, podendo os juízes aplicar ou não esses padrões “extra-jurídicos”.

Dworkin defende uma concepção diferente, que traz para o âmbito do jurídico aquilo que os positivistas muitas vezes consideravam como política ou moral. Assim, os princípios, tal como as regras, também fazem parte do direito, sendo obrigatória a sua aplicação. Trata-se de preceitos normativos, expressão da moralidade política substantiva historicamente construída em determinada comunidade, dos quais decorrem direitos fundamentais que não podem ser ignorados sem a devida fundamentação.

O direito, nessa perspectiva, não é apenas um conjunto de normas postas pela autoridade soberana segundo o procedimento previsto por outras normas. Enquanto prática interpretativa, o direito é um conjunto de regras e princípios construídos e consolidados ao longo do tempo. Não há uma regra de reconhecimento única para se distinguir entre os princípios jurídicos e as normas de outro tipo. Não há, por outras palavras, nenhuma fórmula capaz de estabelecer por quais requisitos deve passar um princípio para se tornar um princípio jurídico. É somente na própria prática, no curso de extensos debates, nos quais os diversos pontos de vista se expressam e se confrontam, que o direito se afirma e se modifica.

Com essa argumentação, portanto, Dworkin rechaça a teoria da regra de reconhecimento, tal como proposta por Hart e, com algumas diferenças, também por outros autores positivistas. O direito não pode mais ser compreendido como um sistema fechado e completo de normas jurídicas. Afinal, os princípios, em muitos casos, não foram postos por nenhuma autoridade específica, nem são fruto direto de alguma deliberação procedimental. Além disso, é traço característico dos princípios a sua grande variedade e possibilidade de inovação, no sentido de que, no decorrer dos debates jurídicos, novos princípios podem ser enunciados e aceitos (Rodríguez, 1997, p. 55). Em síntese,

A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado. (Dworkin, 1977, p. 64).

Aqui, junto com a regra de reconhecimento, cai por terra também a separação estanque entre direito e moral defendida pelo positivismo.¹³ Os princípios jurídicos se afirmam não tanto pela forma, mas pelo conteúdo. E esse conteúdo sempre se reporta a uma fundamentação de ordem moral. Ao contrário das pretensões positivistas, portanto, o direito não é tão claramente distinto e independente da moral. Ao se referir aos princípios e à necessidade de um “teste” de conteúdo para o seu reconhecimento, Dworkin demonstra que o processo de identificação do direito não é auto-referencial, sendo impossível “cercar” ou demarcar, com precisão, o campo jurídico. Afinal, dizer o que é o direito exige uma referência à moralidade política. Ao trabalho de descrição das normas e princípios jurídicos, enfim, acrescenta-se a necessidade de uma justificação substantiva consistente com a moralidade política da comunidade.¹⁴ (Rodríguez, 1997, p. 59-60).

Essa concepção – que aproxima direito e moral e traz para os cidadãos e para as instituições públicas a obrigatoriedade de respeitar os princípios substantivos de moralidade política subjacentes às decisões estatais – é fundamental para a discussão em torno da legitimidade da jurisdição constitucional. Os tribunais constituem um lugar privilegiado para a discussão pública sobre a melhor interpretação do sistema jurídico e dos princípios que o justificam. São estas instituições, também, que têm a tarefa de reconhecer os direitos dos cidadãos e apontar equívocos e violações a estes mesmos direitos perpetrados pelos demais poderes e órgãos estatais. Por fim, como será analisado mais adiante, uma concepção do direito tal como a de Dworkin demanda um agir ético pautado em princípios, fornecendo fortes argumentos contra uma ética pragmática e consequencialista, muito difundida nos meios jurídicos.

1.4. Qual discricionariedade?

De acordo com o esquema positivista, o direito é uma espécie de catálogo de regras que estabelecem direitos e deveres. Quando uma regra é vaga, ambígua ou lacunosa, isto é, quando o catálogo de direitos se esgota, é necessário recorrer – paradoxalmente – a padrões não-

¹³ A relação entre direito e moral, na teoria de Dworkin, será retomada mais adiante.

¹⁴ Como afirma Vera Karam de Chueiri (1995, p. 84-86), “ao fundir pretensões jurídicas e morais, o texto constitucional [...] faz com que a validade de um direito dependa não de uma determinada regra positiva, mas de complexos problemas morais [...]”. E mais adiante: “não ocorre, pois, a dicotomia entre questões de direito (as regras jurídicas positivas que como descrição da prática social impõem condutas) e questões de justiça, tornando inepta, por exemplo, a existência de uma política jurídica”. Isso não significa, tal como será demonstrado na segunda parte deste capítulo, confundir totalmente direito e moral.

jurídicos para criar uma nova regra ou complementar uma existente. Esse ato – criativo e valorativo, por excelência – não é controlável, uma vez que esses padrões, por não fazerem parte do direito, não são obrigatórios, nem verificáveis. Por isso, ao agir assim, os juízes decidem discricionariamente. Agem de forma política, escolhendo uma dentre as várias interpretações possíveis.

O positivismo propõe, nesse aspecto, uma *teoria bifásica* da interpretação jurídica ou da decisão judicial (Ikawa, 2004, p. 102). Num primeiro momento, que é a fase jurídica propriamente dita, podem-se apontar com exatidão quais as interpretações possíveis para o caso. É o que Kelsen (1998, p. 392) denomina de *ato de conhecimento*, que possibilita ao jurista descrever as possibilidades significativas de uma determinada norma. Mas a interpretação não se resume a esse ato: envolve também um segundo momento, no qual o órgão aplicador do direito opta por um daqueles sentidos definidos na primeira fase. Este último ato – enquanto *ato de vontade* – é, por assim dizer, um ato arbitrário, de maneira que não se pode cientificamente determinar qual a decisão correta ou, por outros termos, uma única decisão como a mais justa ou verdadeira. Assim, segundo Kelsen, desde que adequadas à *moldura* da norma que fundamenta o caso, todas as interpretações são igualmente aceitáveis.

De forma semelhante, para Hart (1994, p. 139), toda regra jurídica enuncia um núcleo de certeza e um núcleo de imprecisão, uma penumbra de dúvida. No primeiro caso, a aplicação é certa, clara e segura. São os casos fáceis, nos quais a aplicação do direito se dá sem muitas controvérsias, podendo ser representada por um esquema silogístico simplório. Diante de um esbulho realizado por um vizinho, por exemplo, um possuidor tem o direito a ser reintegrado na posse do seu imóvel. Já no segundo caso, a interpretação da norma não é tão clara, de maneira que há razões convincentes para aplicar a regra tanto em um sentido como em outro. É o que Hart chama de *textura aberta* da norma, uma zona de incertezas fruto da imprecisão da linguagem humana, que é incapaz de oferecer prescrições claras e exatas a todos os fatos e acontecimentos futuros. Assim, valendo-se do mesmo exemplo, a garantia da reintegração de posse não seria tão evidente se o imóvel fosse improdutivo e se o esbulho fosse realizado como parte de manifestações em prol da reforma agrária. Nesta hipótese, conforme a teoria de Hart, não haveria como dizer qual a resposta correta ao caso – ou seja, se o possuidor esbulhado tem ou não direito a ser reintegrado na posse – pois ambas as interpretações seriam possíveis. O juiz escolheria uma

das alternativas apenas por ser a mais aconselhável segundo suas próprias convicções, mas não teria como afirmar que se trata da escolha correta. (Rodríguez, 1997, p. 74).

À primeira vista, a concepção do direito como uma prática interpretativa construtiva, na qual estão em jogo os propósitos do intérprete, parece não se opor a essa tese. De fato, segundo a teoria de Dworkin, cada um interpreta as regras e os princípios – particularmente nos casos difíceis – de acordo com suas próprias convicções. Tem-se aqui um sentido de discricionariedade – que, como se verá, não é o único, nem o mais importante – comum a ambos os modelos, segundo o qual cada um julga de acordo com seu próprio discernimento, exercitando alguma capacidade particular de avaliação. Esta, no entanto, é uma definição trivial (e tautológica) do termo, pois se refere a uma característica inerente a qualquer ato de julgar, sem maiores conseqüências, portanto, para a controvérsia em questão. (Dworkin, 1977, p. 55)

Mas a tese positivista não menciona apenas esse sentido trivial da discricionariedade. Ela pressupõe uma outra definição, um sentido forte do termo, segundo o qual o juiz não está vinculado a padrões de nenhuma outra autoridade para decidir os casos difíceis. Afinal, quando o direito se esgota não há qualquer padrão jurídico imperativo, que imponha aos juízes o dever legal de decidir em determinado sentido.

Como dito, Dworkin aceita a primeira definição – de uma forma ou de outra, sempre interpretamos a partir das nossas próprias convicções – mas rechaça a segunda. Seu argumento central contra a discricionariedade judicial, no sentido forte do termo, decorre da concepção de que o direito é composto tanto por regras como por princípios.¹⁵ Estes não são padrões extra-jurídicos, que podem ser utilizados ao bel-prazer dos juízes. São padrões jurídicos obrigatórios, de maneira que os juízes têm o dever de elaborar a melhor interpretação possível do caso, determinando quais direitos as partes têm ou não, mesmo diante de “lacunas” ou “ambigüidades” das regras.

A diferença nesse aspecto, tratada em parte nos tópicos anteriores, é que o positivismo pressupõe a existência de uma *moralidade convencional*, ou seja, uma moralidade que apenas se legitima em virtude de um acordo ou de uma convenção que lhe dá origem. A lei, nesse sentido, seria válida tão-somente porque fruto de alguma espécie de crença ou deliberação

¹⁵ É importante ressaltar que Dworkin não propõe a substituição de um catálogo (de regras) por outro (de regras e princípios). O direito é uma prática construtiva, o que significa que os princípios e os direitos morais não estão dados. Eles são controversos, vão se afirmando e se modificando ao longo do tempo, de maneira que dependem de interpretações construtivas da prática jurídica como um todo.

comum. O que Dworkin chama a atenção em suas análises é que nos sistemas jurídicos contemporâneos uma parcela considerável de princípios morais e legais decorre do que ele chama de *moralidade concorrente*. Nestes casos, ignorados pelos positivistas, os membros de uma comunidade também concordam em afirmar a existência de determinado princípio, mas o acordo é secundário para legitimar a sua pretensão de validade. É o próprio conteúdo do princípio que lhe confere sustentabilidade e aceitação, de modo que o consenso dura tão-somente enquanto a maioria dos juristas e cidadãos aceita as convicções substantivas que o amparam (Dworkin, 1977, p. 85; 1986, p. 166).¹⁶ Assim, no primeiro caso, seria decisivo para considerar, por exemplo, a homossexualidade imoral, o fato de que a maioria das pessoas assim pensa, independentemente do conteúdo dessa proposição expressar um posicionamento discriminatório, que fere o importante princípio moral consagrador da liberdade de orientação sexual. De forma diversa, na hipótese de moralidade concorrente, a ofensa a tais princípios morais, por si só, tornaria indefensável essa proposição, sendo secundário o fato de que grande parte das pessoas concorda com sua veracidade. (Dworkin, 1977, p. 548-549).

Como se observa, a teoria de Dworkin admite como fontes do direito não apenas as convenções e as deliberações, que fornecem elementos formais para a identificação do direito, mas também uma moralidade não convencional, que se sustenta na substância das proposições. É a compreensão dessa moralidade, tão comum nas práticas cotidianas dos juristas, e a demonstração de que os direitos decorrem não apenas do expressamente previsto em regras, mas também de princípios morais substantivos, que possibilita a Dworkin reelaborar a idéia de completude do ordenamento jurídico (Ikawa, 2004, p. 106) e (Rodríguez, 1997, p. 77).

Nessa perspectiva, o direito é compreendido como uma teia inconsútil, uma rede sem fissuras capaz de oferecer resposta a todos os casos (Dworkin, 1977, p. 180). Mas essa teia não é um catálogo restrito de regras, como queriam os positivistas, onde as respostas estão todas prontas. É ao mesmo tempo mais e menos do que isso. É *mais* porque o direito não se limita às regras, envolvendo princípios e direitos morais. E é *menos* porque os direitos e as respostas aos

¹⁶ Dworkin cita como exemplo importante da *moralidade concorrente* o fato das mudanças históricas nas atitudes judiciais. Segundo o autor (1986, p. 167), “a prática mudou em resposta a argumentos apresentados no contexto da discussão judicial, como argumentos sobre o que os juízes devem fazer em certos casos, e não em convenções miniconstitucionais específicas. [...]. Todos esses argumentos pressupunham [...] que as práticas estabelecidas que eles contestavam eram ortodoxias de convicção comum, não regras fundamentais de convenção. Tais argumentos teriam sido impotentes, e até mesmo tolos, se todos pensassem que as práticas que contestavam não precisavam de outro apoio além da convenção [...]”.

casos difíceis não estão dados, mas são construídos com base numa interpretação coerente do sistema jurídico como um todo.

Nesse sentido, os juízes não decidem casos difíceis de forma discricionária, pois, apesar de a lei (regra) muitas vezes não conter todos os elementos para a tomada de decisão, o Direito oferece outros critérios que também compelem o magistrado. Não há uma liberdade total, onde o magistrado decide a partir de valores externos ao Direito, que, na maioria das vezes são os seus próprios, mas uma esfera carregada de princípios (que pertencem ao sistema jurídico) que limitam e impõem determinado sentido às decisões judiciais. É dentro dessa esfera que se deve decidir. (Vieira, 1999, p. 199-200).

Nessa medida, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes continua tendo o direito de ganhar a causa (Dworkin, 1977, p. 127). Isso significa que o juiz nunca está diante de um espaço vazio – o “vácuo positivista” – onde pode inventar *ex nihilo* novos direitos e aplicá-los retroativamente. Ao contrário, a sua tarefa é a de reconhecer os direitos pré-existentes na teia inconsútil que é o sistema jurídico, a partir da melhor, mais coerente e mais justa interpretação das normas e princípios aplicáveis ao caso.

Em outras palavras, as partes têm direito a seu melhor juízo sobre a verdadeira natureza de seus direitos. [...] Se a decisão em um caso difícil deve ser uma decisão sobre os direitos das partes, as razões que a autoridade oferece para seu juízo devem ser do tipo que justifica o reconhecimento ou a negação de um direito. (Dworkin, 1977, p. 163).

Com esse modelo – complementado com outros importantes conceitos, que serão explicitados mais adiante – Dworkin nega a discricionariedade judicial no sentido forte do termo. Os juízes estão vinculados a princípios e têm a responsabilidade política de, nas suas decisões, fornecerem argumentos que justifiquem adequadamente por que um cidadão tem um direito ou um dever jurídico. E os direitos, vale lembrar, são trunfos políticos, de modo que se alguém tem um direito, tem também uma forte razão, que precisa ser levada em conta, para que a decisão seja tomada a seu favor.

1.5. A resposta correta

É no contexto de crítica à discricionariedade judicial e de compreensão dos direitos como trunfos políticos a serem levados a sério, que deve ser compreendida a polêmica tese dworkiniana da *resposta correta*. Assim como o argumento positivista pressupõe a

impossibilidade de se afirmar uma interpretação como a mais justa para o caso¹⁷, a tese de Dworkin demanda uma argumentação em sentido contrário.¹⁸

De antemão, é importante deixar claro que ao dizer que existe uma resposta correta aos casos controversos, Dworkin não está ignorando a existência de posições conflitantes e de divergências profundas entre os juristas. Nem muito menos imagina um mundo de essências, um conjunto de princípios de direito natural ou qualquer outro padrão externo à prática jurídica que possibilite uma demonstração inelutável ou, talvez, “objetiva” em torno de qual a única interpretação certa para determinado caso.

A defesa de Dworkin pauta-se no *ponto de vista interno*, ou seja, o ponto de vista do participante da prática. Em qualquer processo judicial, as partes defendem que seus respectivos pontos de vista constituem, de fato, o mais correto. Da mesma forma, um juiz ou uma juíza, quando defendem uma posição numa sentença, não estão fingindo que acreditam nela, mas agem e, efetivamente, sustentam seus argumentos como a interpretação mais correta para o caso. Assim, a tese da resposta correta é algo muito mais simples e trivial do que pode parecer à primeira vista. Representa, em termos teóricos, uma tese amplamente aceita pelo senso comum, de tal modo que seria bobagem defendê-la, não fosse o fato de ser negada, com tanta veemência, pelos filósofos do direito.¹⁹

A fim de tornar mais clara a questão, imagine-se, a título de exemplo, que um filósofo positivista foi convidado a participar de um congresso que reúne magistrados de todo o país. Em sua palestra, o renomado professor assevera que os juízes, ao decidir casos controversos, apontando qual a melhor interpretação das normas em tela, cometem um grave equívoco. Isso porque, ao agir assim, eles parecem acreditar que existe uma resposta correta ao caso, quando, em verdade, sabe-se que existe mais de uma resposta ou interpretação, todas igualmente aceitáveis. Apesar de a idéia refletir alguma espécie de valor político, conclui o

¹⁷ Kelsen (1998, p. 396) é explícito a respeito: “a interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo de cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente”.

¹⁸ A tese da resposta correta envolve uma gama muito variada de argumentos, boa parte deles fruto dos debates que Dworkin travou com seus críticos. Para uma exposição mais detalhada do tema, cf. Dworkin (1977, 429-446; 1985, p. 175-216; 1986, 94-108, 317-331; 1991; 1996a).

¹⁹ Trata-se de uma “[...] proposição jurídica extremamente frágil, de senso comum e usual que [...] seria mesmo bobagem defendê-la se ela não tivesse sido negada por tantos filósofos do direito”. (Dworkin, 1991, p. 359). [*an ordinary, commonsensical, extremely weak proposition of law that [...] it would be silly ever to announce if it had not been denied by so many legal philosophers*].

filósofo, os juízes deveriam admitir, ao menos entre eles, que a tese da resposta correta é, no fundo, um mito.²⁰ (Dworkin, 1977, p. 435).

Duas objeções importantes podem ser direcionadas ao argumento do filósofo. Primeiramente, admita-se que, após o intenso convívio com os magistrados, o professor resolveu se graduar em direito e, em seguida, assumiu um cargo de juiz. Desde então, emite, diariamente, decisões fundadas em argumentos que ele considera mais abalizados do que outros. Mesmo sabendo que outras pessoas têm entendimentos diferentes, continua a defender suas posições, como, por exemplo, a de que as ocupações de propriedades improdutivas por integrantes de movimentos de luta pela reforma agrária não configuram qualquer tipo de crime contra o patrimônio ou, ainda, a de que as uniões familiares homoafetivas são constitucionais. É possível, pergunta-se, que, enquanto juiz, ele defenda a veracidade de suas posições e, ao mesmo tempo, enquanto filósofo, diga que não existem respostas corretas aos casos difíceis? Como ele pode – e aqui se trata de uma questão de coerência – defender uma posição em determinado caso e, ao mesmo tempo, sustentar que ninguém pode ter razões desse tipo ou que todas elas são ilusórias? Existe um âmbito externo no qual, por meio de uma metalinguagem, pode-se proceder a uma análise objetiva da prática jurídica? Há alguma diferença entre a fala do filósofo e a fala do juiz?

Se os juízes defendem posições e acreditam que elas são preferíveis a outras, mesmo havendo profundas discordâncias entre as partes, é difícil entender por que agem desse modo, se, de fato, não existe nenhuma razão ou possibilidade de afirmar uma resposta correta. O cerne da questão é que seja enquanto filósofo – isto é, como um observador externo – seja enquanto juiz – isto é, como um participante do “jogo” – o juiz-filósofo do exemplo tem *as mesmas condições* para sustentar seus pontos de vista. Mesmo como (um suposto) observador externo, ele precisa recorrer a argumentos morais, jurídicos e conceitos interpretativos da mesma maneira que o faz quando defende uma posição numa sentença. O fato de estar “de fora” não lhe confere nenhuma superioridade ou melhores condições para defender seus posicionamentos quando em comparação com aqueles que estão do lado “de dentro” da empreitada. (Dworkin, 1985, p. 208).

²⁰ Essa posição é denominada de *ceticismo externo* e pressupõe a distinção (Dworkin, 1996a, p. 06; 1986, p. 106) entre dois tipos ou níveis de discurso: o *usual*, interno à prática, tal como o dos juízes, e o *objetivo ou arquimediano*, externo à prática, tal como o do filósofo, de modo que somente no segundo nível poderiam ser feitas afirmações dotadas de alguma espécie de “objetividade” – como, por exemplo, a que sustenta não existir resposta correta num caso difícil. A argumentação de Dworkin é toda no sentido de demonstrar a impossibilidade dessa distinção: os dois tipos de discurso são, em verdade, discursos internos à prática. Tanto o positivismo quanto o pragmatismo pressupõem e acatam essa distinção.

Isso leva à segunda objeção. Ora, ao defender que não existe uma resposta correta para os casos difíceis, o filósofo também apresenta, tal como fazem os juízes nas suas decisões, uma pretensão de validade para o seu argumento. Desse modo, a sua tese de que “não existem respostas corretas” é um juízo que tem a pretensão de ser *a* resposta correta. Esta tese é, para o filósofo, a melhor interpretação possível da prática judicial – não à toa, o fato dele negar veementemente a tese da resposta correta – e é operacionalizada, como juízo moral interpretativo, do mesmo modo que as teses por ele defendidas enquanto juiz, tal como a constitucionalidade de uniões homoafetivas. No seu entender, enfim, os argumentos que sustentam sua teoria são superiores aos argumentos que sustentam a tese contrária. (Dworkin, 1985, p. 438).

Para Dworkin, não há como fugir a essa pretensão de validade ínsita a todos os discursos morais e jurídicos, sejam eles meta-discursos (tal como o do filósofo) ou discursos usuais (tal como o dos juízes). Não há, assim, uma diferença importante entre os dois tipos de afirmações. Ambas são, no fundo, afirmações do mesmo tipo, quer dizer, afirmações de cunho moral, “internas à moral, e não sobre ela” (Dworkin, 1986, p. 101). Os dois tipos de juízo são, em síntese, juízos da mesma natureza.

O ceticismo externo, então, é um ponto de vista muito frágil e pouco sustentável, pois o cético não pode atacar toda e qualquer possibilidade de verdade sem se auto-contradizer, isto é, sem negar o seu próprio enunciado e as próprias condições de possibilidade de afirmar algo.²¹ Isso não significa que nenhuma forma de ceticismo seja possível. Pelo contrário, a crítica ao cético externo não atinge o ceticismo interno, representado por aquele cético que defende seus posicionamentos amparado em um juízo positivo – que admite como verdadeiro – para, então, negar a possibilidade de uma resposta correta. Trata-se de um juízo cético interno à prática, fundado, também ele, em premissas jurídicas e morais.

Imagine-se um debate sobre o livro *Dom Casmurro*, de Machado de Assis, no qual três renomados críticos literários discorrem sobre o famigerado *dilema machadiano*: afinal, Capitu traiu ou não traiu Bentinho? Cada um dos críticos propõe, ao longo do debate, uma

²¹ Significa dizer que, aplicada a si mesma, a proposição cética de que ‘não existe resposta correta’ “suprime sua própria pretensão de validade. Tal autocontradição é do mesmo tipo daquela do paradoxo do mentiroso. O mentiroso diz: ‘todos são mentirosos’, suprimindo sua própria pretensão de validade [...]. Eu não posso dizer, por exemplo, ‘eu não pretendo verdade para aquilo que estou dizendo’, ou não reivindico a compreensão por parte do outro, porque eu estaria cometendo uma autocontradição performativa, pois estaria ao mesmo tempo, reivindicando e suprimindo a pretensão de validade do meu ato de fala. [...] Ou seja, a proposição cética de que ‘não existe verdade’, não pode ser pronunciada, pois ela pressupõe pelo menos a existência de uma proposição verdadeira, a saber, esta de que não existe verdade, admitindo, pois, a verdade”. (Dutra, 2005, p. 174-176).

interpretação diferente. O primeiro sustenta que *sim*, apontando várias passagens do livro nas quais a personagem deixa claro a sua atração por Escobar, amigo do seu marido. O segundo crítico sustenta a tese oposta, afirmando que qualquer leitura mais atenta da obra não poderia ignorar o perfil psicológico de Capitu, bem como a sua fidelidade incondicional aos valores do casamento. Por sua vez, o terceiro crítico argumenta que os dois primeiros estão completamente equivocados. A melhor interpretação da obra é aquela que deixa em aberto a questão, pois essa característica – a indeterminação, a dúvida e o dilema da traição – constitui, precisamente, o cerne da proposta machadiana. De modo que responder à pergunta e procurar respostas corretas a ela implica em desfigurar o livro enquanto uma das principais obras da literatura brasileira.

Neste caso, portanto, ao contrário do juiz-filósofo, o ceticismo do terceiro crítico funda-se, ele mesmo, sobre uma concepção do que seja uma obra literária, a qual ele sustenta como verdadeira, expressando seu posicionamento – não *de fora*, negando qualquer resposta, mas – a partir de enunciados literários, da mesma forma como fizeram os primeiros críticos. Para ele, existe *uma e somente uma* resposta correta: a de que não existe resposta ao dilema machadiano. Não se trata, enfim, de uma metalinguagem ou de um discurso *sobre* a prática literária, mas um discurso também literário, que defende que a melhor interpretação do livro é aquela que reconhece, em todos os seus termos, a dúvida quanto à traição.

De forma semelhante, segundo Dworkin (1996a, p. 26), se, em um debate, uma pessoa (1) diz que o aborto é imoral, outra (2) diz que é moral e uma terceira (3) afirma que a questão é indeterminada – de modo que o aborto não é nem moral, nem imoral –, está-se diante de três – e não de duas – posições morais substantivas. Também a terceira proposição representa um argumento moral, que demanda razões do mesmo tipo das utilizadas nas duas primeiras.

Desse modo, pode-se concluir que a proposição que nega a existência de uma resposta correta é uma proposição moral substantiva tal como as demais. Mesmo um ceticismo interno, como o dos últimos exemplos, demanda algum ponto de apoio, ou seja, sempre pressupõe a veracidade de alguma espécie de juízo (literário ou moral) que, em última instância, é o que lhe confere sustentação. No caso mencionado do aborto, por exemplo, a terceira proposição poderia estar assentada no juízo de que a moralidade é algo relativo, uma questão de cada cultura, não sendo possível fornecer, por isso, uma resposta correta ao caso. Já no exemplo do debate literário, o professor cético poderia sustentar sua argumentação com base na teoria de que a qualidade de uma obra situa-se no fato de despertar nos leitores sensações com as quais lidam

diariamente, tal como a dúvida constante – e não a certeza – a respeito da traição. Como se observa, o ceticismo interno nega a existência de alguns juízos morais positivos – “a questão do aborto é indeterminada” –, mas, ao mesmo tempo, funda-se, como justificativa para o seu ceticismo, em juízos mais gerais desse mesmo tipo – “a moral é relativa a cada cultura”.²² (Dworkin, 1996a, p. 02-03).

Contudo, poderia replicar o juiz-filósofo, isso não garante nenhum tipo de objetividade a essas proposições. Ainda que inexistam diferenças entre os dois tipos de discurso, ainda que ambos apresentem uma pretensão de veracidade ou estejam sustentados em juízos do mesmo tipo dos que pretendem rechaçar, isso não leva necessariamente à possibilidade de uma resposta correta, pois ambas as proposições são subjetivas, representando os interesses e as convicções particulares de cada sujeito, sem nenhuma referência a um padrão objetivo e independente de avaliação.

Mais uma vez, o argumento do juiz-filósofo é equivocado. O que significa dizer que uma proposição jurídica é *objetiva*? Por exemplo, qual a diferença entre afirmar que “a homossexualidade é imoral” e afirmar que “a homossexualidade é *objetivamente* imoral”? Ora, segundo Dworkin, as duas assertivas têm a mesma natureza – são proposições morais – e possuem o mesmo significado. Ambas, portanto, mencionam que a homossexualidade é reprovável, com a única diferença, talvez, de uma maior ênfase na segunda alternativa. Não há nada que qualifique ou que possa qualificar uma proposição como mais “objetiva” do que outra.

Os que pedem algum argumento dessa natureza [isto é, que reclamam da falta de “objetividade”] querem algo diferente do tipo de argumentos que eu e eles produziríamos a favor de exemplos ou casos particulares de tais julgamentos. Mas não vejo como poderiam existir tais argumentos diferentes. Não tenho nada a favor da objetividade dos julgamentos morais, a não ser argumentos morais, nada a favor da objetividade dos julgamentos interpretativos, a não ser argumentos interpretativos, e assim por diante. (Dworkin, 1985, p. 257).

A discussão em torno da “objetividade”, na forma colocada pelo filósofo, ao demandar por um tipo de objetividade não compatível com a prática, é uma discussão falaciosa,

²² É interessante acentuar que, da mesma forma que a popularidade de uma tese – “os unicórnios existem” – não é uma evidência da sua verdade, a existência de uma divergência profunda – “os unicórnios se parecem mais com os cavalos ou com os rinocerontes?” – não significa, nem implica, como uma decorrência “natural” ou “óbvia”, na impossibilidade de uma resposta correta. Ao fato da divergência ou da popularidade de uma tese é necessário se acrescentar alguma espécie de argumento substantivo – jurídico, moral, literário, a depender do âmbito da discussão – que sustente tais teses. (Dworkin, 1996a, p. 16-17).

que ignora o modo pelo qual se travam as divergências jurídicas, criando, por isso, mais embaraços do que soluções ao problema. A questão ignorada pela argumentação do filósofo é a de que uma resposta é correta ou “objetiva” – e somente pode ser considerada correta ou “objetiva” – *nos termos da própria atividade* na qual ela é afirmada, não sendo possível recorrer a pontos externos de observação ou crítica. Em outras palavras, somente critérios da própria prática podem determinar se uma proposição é ou não verdadeira. Daí que “a questão do que ‘independência’ e ‘realidade’ constituem, para qualquer prática, é uma questão [*que só pode ser resolvida*] dentro dessa prática”. (Dworkin, 1985, p. 262-263).

Nesse aspecto, Dworkin supõe a existência de *atos morais*, isto é, uma moral idealizada, produzida pelos próprios membros da prática, mas que pode ser tratada como independente destes. Tais atos morais são frutos da história institucional de uma comunidade, na qual alguns preceitos se afirmam e se consolidam, em termos substantivos, como princípios morais, independentemente da existência de algum acordo ou convenção explícitos nesse sentido.²³ Nesse contexto, uma proposição jurídica é verdadeira, correta ou objetiva se a justificativa que apresenta para o conjunto das proposições ou dos atos morais estabelecidos fornece melhores argumentos do que a proposição contrária. (Dworkin, 1985, p. 211).

Retomando, então, o tema da discricionariedade judicial, Dworkin afirma que, em sistemas jurídicos complexos, nos quais há um número considerável de precedentes judiciais e princípios morais consolidados, é bastante reduzido o âmbito no qual duas teorias ou interpretações podem oferecer justificativas igualmente boas – uma espécie de “empate” – para decisões opostas.²⁴ Com efeito, ao se reconhecer que o direito é uma teia inconsútil composta tanto por regras como por princípios e ao se admitir que toda interpretação deve passar pelas

²³ Cf. a distinção, já mencionada, entre moralidade convencional e moralidade concorrente. Como salienta Klaus Günther (1998, p. 09), de acordo com a concepção de Dworkin, “é possível representar os atos morais como um tipo de Moral idealizada – que nós mesmos produzimos – e, não obstante, tratá-los, enquanto idealização, como se fossem independentes de nós. É nesse sentido que se deve entender Dworkin quando sustenta que os enunciados ‘é verdadeiro que o aborto é imoral’ e ‘o aborto é imoral’ significam a mesma coisa. Com nossos enunciados morais somente temos a pretensão de fornecer a melhor interpretação desta moral idealizada [...]”. [*es posible representarse los hechos morales como una suerte de Moral idealizada – que nosotros mismos producimos –, y, no obstante, tratarlos, en cuanto idealización, como si fueran independientes de nosotros. Es en este sentido que habría que entender a Dworkin cuando sostiene que los enunciados ‘es verdadero que el aborto es inmoral’ y ‘el aborto es inmoral’ significan lo mismo. Con nuestros enunciados morales sólo tenemos la pretensión de dar la mejor interpretación de esta Moral idealizada*].

²⁴ “O empate é possível em qualquer sistema, mas será tão raro nos sistemas modernos a ponto de ser exótico. Não quero dizer que será raro que os juristas discordem qual teoria fornece, mesmo nessa dimensão [*de adequação*], uma justificativa melhor. Será raro que muitos juristas concordem que nenhuma fornece uma adequação melhor que a outra”. (Dworkin, 1985, p. 213).

dimensões de adequação – coerência mínima com as proposições estabelecidas – e justificação – melhor interpretação substantiva da prática jurídica como um todo – verifica-se que o sistema jurídico é composto por diversos elementos que impõem e levam à resposta correta.

Assim, em resumo do exposto, pode-se dizer que mesmo quando não há um direito expresso, previsto em regras, os juízes devem identificar a melhor interpretação, a resposta correta para o caso em tela. Como acentuado, a resposta correta não é fruto de algum padrão imutável ou externo à prática jurídica. Ao contrário, encontra-se na própria prática. É a história de uma comunidade e a moralidade substantiva construída e afirmada ao longo do tempo que fornecem padrões obrigatórios e coercitivos sobre a atividade dos juízes. Acrescente-se a isso a exigência de justiça decorrente do necessário respeito aos direitos enquanto trunfos políticos fundados na dignidade humana e na igualdade de consideração e respeito. Nessa perspectiva, mesmo nos casos difíceis, as partes têm direito a uma decisão judicial que ofereça a melhor interpretação possível das normas e princípios em jogo.

Isso demonstra que essa discussão não é meramente teórica, mas envolve uma mudança radical no modo de encarar as decisões judiciais. Enquanto no modelo da discricionariedade positivista impera a irracionalidade – e, com ela, a impossibilidade de crítica e controle efetivos – do processo de decisão judicial, no modelo construtivista elabora-se uma teoria mais complexa, que melhor representa a prática jurídica, em especial, o modo como os juristas agem e articulam argumentos no dia-a-dia. Aliado a isso, fornece uma forte pretensão normativa capaz de resgatar a racionalidade e a legitimidade do processo hermenêutico. Daí a importância das teses de Dworkin para se pensar a legitimidade da jurisdição constitucional. A teoria do direito não mais acata a auto-limitação pressuposta pelo positivismo jurídico e por sua distinção entre *atos de conhecimento* e *atos de vontade*. De forma diversa, vai além e busca critérios racionais que possam evitar erros e injustiças, verificando se, na prática, os juízes decidiram da forma mais correta possível.

E aqui chegamos ao final desse longo *adeus ao positivismo jurídico*. As mudanças no modo como encaramos o direito são muitas. A começar pelo reconhecimento de que o direito é uma prática essencialmente argumentativa e interpretativa. No decorrer do texto, cortamos a “cerca semântica” que delimitava o discurso jurídico *com sentido*, relegando a segundo plano boa parte das atividades diárias dos juristas. Essas atividades passaram a ocupar o centro das atenções, pouco importando a constituição de um discurso jurídico sistemático, depurado e

verificável empiricamente. Doravante, direito, moral e política caminham de mãos dadas, de forma que para saber o que é o direito precisamos recorrer e nos apoiar em concepções políticas e morais. Por sua vez, os intérpretes são convidados a expor as teorias de fundo que sustentam seus argumentos, contrapondo-as às teorias divergentes. Finalmente, os princípios subjacentes às decisões pretéritas passam a ser reconhecidos como mandamentos deontológicos, direitos cuja aplicação é obrigatória pelos juízes, agentes da comunidade responsáveis pela decisão correta em cada caso.

A negação da discricionariedade judicial e a busca de Dworkin por resgatar a racionalidade do processo hermenêutico envolve uma série de outros conceitos em torno de como os juízes devem fundamentar suas decisões, que ainda serão desenvolvidos. O próximo passo é expor sua teoria da aplicação do direito, assentada no conceito de *integridade*, a partir de uma crítica ao pragmatismo jurídico.

SEGUNDA PARTE: O DIREITO COMO INTEGRIDADE E AS NECESSÁRIAS CRÍTICAS AO PRAGMATISMO JURÍDICO

2.1. A integridade e outras virtudes políticas

Na nossa prática política, muitas decisões estatais são discutidas pelo público em geral. Sem muito pensar, seguindo alguma espécie de intuição, o cidadão comum é capaz de apontar a justiça ou injustiça de tais atos, dizendo, por exemplo, que o aumento de impostos foi incorreto, que a privatização de estatais vai arruinar o país ou, ainda, que a reforma do judiciário não traz nenhum avanço significativo. Essa capacidade de avaliação, exercitada a todo o momento, é fruto daquilo que Rawls denomina de *senso de justiça*, isto é, algo que nos possibilita discutir com outras pessoas questões morais, éticas e políticas e nos posicionar diante delas. O senso de justiça de cada cidadão reflete crenças morais intuitivas, isto é, valores irrefletidos e aceitos como “dados”, que muitas vezes são compartilhados pelos diversos membros de uma comunidade.

Tem-se aqui um elemento que não pode ser ignorado no debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional: o fato de que os critérios utilizados para se aferir a legitimidade de um ato ou de uma instituição estatal devem partir dessas convicções compartilhadas, adequando-se a elas ou apontando razões para revê-las e reformulá-las. Esse duplo processo, de reavaliação e

de ajuste mútuo entre convicções morais e princípios teóricos, possibilita a elaboração de uma estrutura teórica mais bem ordenada e convincente, posto que amparada em uma espécie de “equilíbrio” entre teoria e convicções morais. É o que Rawls (2002, p. 22-23, 50-51) chama de *equilíbrio reflexivo*, ou seja, a busca por um equilíbrio entre nossas convicções morais intuitivas e os princípios de justiça elaborados por alguma teoria política.

Dworkin também recorre a esse procedimento do equilíbrio reflexivo em suas análises, mas o adota com alguma diferença em relação à Rawls. Para o jurista norte-americano, como visto, o direito – e o próprio saber jurídico – é uma prática interpretativa e argumentativa. Não são apenas os juízes que interpretam, mas, também, todos aqueles que, direta ou indiretamente, lidam com o direito, do mais simples cidadão até um pesquisador na área jurídica. Pensar a legitimidade da jurisdição constitucional, de acordo com essa perspectiva, é, também, um processo interpretativo – construtivo – da nossa prática constitucional. Significa dizer que a interpretação não é uma técnica ou um método utilizado apenas pelos “juristas práticos” para decidir casos concretos, mas representa algo muito mais abrangente: um modo de conhecimento. Conhecer e/ou compreender uma prática é, nesse sentido, também interpretar, construtivamente, essa prática.

Partindo dessas considerações, Dworkin divide o processo interpretativo em três fases. A etapa *pré-interpretativa*, similar às convicções intuitivas de que fala Rawls, na qual há um alto grau de consenso sobre a caracterização dos elementos da prática a ser interpretada. A etapa *interpretativa*, semelhante à dimensão da adequação mencionada acima, na qual o intérprete fornece uma “justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa”, delimitando o campo de interpretações aceitáveis (Dworkin, 1986, p. 81). E, finalmente, na fase *pós-interpretativa*, similar à dimensão da justificação, o intérprete formula argumentos mais substantivos, buscando ajustá-los aos princípios firmados na etapa anterior, de modo a, ao final, atribuir à prática a melhor formatação possível. O equilíbrio reflexivo, para Dworkin, então, ocorre, de forma dinâmica, no curso desse processo e entre uma etapa e outra, isto é, (1) entre a justificativa da prática realizada na fase interpretativa e as convicções morais tidas como aceitáveis na etapa pré-interpretativa; e (2) entre os princípios substantivos elaborados pelo intérprete na fase pós-interpretativa e os limites fixados na etapa interpretativa (Dworkin, 1986, p. 81-84; Schiavello, 2001, p. 234).

Feita essa breve digressão epistemológica, considerem-se, a título de exemplo, as seguintes situações. (1) Uma emenda constitucional é aprovada desrespeitando regras do procedimento legislativo, como a que determina a reapreciação pela Câmara de mudanças feitas no texto legal pelo Senado, a que determina que todos os congressistas têm o direito de se manifestar em plenário ou, ainda, a que obriga à realização de audiências públicas. (2) No início de uma legislatura, os novos parlamentares aprovam uma lei que perdoa, aos candidatos e candidatas eleitos, todas as sanções pecuniárias arbitradas pela justiça eleitoral em virtude de fraudes ou irregularidades verificadas durante a última eleição. (3) Um cidadão é condenado à pena de prisão com base em provas forjadas e sem a assistência de advogado no decorrer da instrução processual.

Partindo-se desses exemplos e da convicção intuitiva de que eles ferem princípios morais importantes, de maneira que seria pouco sustentável qualquer critério que legitimasse uma das três situações citadas, podem-se apontar, inicialmente, segundo Dworkin (1986, p. 200), três ideais ou virtudes políticas fundamentais: a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo. A *equidade* demanda que se organizem os procedimentos políticos de tal maneira que o poder seja distribuído em proporções equitativas, garantindo-se aos cidadãos igual influência sobre as decisões públicas. Por sua vez, a *justiça* se refere ao conteúdo das decisões políticas, sejam estas fruto de procedimentos equânimes ou não. Sob a ótica da justiça, analisa-se o resultado de uma decisão, pondo em relevo a justificativa para a correta distribuição de bens, oportunidades e outros recursos (Dworkin, 1986, p. 483). Por fim, a virtude do *devido processo legal adjetivo* se refere aos procedimentos adequados para o julgamento de cidadãos que tenham infringido as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos.

Essas três virtudes políticas, comumente aceitas em um Estado democrático, funcionam como importantes critérios de legitimação do direito e das instituições políticas. Considerando-se os três exemplos mencionados acima, pode-se afirmar que as decisões estatais são conformes à *equidade* na medida em que os procedimentos legislativos – que garantem, dentre outras coisas, várias sessões para discussão, audiências públicas, respeito aos partidos minoritários – tenham sido observados. Contudo, a simples observância do procedimento não garante a legitimidade substancial da decisão, isto é, o ideal de *justiça*, uma vez que, seguindo o exemplo, a legislação aprovada pode estabelecer privilégios, vedados pela Constituição e por

princípios de moralidade pública, aos próprios membros do legislativo. Por último, o exemplo (3) demonstra claramente uma violação ao devido processo legal adjetivo.

De forma semelhante, uma jurisdição constitucional pode ser considerada mais legítima quanto mais suas decisões respeitem a *equidade* (que demanda, por exemplo, levar em conta a opinião pública e a vontade da maioria expressa nas leis aprovadas pelo parlamento), a *justiça* (que demanda pela melhor interpretação, em termos substanciais, do caso e das normas em questão), o *devido processo legal adjetivo* (que obriga os juízes a seguir determinados procedimentos na condução do processo).

Essa descrição das virtudes políticas fundamentais de uma comunidade democrática é, contudo, incompleta. Isso fica bem claro nos casos em que uma decisão, mesmo respeitando a justiça e a equidade, parece infringir algum outro preceito moral. Imaginem-se dois processos criminais.²⁵ Em um deles, um cidadão, acusado de sonegação fiscal, teve reconhecida a extinção da punibilidade, tal como determina o art. 34, da Lei n.º 9.249/95, uma vez que quitou o débito com o Estado antes do recebimento da denúncia. No segundo caso, um cidadão foi acusado do furto de livros raros. Mesmo tendo devolvido a *res furtiva* ao dono antes do recebimento da denúncia, o agente foi condenado, obtendo apenas a redução de um terço da pena, tal como estabelece o art. 16, do Código Penal.

Pergunta-se: o art. 34, da Lei n.º 9.249/95, fere alguma das virtudes políticas mencionadas? A equidade não fornece nenhum argumento nesse sentido, pois a regra foi promulgada em conformidade com os procedimentos legislativos, tendo grande aceitação perante a opinião pública. De outro lado, também pode se considerar o dispositivo adequado à justiça. De fato, parece justo, e uma série de argumentos poderiam ser apontados nesse aspecto, absolver aquele que buscou, com sucesso, remediar o próprio erro. Mesmo assim, ao tomar conhecimento do segundo caso – no qual o agente também buscou reparar seu erro, mas não foi absolvido – tem-se a sensação de que algum importante ideal político foi desrespeitado.

²⁵ O exemplo é baseado nos seguintes acórdãos do TJ-RS, citados por Lenio Streck (2001, p. 59 e 273-274): “Estelionato. Ônus da prova. No estelionato, mesmo que básico, o pagamento do dano, antes do recebimento da denúncia, inibe a ação penal. O órgão acusador deve tomar todas as providências possíveis para espantar as dúvidas que explodam no debate judicial, pena de não vingar a condenação (Magistério de Afrânio Silva Jardim). Lição de Lenio Luiz Streck: os benefícios concedidos pela Lei Penal aos delinquentes tributários (Lei 9.249/95, art. 34) alcançam os delitos patrimoniais em que não ocorra prejuízo nem violência, tudo em atenção ao princípio da isonomia. Recurso provido para absolver o apelante”. E ainda: “Recurso em sentido estrito. Extinção da punibilidade. Tentativa de furto. Decretada a extinção da punibilidade do réu com base no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e artigo 34 da Lei 9.249, de 26.12.95, por analogia. Princípio da igualdade, insculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, corretamente aplicado na espécie”.

Mas que ideal seria esse?

Trata-se da virtude da *integridade*. Um ideal político derivado da igualdade de todos perante a lei, isto é, do princípio segundo o qual os governos devem tratar os cidadãos com igual consideração e respeito. Em apreço a esse importante ideal, o Estado deve agir coerentemente, fundamentando suas decisões com base na melhor interpretação do sistema jurídico – Constituição, leis, decisões estatais anteriores – e dos princípios públicos de justiça a ele subjacentes. A integridade repudia os atos estatais arbitrários ao exigir “[...] que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns”.²⁶ (Dworkin, 1986, p. 201).

Desse modo, o art. 34, da Lei n.º 9.249/95, apesar de ser conforme a equidade e a justiça, contraria o ideal de integridade política, pois, ao promulgar tal preceito legal, o legislativo trata casos semelhantes²⁷ de forma desigual e arbitrária. Vale dizer, confere um benefício a uma classe de cidadãos, negando-o, em uma hipótese similar, a outros cidadãos, de modo que o mesmo princípio utilizado para fundamentar o primeiro caso é posto de lado no segundo momento. O princípio da integridade rejeita decisões como essa, fornecendo elementos para rechaçar qualquer iniciativa estatal desse naipe mesmo nos casos em que as outras virtudes políticas apontem em sentido contrário. Trata-se, enfim, de uma virtude política independente, que pode exigir, em seu nome, o sacrifício da justiça e da equidade, resolvendo eventuais conflitos, antinomias e limitações inerentes à aplicação desses dois ideais (Dworkin, 1986, p. 215).

Para se compreender a relevância do conceito de integridade, vale a pena retomar a problemática da distinção entre direito e moral. Como visto, ao criticar o positivismo, Dworkin nega a tese da separação semântica, propondo uma rearticulação pragmática entre essas duas esferas. Porém, se não é possível estabelecer critérios semânticos para diferenciar direito e moral, e se a questão deve ser analisada sob o prisma da pragmática, fica a dúvida: afinal, como se relacionam e o que diferencia direito e moral na concepção de Dworkin?

²⁶ O princípio da integridade se divide em dois outros: *a) o princípio da integridade na legislação* – impõe ao poder de legislar a necessidade de manter o direito coerente quanto aos princípios; *b) princípio da integridade no julgamento* – demanda aos juízes que julguem obedecendo a critérios de coerência e unidade do direito como um todo. (Dworkin, 1986, p. 203).

²⁷ Assumo aqui, para fins de argumentação, que se trata de casos semelhantes.

A resposta a essa pergunta demanda uma diferenciação entre dois tipos de integridade (Dworkin, 1986, p. 482-486). Numa perspectiva *inclusiva*, a integridade é limitada por aspectos institucionais, que exigem uma abordagem consistente de todas as virtudes políticas, de modo que o intérprete se atenha não apenas à justiça, mas, também, à equidade e ao devido processo legal adjetivo. São esses dois últimos princípios que delimitam as esferas de competência e responsabilidade das autoridades, estabelecendo limites institucionais – tais como, no caso dos juízes, um grau relativo de deferência à vontade da maioria e a necessidade de observância dos ditames processuais. Contudo, para além do âmbito inclusivo, e livre das amarras institucionais, a integridade pode (e deve) ser encarada sob um outro ponto de vista: o da *integridade pura*. Esta nos convida a pensar, em termos utópicos, o que exige a justiça substantiva considerada isoladamente ou, por outras palavras, o que seria o direito de acordo tão-somente com uma visão coerente de princípios de justiça. Embora um pouco longa, a seguinte citação de Dworkin pontua bem a distinção entre os dois níveis de integridade:

O direito que temos, o direito contemporâneo e concreto para nós, é determinado pela integridade inclusiva. Esse é o direito do juiz, o direito que ele é obrigado a declarar e colocar em vigor. O direito contemporâneo, entretanto, contém um outro direito que delimita suas ambições para si próprio; esse direito mais puro é definido pela integridade pura. Compõe-se de princípios de justiça que oferecem a melhor justificativa do direito contemporâneo, posto que não são vistos a partir da perspectiva de nenhuma instituição em particular, abstraindo, desse modo, todas as restrições de equidade e de processo que a integridade inclusiva exige. Essa interpretação purificada se dirige não aos deveres distintos de juízes ou legisladores, ou a qualquer órgão ou instituição política, mas diretamente à comunidade personificada. Declara como as práticas da comunidade devem ser reformuladas para servirem, de modo mais coerente e abrangente, à visão de justiça social que parcialmente adotou, mas não estabelece qual a função que cada autoridade possui nesse grande projeto. (Dworkin, 1986, p. 485).

O que essa distinção mostra é que moral e direito não se confundem, pois a interpretação jurídica, por mais que se ampare e dependa de princípios morais, é circunscrita por restrições institucionais. Pode-se dizer, assim, que se, por um lado, há uma conexão interna e uma relação constitutiva entre direito e moral, por onde passam os princípios de justiça substantiva, há também, de outro lado, uma espécie de “filtro jurídico” que traduz esses princípios morais para a linguagem institucional do direito. Dessa maneira, na prática jurídica, aliado aos princípios morais substantivos, entram em jogo, obrigatoriamente, princípios formais e procedimentais (Pérez, 2003, p. 23). É esse imperativo institucional que, ao circunscrever as competências e responsabilidades das autoridades públicas, diferencia o âmbito jurídico da esfera moral ou, por

outras palavras, a integridade inclusiva da integridade pura. As duas faces da integridade, portanto, representam e conectam em uma noção-chave as duas faces fundamentais do direito: a face institucional e a face moral. Ou, ainda, em termos de teoria do conhecimento, a integridade é a ponte que liga a teoria do direito à teoria da justiça.²⁸

A integridade é, sem dúvida, um conceito muito importante. Um conceito que fornece um instrumental teórico indispensável para uma análise crítica da prática judicial brasileira. De um lado, exige uma coerência de princípio na atuação dos tribunais, sustentando que os juízes devem interpretar o direito de modo consistente com as concepções políticas e princípios morais que foram utilizados em casos anteriores. E devem fazer isso não pelo simples respeito à tradição ou às convenções do passado, mas, sim, por uma questão de justiça, expressa no princípio moral que demanda ao Estado tratar os cidadãos com igual consideração e respeito. De outro lado, a integridade deixa claro quais são os limites da articulação entre direito e moral ao sustentar que, além do ideal de justiça, uma decisão jurídica deve se ater também a uma interpretação coerente dos princípios de equidade e devido processo. É esse o freio que a *integridade inclusiva* impõe à justiça. A esta, a *integridade pura* reserva um papel especial, ao convidar os intérpretes a pensar o direito sem as amarras institucionais, buscando o constante aperfeiçoamento e reformulação da prática jurídica.

É por todas essas razões que, ao ser acatada, a integridade possibilita a uma comunidade, enquanto agente moral, a assunção legítima do monopólio da força coercitiva, protegendo os indivíduos contra a arbitrariedade e as diversas formas de corrupção. Mais do que isso, a integridade promove a eficiência do direito, no sentido de que contribui para a difusão da confiança nas regras e nos princípios de justiça que o regem. Daí que um Estado – e, mais especificamente, um tribunal – que incorpora a integridade entre seus ideais políticos e a respeita nas suas práticas possui um grau maior de legitimidade do que uma instituição que não o faça. (Dworkin, 1986, p. 228-229).

Retomando o tema da legitimidade da jurisdição constitucional, verifica-se que a integridade – ao lado das outras virtudes políticas – é muito importante para os objetivos

²⁸ Como afirma Santos Pérez (2003, p. 87), “a distinção destes dois níveis de integridade permite diferenciar claramente o que é a teoria do direito de uma comunidade do que é sua teoria da justiça; [...] o passo da integridade inclusiva à integridade pura representa o passo da teoria do direito à teoria ideal de justiça de uma comunidade” [*la distinción de estos dos niveles de integridad permite diferenciar claramente lo que es la teoría del derecho de una comunidad de lo que es su teoría de la justicia; [...] el paso de la integridad inclusiva a la integridad pura representa el paso desde la teoría del derecho a la teoría ideal de justicia de una comunidad*].

propostos. Em primeiro lugar, exerce grande influência nas decisões judiciais. Os juízes são agentes do Estado e da comunidade e, nesse sentido, devem interpretar o direito como um todo, como se os direitos e deveres legais fossem criados por um único ator, que deve agir coerentemente com seus princípios. A análise destas questões será realizada no tópico 2.3. Em segundo lugar, a integridade pressupõe a personificação da comunidade. Esta precisa ser compreendida como um agente distinto das pessoas em particular. Surge aqui uma outra dimensão do ideal de integridade: a fraternidade, também muito importante para o debate sobre o modelo de jurisdição constitucional. É o que se verá no tópico seguinte.

2.2. A comunidade de princípios

A fim de melhor contextualizar a formulação do conceito de comunidade na obra de Dworkin, é necessário fazer referência, ainda que brevemente, ao debate entre liberais e comunitaristas. Com efeito, um dos pontos centrais do debate gira em torno da relação entre indivíduo e comunidade. Os liberais, como se sabe, foram criticados por defenderem um modelo de sociedade essencialmente atomístico, no qual os indivíduos, protegidos na esfera privada por direitos individuais, carecem de um vínculo mais forte com os demais membros da comunidade na qual vivem. Segundo os comunitaristas, essa visão é equivocada, pois a comunidade é parte fundamental de qualquer vida societária, de modo que as identidades individuais e a justiça não podem ser separadas do contexto particular e comunitário no qual estão inseridas. Ao realizar essa separação e atribuir ao indivíduo primazia sobre a comunidade, os liberais estariam formulando uma concepção de sociedade marcada pela desagregação social e pela ausência de espaços intersubjetivos autênticos.²⁹

Diante de tais críticas, autores liberais como Dworkin se viram diante da necessidade de inserir em suas teorias uma noção mais elaborada de comunidade, sem, no entanto, aderir, integralmente, aos argumentos dos comunitaristas. O pressuposto central que move a empreitada de Dworkin é, nesse aspecto, o conceito de *sujeito reflexivo*, ou seja, um sujeito capaz de se posicionar criticamente diante da tradição e dos valores comunitários. A fim de preservar essa atitude reflexiva, fundamental para se pensar a justiça e o pluralismo numa sociedade complexa, não se pode formular um conceito muito abrangente de comunidade, nem

²⁹ Sobre o debate entre liberais e comunitaristas, cf. Taylor (1993), Walzer (1996), Bonilla e Jaramillo (1996, p. 17-40), Lois (2003, p. 02-17) e Cittadino (2000, passim).

atribuir a esta total primazia sobre os indivíduos, pois isso implicaria na homogeneização de valores e, em última instância, no risco de impor aos indivíduos uma única concepção de bem, qual seja, a definida pela comunidade em que vive (Bonilla e Jaramillo, 1996, p. 31-35). É por isso que,

[...] para Dworkin, a comunidade resulta da origem de uma classe de obrigações associativas que, embora fundamentais para o indivíduo, estariam restritas aos assuntos que se derivam da vida em comum e não poderiam, em nenhum caso, incluir os problemas que pertencem aos sujeitos de maneira particular. Nesse sentido, de acordo com Dworkin, existem facetas da vida dos membros que não poderiam ser moldadas a partir de uma referência à comunidade (Bonilla e Jaramillo, 1996, p. 37-38).³⁰

Assim, três questões são fundamentais para a definição de um conceito adequado de comunidade. Em primeiro lugar, (1) a questão da natureza das obrigações políticas, ou seja, das responsabilidades que um indivíduo tem decorrentes do fato de pertencer a uma comunidade. Em segundo lugar, (2) a questão do modelo de comunidade propriamente dito: um modelo que precisa ser adequado à natureza das obrigações políticas em nossa sociedade e, também, à concepção do direito como integridade. Por fim, (3) a questão de compreender o âmbito específico sobre o qual se desenvolve a vida comunitária e sobre o qual devem se restringir os assuntos de interesse comum, afastando-se, com isso, as concepções homogêneas e por demais abrangentes propostas pelos autores comunitaristas.

(1) Segundo Dworkin, as obrigações políticas constituem uma espécie de *obrigação associativa*. Estas podem ser definidas como “responsabilidades especiais que a prática social atribui ao fato de se pertencer a algum grupo biológico ou social, como as responsabilidades de família, amigos ou vizinhos” (Dworkin, 1986, p. 237). Uma característica importante das obrigações associativas é o fato delas não serem necessariamente fruto de consentimento ou escolha deliberada. É o que ocorre, por exemplo, com uma série de obrigações familiares que aceitamos como válidas sem nunca ter lhes dado assentimento expresso.

Ao atribuir às obrigações jurídicas a natureza de obrigação associativa, o objetivo explícito do autor é rechaçar teorias que assentam a legitimidade de uma associação política no

³⁰ [para Dworkin, la comunidad resulta ser el origen de una clase más de obligaciones asociativas que, si bien son fundamentales para el individuo, estarían restringidas a los asuntos que se derivan de la vida en común y no podrían, en ningún caso, incluir los problemas que atañen de manera particular a los sujetos. En dicho sentido, de acuerdo con Dworkin, existen facetas de la vida de los miembros que no podrían ser moldeadas por la referencia a la comunidad.].

fato desta ter se originado em um pacto firmado por todos os cidadãos ou, ainda, no fato destes terem dado consentimento tácito às suas regras e instituições. Para Dworkin, a prática política das sociedades contemporâneas é muito mais complexa do que sugerem esses esquemas simplórios. Em suas próprias palavras, “a prática social define grupos e obrigações não por decreto ou ritual, não através da extensão explícita das convenções, mas de maneira mais complexa, introduzida pela atitude interpretativa” (Dworkin, 1986, p. 238).

Assim, pode-se afirmar que as convenções dão origem apenas a uma parcela pequena das obrigações – quando, por exemplo, dois amigos combinam dar o mesmo nome aos seus respectivos filhos primogênitos. A maior parte delas é fruto de atitudes interpretativas da própria prática e se estabelecem, ao longo do tempo, mediante atos e eventos que, muitas vezes, sequer são percebidos como um compromisso – é o caso, seguindo o exemplo da amizade, da responsabilidade que alguém assume de, todos os anos, ligar para um amigo no dia do seu aniversário.³¹

Portanto, não se pode encontrar o fundamento para as responsabilidades associativas em algum pacto ou instrumento contratual firmado entre as partes. É necessário recorrer a outro tipo de justificativa. Partindo da idéia de *reciprocidade*, Dworkin afirma que as obrigações políticas de uma comunidade fraterna devem atender às seguintes condições, isto é, devem ser obrigações: *a*) especiais para o grupo, ou seja, mais importantes do que os deveres gerais devidos a membros de outros grupos; *b*) pessoais, de modo que as responsabilidades sejam assumidas diretamente pelos indivíduos e entre eles, sem a necessidade de percorrer o grupo todo em um sentido coletivo, afastando-se, assim, a possibilidade de se tratar alguém como meio para se atingir um bem-estar coletivo; *c*) decorrentes de uma responsabilidade mais geral – algo como princípios subjacentes – da qual surjam novas e posteriores obrigações; *d*) que reflitam o igual interesse por todos os membros, de modo que a vida de uma pessoa não seja considerada mais importante do que nenhuma outra. (Dworkin, 1986, p. 240-243; Lagerspetz, 1999, p. 108).

Com base nesses critérios, Dworkin distingue dois tipos de comunidade. A *comunidade básica*, que apenas satisfaz condições fáticas, geográficas e históricas. Vale dizer, condições estruturais – tais como fronteiras delimitadas, uma história em comum e um território no qual vivem seus membros – que possibilitam a própria existência da comunidade (Dworkin,

³¹ “As pessoas ficam constrangidas quanto às obrigações da amizade, nos casos normais, apenas quando alguma situação exige que honrem tais obrigações, ou quando essa amizade as deixa saturadas ou desconcertadas, e então já é tarde demais para rejeitá-las sem que isso implique uma forma de traição.” (Dworkin, 1986, p. 239).

1986, p. 243; 1996, p. 24). Por sua vez, a *comunidade verdadeira* corresponde a uma comunidade básica que satisfaz as quatro condições mencionadas e tem como legítimas suas obrigações associativas, de modo que as responsabilidades que ela “mobiliza são especiais e individualizadas, e revelam um abrangente interesse mútuo que se ajusta a uma concepção plausível de igual interesse”. (Dworkin, 1986, p. 243).

Uma comunidade verdadeira é uma comunidade capaz de exercer legitimamente o poder e impor obrigações políticas genuínas aos seus membros. Com esse conceito, Dworkin pretende fundar a legitimidade das decisões políticas a partir de uma releitura do ideal de fraternidade. Por isso, recusa modelos convencionalistas, que justificam a obrigatoriedade de uma decisão a partir de um contrato ou de um acordo de vontades tácito, e busca formular um modelo mais amplo, mais adequado à realidade concreta e, em termos normativos, mais consistente com as exigências de justiça ínsitas ao ideal de integridade política. Dito de outra maneira, após as críticas ao positivismo e à moralidade convencionalista que amparava essa teoria jurídica, a teoria de Dworkin não mais poderia se assentar sob essas bases, demandando um outro tipo de explicação e justificativa para as obrigações políticas.

(2) A questão agora é analisar que modelo de comunidade melhor assegura o respeito às condições que definem as obrigações políticas como legítimas. Dworkin fornece três modelos. O primeiro assemelha-se a uma comunidade básica, uma *associação de fato*, de forma que seus membros vêem a comunidade como um acidente, decorrente apenas do acaso de viverem histórica e geograficamente juntos. Por exemplo, dois estrangeiros vivendo juntos numa ilha deserta após uma batalha naval entre seus respectivos países. Um pode precisar do outro, e por isso não se matam. Mas esse acordo é instável e instrumental, puramente estratégico, de maneira que não se funda em nada duradouro e pode ser revertido a qualquer momento, desde que uma das partes não mais o considere benéfico. (Dworkin, 1986, p. 253).

O segundo modelo é o da *comunidade de regras*. Nela os indivíduos obedecem ao direito por obrigação – e não por estratégia – mas limitam essa obrigação ao conteúdo expressamente previsto nas regras. Estas representam, para os indivíduos, apenas um acordo entre interesses divergentes e não um compromisso público assentado em princípios de justiça, que constituam fundamentos para novas obrigações. Trata-se, enfim, de um acordo no qual cada um cedeu o mínimo possível, visando ganhar o máximo possível, de maneira que não é justo que ele envolva aspectos não abordados expressamente. (Dworkin, 1986, p. 253-254).

Finalmente, o terceiro modelo é o da *comunidade de princípios*. Assim como o modelo das regras, reconhece a importância de obrigações recíprocas. Contudo, os direitos e as obrigações jurídicas são concebidos de forma mais abrangente, envolvendo tanto regras, decorrentes de alguma convenção, como princípios comuns historicamente construídos. (Dworkin, 1986, p. 255).

Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados. Também não presume que esses outros direitos e deveres estejam condicionados à sua aprovação integral e sincera de tal sistema; essas obrigações decorrem do fato histórico de sua comunidade ter adotado esse sistema, que é então especial para ela, e não da presunção de que ele o teria escolhido se a opção tivesse sido inteiramente sua. (Dworkin, 1986, p. 255).

Em seguida, Dworkin mostra que somente o último modelo satisfaz todas as condições de uma comunidade política fraternal, tal como definidas acima. A *comunidade de fato* não acrescenta nada às características de uma comunidade básica, seja por não admitir que as obrigações devam ser especiais para o grupo ou decorrentes de alguma espécie de responsabilidade geral, seja, enfim, por estar fundada na idéia de que as pessoas se interessam pelas outras tão-somente como meio para atingir seus objetivos egoísticos. Já o modelo da *comunidade de regras* atende ao primeiro requisito, pois cada membro demonstra um interesse especial pelo outro, no sentido de que cada um tem o direito de receber os benefícios decorrentes das decisões políticas tomadas anteriormente. Satisfaz, ainda, a segunda condição, na medida em que a responsabilidade é pessoal, manifestando-se diretamente de uma pessoa para outra. Não satisfaz, entretanto, a terceira condição, já que não fornece fundamentos para a consolidação e o respeito de interesses gerais e genuínos, capazes de originar novas obrigações e conferir uma coerência à aplicação das normas. Isso se dá porque o compromisso público do qual decorrem as obrigações políticas é muito superficial, deixando margem para a compreensão da política como um jogo, onde cada um pode promover seus interesses egoísticos. (Dworkin, 1986, p. 255-256).

Por último, como dito, a *comunidade de princípios* satisfaz todas as condições. Reconhece como especiais e individuais as obrigações da comunidade, que são vistas como expressão de um compromisso verdadeiro e profundo, não apenas fundado em regras – decorrentes de acordos entre interesses antagônicos – mas em princípios políticos públicos de

justiça que são aplicados de maneira coerente, respeitando-se a dignidade da pessoa humana e o tratamento igualitário entre seus membros.

Assim, o modelo da comunidade de princípios acata a integridade e fornece uma interpretação do princípio da fraternidade adequada a essa virtude política. Nesse sentido, ao condenar a concepção da política como uma competição entre interesses egoísticos divergentes, e ao rechaçar a possibilidade de leis conciliatórias – fruto de um compromisso ou um meio-termo entre interesses antagônicos –, o modelo dos princípios funda a política e o direito sob novas bases. Concebe a vida comunitária como um empreendimento coletivo de todos os cidadãos, no qual a comunidade expressa em seus atos e em suas decisões uma visão consistente da justiça, cuja marca não é um jogo de interesses entre maioria e minoria, mas, sim, “a promessa de que o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global, fundado em princípios” (Dworkin, 1986, p. 258). Por essa razão, para os membros desta comunidade, a política tem uma outra natureza:

É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possível. (Dworkin, 1986, p. 254).

É nesse sentido que a jurisdição constitucional ganha relevo e pode ser compreendida como um *fórum do princípio* (Dworkin, 1985, p. 41), um espaço privilegiado para a discussão dos princípios públicos que regem uma comunidade. Na comunidade de princípios, os cidadãos são encorajados a expressar suas concepções de justiça e a fornecer novas interpretações da prática jurídica, apontando direitos morais ainda não reconhecidos, contestando decisões contrárias aos ideais de integridade, justiça, devido processo legal adjetivo e equidade, contribuindo, assim, para que sua comunidade se torne melhor do que outrora.

Portanto, o modelo da comunidade de princípios funda a legitimidade política sob bases interpretativas, concebendo o direito não mais como produto de uma moralidade convencionalista ou contratual, mas, sim, como resultado de uma moralidade concorrente, que se desenvolve ao longo da história no curso dos debates ocorridos na esfera pública. A integridade exerce, nesse contexto, um papel fundamental ao amparar a concepção de que os cidadãos estão unidos, para o bem e para o mal, no empreendimento coletivo que é a comunidade. E essa união

fraterna se expressa na certeza de que os princípios de moralidade substantiva pressupostos pelo direito e pelas decisões políticas decorrem de um compromisso profundo com uma visão consistente das virtudes políticas fundamentais.

Neste ponto, percebe-se o equívoco das críticas que acusam Dworkin de formular um modelo solipsista de teoria do direito. Nesse sentido, Habermas (1997, vol. I, p. 276-280) afirma que o direito como integridade se funda no ideal de um juiz (o juiz Hércules), dotado de habilidades sobre humanas e com acesso privilegiado à verdade, capaz de decidir solitariamente, isto é, em um processo monológico no qual busca a resposta correta. É como se a teoria de Dworkin considerasse apenas um único ator, um herói solitário, que toma suas decisões do alto do Olimpo, sem diálogo e sem contato com outros cidadãos.

Ora, o que toda a discussão sobre o modelo de comunidade demonstra é justamente o contrário. A virtude política da integridade se funda em um ideal de fraternidade, que ampara a existência de obrigações cidadãs genuínas, de maneira que o espaço político – no qual se inserem os tribunais e a atuação dos juízes – é um espaço privilegiado para o debate e para discussão pública em torno de direitos e princípios. O juiz não é um agente solitário ou o único e privilegiado ator do direito.³² Ao contrário, é um mero *agente da comunidade*, encarregado de aplicar coerentemente regras e princípios, que, por sua vez, são frutos de intensos debates interpretativos, nos quais o papel dos cidadãos e da discussão pública é crucial. De fato, “os tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes, mas não seus videntes e profetas”. (Dworkin, 1986, p. 486).

(3) Estabelecidas, no primeiro momento, os requisitos que uma obrigação política deve atender para ser considerada legítima, de modo a fundamentar, no segundo momento, um modelo de comunidade fraterna, tal como o da comunidade de princípios, resta, por fim, a questão de compreender o âmbito específico sobre o qual se desenvolve a vida comunitária. Ao longo do capítulo, foram freqüentes as referências a expressões como “princípios morais comuns”, “moralidade construída historicamente em uma determinada comunidade”, chegando-se ao ponto de, no debate sobre a integridade política, sustentar que a comunidade é um agente

³² Aliás, Dworkin (1986, p. 19) ressalta que toma o juiz apenas como modelo para desenvolver suas análises, “não porque apenas os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestamos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica”.

distinto dos indivíduos que a compõem, de maneira que possui responsabilidades e princípios morais próprios.

Pergunta-se, então: o que é, de fato, a “comunidade”? Ou seja, como diferenciar o que é objeto de uma ação ou responsabilidade comunitária do que é objeto de uma ação ou responsabilidade individual? Onde encontrar tais princípios morais substantivos historicamente construídos?

No trabalho em que enfrenta essas questões, Dworkin (1989, p. 135-136) parte de um problema concreto: a decisão da Suprema Corte americana, em *Bowers vs. Hardwick*, que considerou constitucional uma lei da Geórgia que criminalizava a sodomia.³³ Os juízes acataram o argumento de que a comunidade – representada pela maioria – tinha o direito de impor aos indivíduos uma concepção particular de ética sexual. Diante desse exemplo, o desafio que se coloca Dworkin é propor um conceito de comunidade não tão abrangente que sufoque a autonomia individual, mas também não tão restrito a ponto de eliminar toda e qualquer espécie de vínculo comunitário. Afinal, o modelo de comunidade de princípios se funda sobre uma releitura do ideal de fraternidade, que reconhece a existência de fortes laços sociais – que unem os cidadãos na comunidade – decorrentes não apenas de convenções pretéritas, mas também de atitudes interpretativas da prática consolidadas ao longo do tempo. Daí a necessidade de se pensar uma definição mais concreta sobre o que é “a comunidade”, respeitando tanto a independência moral dos cidadãos quanto o modelo fraterno da comunidade de princípios.

Por não atenderem a esse objetivo, o autor rechaça, inicialmente, quatro argumentos comunitaristas sobre a relação entre indivíduo e comunidade.

(a) O *argumento da maioria* identifica o interesse da comunidade com o interesse de uma maioria política numérica, de forma que esta pode impor às minorias uma concepção ética determinada. A objeção que Dworkin levanta, considerando a possibilidade de repressão às minorias, é que *questões éticas*, ou seja, questões que envolvem convicções sobre que tipo de vida é boa ou má para uma pessoa (Dworkin, 1989, p. 135, nota 01), não podem ser deixadas ao total controle de uma maioria. Ao contrário, o espaço ético representa um terreno no qual a maioria não pode se imiscuir, de modo que as decisões no seu âmbito devem ser de ordem individual. É crucial, nesse sentido, assegurar aos indivíduos uma independência moral, uma

³³ Essa decisão, de 1986, foi revista no caso *Lawrence vs. Texas*, no ano de 2003.

esfera reservada de escolha em torno da definição de questões particulares relacionadas aos seus projetos de vida.³⁴

(b) O *argumento do paternalismo* sustenta uma espécie de altruísmo, segundo o qual cada um é responsável pelo bem-estar de seus congêneres (Lois, 2003, p. 10). Baseado nesse princípio, acata-se a idéia de que intervenções coercitivas na esfera privada podem ser utilizadas para evitar comportamentos considerados danosos, tornando mais valiosas e frutíferas as vidas de determinadas pessoas que agem de maneira perniciosa ou adotam modelos de vida nocivos. Dworkin rechaça esse argumento, invocando a idéia de sujeito reflexivo. Afirma, então, que não se pode melhorar a vida de alguém impondo um modelo de vida contra a sua vontade ou diminuindo sua capacidade de avaliação crítica dos comportamentos tidos como obrigatórios. É exatamente essa condição que o paternalismo nega ao relegar a segundo plano o assentimento das pessoas sobre o que torna suas vidas melhor ou pior. O assentimento é, para Dworkin, algo fundamental, de modo que “[...] é improvável que alguém possa levar uma vida melhor indo de encontro às suas mais profundas convicções éticas”³⁵ (1989, p. 151).

(c) O *argumento do interesse individual*, por sua vez, defende que a comunidade é peça essencial na configuração das identidades individuais, de modo que se torna imprescindível garantir os vínculos comunitários a partir de uma homogeneidade ética e cultural. Sob essa perspectiva, a comunidade é vista como uma entidade autônoma garantidora de necessidades materiais, intelectuais e éticas dos indivíduos, de maneira que os desvios não podem ser tolerados. Assim, todo ato que se oponha ao senso comunitário ou ponha em risco a homogeneidade ética e cultural da comunidade é um ato maléfico que, se não for repreendido, pode levar à derrocada da própria organização societária.

Dworkin (1989, p. 155) reconhece a importância dos vínculos comunitários, mas afirma que, ao contrário do que propugna o argumento, eles serão mais fortes em sociedades plurais e que respeitem a diversidade. De outro lado, não há nenhuma razão que justifique a necessidade de se estabelecer tamanha homogeneidade em torno de uma comunidade política –

³⁴ Em outro contexto, o autor (Dworkin, 1996, p. 26) sustenta idéia semelhante: “uma comunidade política genuína deve, então, ser uma comunidade de agentes morais independentes. Ela não deve impor o que os cidadãos pensam sobre questões de julgamento ético, moral ou político, mas deve, ao contrário, garantir condições que os encoraje a se posicionar nessas questões a partir de suas próprias convicções reflexivas e, finalmente, individuais”. [A *genuine political community must therefore be a community of independent moral agents. It must not dictate what citizens think about matters of political or moral or ethical judgment, but must, on the contrary, provide circumstances that encourage them to arrive at beliefs on these matters through their own reflective and finally individual conviction*].

³⁵ [es improbable que alguien pueda llevar una vida mejor si está en contravía de sus más profundas convicciones éticas]

um Estado-nação, por exemplo – e não apenas em torno de comunidades menores – como as entidades religiosas. Por último, o argumento se equivoca ao atribuir uma importância excessiva aos vínculos comunitários. Ora, por mais que as identidades individuais sejam formadas no contexto social, elas não serão abaladas por questionamentos ou desfiguradas pela existência de comportamentos diferenciados. Mais uma vez, Dworkin resguarda a noção de sujeito reflexivo, assegurando aos indivíduos a possibilidade de pôr em questão mesmo as mais arraigadas convicções éticas e tradições morais da comunidade em que vive.

(d) O *argumento da integração* parte de uma crítica à distinção liberal entre esfera pública e esfera privada, defendendo que a vida das pessoas e da comunidade estão de tal modo integradas que o sucesso em um âmbito depende do outro. Ao contrário do modelo paternalista, o argumento da integração não demanda ações altruístas ou benevolentes dos cidadãos para com seus pares. Afirma apenas que a preocupação com o bem-estar comunitário é decorrência natural da preocupação de um indivíduo com seu próprio bem-estar, pois este não pode prosperar sem aquele. O problema desse argumento é que a comunidade é compreendida como um ente metafísico totalizante, que não somente detém primazia diante dos indivíduos, mas também os incorpora em seus atos e decisões. Há aqui uma identificação total entre comunidade e indivíduos, de modo que a vida particular destes não tem qualquer valia ou sentido senão dentro da comunidade. (Dworkin, 1989, p. 161-165).

A fim de formular o seu próprio modelo, Dworkin acata algumas premissas do argumento da integração – particularmente, a idéia de que a comunidade é um agente distinto dos cidadãos e de que há uma relação de continuidade entre esfera privada e esfera pública – mas rechaça o aspecto totalitário do argumento presente na incorporação integral da vida particular na esfera comunitária. Nesse sentido, de acordo com Bonilla e Jaramillo, Dworkin busca reduzir o papel e a abrangência da comunidade em dois aspectos:

[...] primeiro, a noção do que é a comunidade deixa de ser definida do ponto de vista metafísico, para se estruturar a partir do que para o autor seria o ponto de vista da prática; segundo, e como consequência do anterior, excluem-se da idéia de comunidade liberal as práticas que tem a ver com a vida íntima das pessoas e suas convicções morais particulares [...]. (Bonilla e Jaramillo, 1996, p. 40).³⁶

³⁶ [primero, la noción de lo que es la comunidad deja de ser definida desde el punto de vista metafísico, para estructurarse desde lo que para el autor sería el punto de vista de la práctica; segundo, y como consecuencia de lo anterior, se excluyen de la idea de la comunidad liberal las prácticas que tienen que ver con la vida íntima de las personas y sus particulares convicciones morales].

Assim, ao rechaçar a idéia metafísica de uma comunidade anterior aos indivíduos, tal como pressupõe o argumento da integração, Dworkin defende que só podem ser considerados atos comunitários aqueles que se sustentem, na prática, em uma *unidade de agência comum*, isto é, em uma responsabilidade coletiva por determinada ação. Nesse sentido, a comunidade continua sendo considerada como um agente distinto dos cidadãos, dotada de interesses e responsabilidades próprias, mas, doravante, a vida comunitária – aquilo que é comum aos diversos membros de uma comunidade – limita-se às atividades que estes consideram, na prática, como constituintes de sua vida coletiva. (Dworkin, 1989, p. 166).

A questão é como identificar essa unidade de agência comum, ou seja, como diferenciar os atos comunitários e de responsabilidade coletiva dos atos que são meramente individuais. Essa identificação, segundo propõe Dworkin, pressupõe três características. Primeiro, os atos comunitários são *socialmente considerados como coletivos*, ou seja, identificados como atos de uma comunidade como um todo e não de algum indivíduo em particular. Segundo, há uma *intenção cooperativa* entre os diversos atos individuais que constituem um ato coletivo. Dito de outra maneira, os atos individuais são levados a cabo, de forma consciente, com o fim específico de constituir um ato coletivo e não como atos isolados que coincidem ao acaso. Terceiro, são *os próprios atos da comunidade* que definem e *identificam quem são os seus membros* e vice-versa, de modo que “aquele que é considerado membro de uma comunidade assim o é pelos seus atos”. (Lois, 2003, p. 12) e (Dworkin, 1989, p. 167-168).

Valendo-se de uma metáfora, Dworkin sugere que esses três elementos podem ser encontrados em uma orquestra. Trata-se (1) de um empreendimento coletivo, assim considerado tanto pelos músicos como pela platéia, (2) concretizado a partir de atos individuais que visam à constituição de um fim comum – a música como um todo surge a partir da interação consciente dos sons emanados de cada instrumento individual – e, por fim, (3) visto que se trata de representar atos musicais, seus membros são músicos. (Dworkin, 1996b, p. 167-168). Da mesma forma, um time de futebol também (1) constitui um empreendimento coletivo – quando o time perde ou ganha, o resultado é de responsabilidade de todos os jogadores –, no qual (2) há uma intenção cooperativa entre seus membros, (3) que, por sua vez, podem ser identificados, a partir de seus atos comunitários, como jogadores de futebol.

Essa definição de comunidade, que Dworkin denomina de *comunidade liberal*, diferencia-se do modelo anterior, uma vez que

Do ponto de vista metafísico da integração, uma comunidade é uma espécie de superpessoa, e sua vida coletiva incorpora todos os traços e dimensões de uma vida humana. Mas o ponto de vista da prática define a vida comum de uma comunidade de forma mais limitada: somente inclui os atos considerados coletivos pelas práticas e atitudes que a comunidade cria enquanto agente coletivo. A vida comum da orquestra se limita a produzir música [...]: é tão-somente uma vida musical. Este fato determina o caráter e os limites da integração ética das vidas dos músicos à vida comunitária.³⁷ (Dworkin, 1989, p. 168).

Portanto, a proposta de Dworkin apresenta uma noção mais restrita de comunidade, estabelecendo as fronteiras da integração coletiva. Assim como a vida comunitária de uma orquestra se resume à produção de música, a vida comunitária de uma comunidade política se resume aos seus *atos políticos formais*, isto é, às decisões institucionais legislativas, executivas e judiciais. Essas decisões atendem aos requisitos de identificação das práticas coletivas analisados acima: (1) são *atos considerados coletivos*, vistos como atos de uma pessoa jurídica, que não se confundem com os atos particulares que lhe dão forma; (2) são constituídos mediante *uma intenção cooperativa* conscientemente vinculada a um fim coletivo; e, por fim, (3) *os cidadãos de uma comunidade política são os membros* que dão forma às decisões comuns e são também diretamente atingidos por elas. Tal como no caso da orquestra, esses critérios afastam qualquer possibilidade de se estabelecer algo como uma vida comunitária sexual. (Dworkin, 1989, p. 169-170).

Com essas análises, Dworkin mantém o núcleo do liberalismo – o respeito à independência moral dos indivíduos – mas lhe acrescenta uma importante dimensão comunitária, constituindo, assim, o que denomina de *republicanismo cívico liberal*. A comunidade, então, é vista como uma entidade autônoma, definida a partir do ponto de vista da prática, com ações e responsabilidades próprias. Além disso, embora circunscrita aos atos políticos, a vida comunitária ganha um papel mais proeminente do que nas teorias liberais clássicas, que viam a sociedade como um mero instrumento a serviço dos projetos de vida individuais.

A essa estratégia de *descontinuidade* entre esfera pública e esfera privada ou entre a justiça e as concepções de vida boa, Dworkin propõe um modelo alternativo, que – ao acatar, nesse aspecto, o argumento da integração – sustenta uma necessária relação de *continuidade* entre

³⁷ [Desde el punto de vista metafísico de la integración, una comunidad es una especie de superpersona, y su vida colectiva encarna todos los rasgos y dimensiones de una vida humana. Pero el punto de vista de la práctica define la vida comunal de una comunidad más limitadamente: solo incluye los actos considerados colectivos por las prácticas y actitudes que crea la comunidad como agente colectivo. La vida comunal de la orquestra se limita a producir música [...]: es tan solo una vida musical. Este hecho determina el carácter y los límites de la integración ética de las vidas de los músicos a la vida comunal].

vida particular e vida comunitária. Dessa forma, o membro de uma comunidade integrada não é um indivíduo solipsista, atomizado, livre para seguir seus interesses egoístas independentemente do sucesso ou fracasso da coletividade. Ou, ainda, aquele indivíduo liberal dividido entre esfera privada e esfera pública, de modo que, ao entrar nesta, põe entre “parêntesis” suas convicções sobre a vida boa.³⁸ Ao contrário, no republicanismo cívico, o sucesso individual não pode ser dissociado do êxito da comunidade em tratar todos seus membros de maneira igual e, particularmente, em distribuir de maneira justa os recursos coletivos.

A integração da qual fala Dworkin é, essencialmente, uma integração ética, isto é, uma perspectiva que busca conciliar em uma ética geral – que ele denomina de *modelo do desafio*³⁹ – os ideais de vida privada e pública. Assim como há uma relação constitutiva entre teoria do direito e teoria da justiça – como se pôde ver na distinção entre integridade pura e integridade inclusiva – há também uma conexão interna entre teoria da justiça e teoria ética. Se, por um lado, a justiça (distribuição eqüitativa dos recursos e tratamento igualitário dos cidadãos) possibilita aos membros de uma comunidade realizar seus projetos de vida – ou, nas palavras de Dworkin, enfrentar com destreza e em condições adequadas o desafio que é a vida – de outro lado, a dimensão ética recusa e aponta os limites de uma vida que se pauta em atitudes desonestas visando, por exemplo, a obtenção de mais vantagens e recursos do que determina uma distribuição justa.⁴⁰ (Dworkin, 1989, p. 179). Em suma,

³⁸ Nesse ponto, Dworkin (1990a, p. 57) é categórico ao dizer que o liberalismo “[...] parece uma política da esquizofrenia ética e moral; parece nos pedir que nos convertamos, na e para a política, em pessoas incapazes de reconhecerem-se como próprias, em criaturas políticas especiais inteiramente diferentes das pessoas ordinárias que decidem por si mesmas, em suas vidas cotidianas, o que querem ser, o que devem prezar e a quem devem recorrer”. [*parece una política de la esquizofrenia ética y moral; parece pedir-nos que nos convirtamos, en y para a política, en personas incapaces de reconocernos como propias, en criaturas políticas especiales enteramente diferentes de las personas ordinarias que deciden por sí mismas, en sus vidas cotidianas, qué quieren ser, qué hay que alabar y a quién hay que querer*].

³⁹ Cf. Dworkin (2000, p. 250-254). Ao contrário do *modelo do impacto*, que sustenta que o valor de uma vida boa deve ser avaliado pelo seu resultado, isto é, pelas conseqüências geradas no mundo, o *modelo do desafio* sustenta que o valor de uma vida boa decorre da destreza na realização do caminho, como uma performance bem realizada. A vida, nesse sentido, possui um valor intrínseco, de maneira que pode ser considerada valiosa mesmo quando não gera qualquer impacto no mundo. No fundo, é o ideal de integridade, em sua dimensão ética, que rege o modelo do desafio. Aqui fica claro como a teoria de Dworkin se assenta em uma perspectiva holista, que associa, em um procedimento de fundamentação recíproca, direito, moral e ética. A esse respeito, cf. Pérez (2003).

⁴⁰ Nas palavras de Dworkin (2000, p. 265), “se viver bem significa responder de forma correta o desafio correto, então a vida de alguém piora quando ele ludibria outras pessoas para obter, para si, uma vantagem injusta. Sua vida também piora se ele, apesar de não ter culpa direta, viver em uma sociedade injusta, porque então não pode enfrentar o desafio correto, seja por ser rico, com mais do que a justiça lhe permite possuir, seja por ser pobre, com menos do que a justiça lhe atribui”. [*If living well means responding in the right way to the right challenge, then someone’s life goes worse when he cheats others for his own unfair advantage. It also goes worse when, even though no fault of his*

A despeito dos profundos desacordos que separam os cidadãos nas sociedades democráticas contemporâneas, o republicanismo cívico traduz [...] um compromisso com princípios substantivos que garantem um tratamento justo para todos. Em outras palavras, o republicanismo cívico pressupõe uma espécie de fusão entre uma moral política que exige igual respeito e consideração para todos – e que se revela em princípios substantivos – e os interesses pessoais de cada indivíduo, pois uma sociedade justa, segundo Dworkin, é pré-condição para o êxito e o sucesso individual. (Cittadino, 2000, p. 222).

Retomando, então, as questões propostas no início deste tópico, e tentando sistematizar o exposto, pode-se dizer que a conclusão central da proposta de Dworkin é a de que a vida comunitária em uma sociedade democrática se limita aos seus aspectos políticos institucionais. Por isso, uma moral sexual, tal como a estabelecida na lei da Geórgia, não é, de maneira alguma, parte da vida em comum, pois é constituída de atos meramente individuais que não visam a um fim coletivo específico, nem podem ser utilizados como critério para identificar os membros de uma comunidade política. No que concerne às questões éticas, portanto, assegura-se a cada cidadão a independência moral de realizar escolhas e de agir conforme as suas convicções individuais. No entanto, essa limitação da vida comunitária às práticas políticas institucionais não se funda numa distinção rígida entre esfera pública e esfera privada. Reforçando, nesse aspecto, a interpretação do ideal de fraternidade proposta no modelo de comunidade de princípios, o republicanismo cívico liberal propõe uma estratégia de continuidade entre os dois âmbitos, entrelaçando-os de tal maneira, que não se pode pensar no sucesso individual, numa concepção de vida boa, de forma independente do êxito da comunidade em questões de justiça.

Por último, e ainda em torno do conceito de comunidade liberal, é importante enfrentar mais uma objeção à obra de Dworkin, que, se pertinente, poderia trazer alguns inconvenientes para esta pesquisa. Gisele Cittadino (2000, p. 223-224), a partir de uma leitura de Habermas (1997, vol. I, p. 266), afirma que o republicanismo cívico liberal pressupõe uma confiança muito grande na história e nas tradições de uma comunidade, o que seria plausível em países como os Estados Unidos, onde se tem “mais de dois séculos de contínuo desenvolvimento constitucional”, mas inviável em países de tradição autoritária, como, dentre outros, Alemanha, Portugal e Brasil. Nestes países, nos quais “já não é possível se apoiar na confiança antropológica

own, he lives in an unjust society, because then he cannot face the right challenge whether he is rich, with more than justice allows him to have, or poor, with less.].

das tradições”, seria necessário recorrer ao chamado *patriotismo constitucional*, isto é, a um modelo discursivo de democracia assentado em procedimentos que assegurem a formação democrática da opinião e da vontade políticas, no qual o compromisso dos cidadãos é, não com valores compartilhados ou com conteúdos substantivos, mas tão-somente “com as instituições do Estado de Direito e com a democracia radical”.

Em primeiro lugar, é no mínimo questionável a interpretação de que a história americana representa “dois séculos de contínuo desenvolvimento constitucional”. De fato, não houve naquele país uma experiência comparada ao nazismo ou às ditaduras no Brasil e em Portugal, mas isso não significa que se trate de uma história de pura democracia, de total respeito às diferenças e de ininterrupta estabilidade institucional. Basta lembrar da escravidão, permitida constitucionalmente durante certo período; da profunda segregação racial, chancelada até meados do século XX pela Suprema Corte; dos episódios de “aprovação” – sob larga pressão militar da União sobre os Estados do sul e desrespeitando procedimentos fixados na Constituição – das XIII, XIV e XV Emendas, as chamadas “emendas de reconstrução”, no período posterior à guerra civil; e da pressão e das ameaças do Presidente Roosevelt sobre a Suprema Corte no período do *New Deal*.⁴¹ Sem falar em exemplos mais recentes, tais como a pena de morte, a base de Guantánamo, o *Patriot Act* e as muitas invasões e prisões militares pelo mundo afora.⁴² Embora o objetivo aqui não seja equiparar histórias de países tão díspares como Brasil e EUA, parece claro que Dworkin – e qualquer democrata sensato – tem, assim como alemães, portugueses e brasileiros, fortes razões para suspeitar da tradição de seu país, de modo que, se a existência desses fatos não nos leva à conclusão de que as instituições americanas são pouco confiáveis, tampouco parece permitir arroubos ufanistas em relação a elas.

Nesse aspecto, é bastante significativo o fato de que, na prática constitucional norte-americana, o discurso de respeito às tradições morais e institucionais é utilizado, comumente, para defender posicionamentos de fundo conservador. Foi o que ocorreu, por exemplo, em *Bowers vs. Hardwick*, decisão – já mencionada – na qual um dos principais argumentos utilizados pela Suprema Corte, ao sustentar a constitucionalidade da criminalização da sodomia, amparava-se na concepção de que as liberdades fundamentais são apenas aquelas *deeply rooted in this Nation's history and tradition*, isto é, aquelas profundamente enraizadas na tradição e na história

⁴¹ Para mais detalhes sobre esses episódios, cf. Vieira (1999, p. 69-86).

⁴² Para uma crítica à política anti-terror pós 11/09 nos EUA, cf. Dworkin (2003a).

do país, o que não seria o caso dos direitos dos homossexuais. Afinal, tal como afirmou o relator do caso, *Justice White*, é tradição nos EUA a existência de leis proibindo a sodomia, como ocorria, por exemplo, na época da ratificação do *Bill of Rights*, quando todos os Estados a proibiam; em 1868, na promulgação da 14ª emenda – que assegura o princípio da igualdade – quando todos, menos cinco Estados, proibiam; no período subsequente, até 1961, quando todos os estados criminalizavam; e até mesmo na época do julgamento, em 1986, quando a prática era proibida em vinte e quatro Estados.⁴³

Esse exemplo nos leva ao segundo ponto. Ora, mesmo que as premissas empíricas da objeção estejam corretas, suas conclusões teóricas são equivocadas. Assim, ainda que se considere a história e as instituições norte-americanas como “mais confiáveis ou mais estáveis”, é um equívoco apontar o respeito ou a confiança nas tradições como o núcleo do direito como integridade ou como um pressuposto necessário para sua adequação a uma prática. Muito pelo contrário, o cerne da teoria de Dworkin é uma *atitude crítica e reflexiva* diante das tradições. Assim, se, por um lado, aceita-se a tese de que uma comunidade compartilha princípios morais substantivos, de outro, refuta-se que tenham validade atemporal e aplicabilidade irrestrita e imediata. As exigências de justificação, de buscar a melhor interpretação para o caso e de respeitar as virtudes políticas fundamentais de um sistema democrático são alguns dos parâmetros que levam a tal atitude crítica. Interpretar o direito pode ser comparado ao ato de dar continuidade a uma história. Mas “dar continuidade a uma história”, ao contrário do que afirmou o *Justice White*, exige acrescentar algo a essa história – o que só é possível a partir de uma leitura crítica do passado – de forma que, após aquele ato, a comunidade seja mais justa do que foi até então.⁴⁴

Em terceiro lugar, ao admitir que princípios morais substantivos compartilhados são utilizados na prática judicial e que da sua interpretação podem se originar novos direitos, Dworkin não está, como parecem pressupor Habermas e Cittadino, propondo que todo e qualquer

⁴³ Cf. *Bowers vs. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), particularmente, p. 191-194. Disponível na internet em: http://www.sodomylaws.org/bowers/bowers_v_hardwick.htm. Para uma contraposição entre o direito como integridade e os fundamentos historicistas dessa decisão, cf. Dworkin (2000, p. 453-473).

⁴⁴ São exemplos significativos, nesse aspecto, a decisão do caso *Brown vs. Board of Education* e as decisões em sistemas injustos. Cf., respectivamente, Dworkin (1986, p. 453-468 e p. 246). O seguinte trecho, de um artigo denominado *O que a justiça não é*, no qual Dworkin (1985, p. 326-327) critica a concepção comunitarista de Michael Walzer, bem sintetiza essa idéia: “[...] faz parte de nossa vida política comum que a justiça seja nossa crítica, não nosso espelho; que qualquer decisão sobre a distribuição de qualquer bem – riqueza, assistência social, honras, educação, reconhecimento, profissão – seja reaberta, não importa quão firmes sejam as tradições então contestadas, que possamos sempre perguntar se é justo algum esquema institucional estabelecido”.

princípio moral é válido ou aceitável na prática. Como dito, a vida comunitária – isto é, aquilo que nos é comum e, por conseguinte, os princípios morais substantivos que compartilhamos – são, apenas e tão-somente, aqueles que decorrem dos atos políticos formais, ou seja, dos atos emanados dos poderes públicos. Daí que, por exemplo, argumentos religiosos não possam, em si mesmos, ser considerados princípios morais comuns, ainda que a maioria concorde com eles ou ainda que a sua aplicação seja justificada por alguma espécie de altruísmo paternalista ou mesmo que (supostamente) representem a única forma de garantir a homogeneidade comunitária.

Portanto, os princípios que regem uma comunidade decorrem de uma interpretação construtiva, em termos substantivos, daquilo que nos é comum, ou seja, dos atos políticos – e aqui, a Constituição tem um papel proeminente – que fazem parte da nossa vida política comunitária. Como esclarece Dworkin (1977, p. 197), “a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem”, de modo que nem tudo, nem todos os princípios, podem ser considerados comuns e justificáveis à luz do sistema jurídico como um todo, como, aliás, a distinção entre integridade inclusiva e integridade pura deixa bem claro.

Os argumentos propostos e os exemplos mencionados rechaçam a objeção habermasiana à teoria de Dworkin, de maneira que, ao adotar o direito como integridade como referencial para uma análise da prática jurídica brasileira, não é necessário pressupor, em momento algum, uma confiança cega nas nossas tradições. Ao contrário, adota-se como cerne das análises uma atitude crítica e reflexiva diante dessa prática, capaz de rechaçar elementos autoritários e antidemocráticos do passado ainda em vigor no presente, para, desse modo, apontar novos caminhos para o futuro.⁴⁵

⁴⁵ Curioso é que também a teoria habermasiana tem sua aplicação à realidade brasileira questionada a partir de argumentos, se é que podemos chamá-los assim, “empíricos”. Costuma-se afirmar que um modelo procedimental de democracia é formulado nos e para os países centrais, nos quais, ao contrário de países periféricos, o Estado social, efetivamente, cumpriu suas promessas, assegurando benefícios e direitos sociais de forma mais ampla. A nossa vertiginosa desigualdade material, nesse sentido, seria um elemento fático que impossibilitaria ou, ao menos, não recomendaria a importação de tal modelo ao Brasil. Por mais que seja importante atinar ao contexto nos quais as teorias são formuladas e nos quais se pretende aplicá-las, entendo que esses argumentos “empíricos” são relativamente frágeis e acabam por dificultar um maior e um real embate entre as teorias. O debate sobre modelos de democracia será realizado no segundo capítulo.

2.3. Hércules, Jobim e a fundamentação das decisões judiciais

Os tópicos anteriores foram dedicados a expor os fundamentos e as diversas faces do conceito de integridade, destacando-se a sua importância para o clássico debate em torno da legitimidade do direito. Partindo da ideia de que o direito é aquilo que nos é comum, com Dworkin pudemos descobrir que os cidadãos estão unidos no e pelo direito não como decorrência de uma convenção pretérita, de um acordo momentâneo ou, ainda, por um jogo estratégico, no qual cada um busca obter mais e mais vantagens para si. Sem dúvida, os laços sociais fraternos que se constituem por meio do direito são de outra natureza. Compõem uma teia inconsútil de princípios elaborados no curso de um longo e dinâmico processo interpretativo, no qual direitos e obrigações genuínas podem ser negados ou reconhecidos por meio da reafirmação ou revisão de decisões anteriores em um constante embate entre concepções políticas divergentes.

É por isso que, enquanto prática interpretativa, o direito não pode ser adequadamente representado por esquemas convencionalistas simplórios. Expressão de uma história que uma comunidade compartilha, o direito se revela como fruto de um compromisso profundo com os princípios de justiça que amparam as decisões institucionais. É a promessa de tratar a todos como iguais, como sujeitos moralmente independentes e responsáveis por enfrentar os desafios propostos em suas vidas, que move e justifica esse compromisso. A legitimidade, insista-se, não mais pode ser resumida à legalidade, à observância dos procedimentos legislativos ou ao assentimento tácito dos cidadãos às leis aprovadas por seus representantes. Doravante, entram em cena problemas morais complexos, que demandam uma atitude de reconstrução interpretativa da história jurídica pretérita e impõem a juízes e autoridades a responsabilidade de justificar suas decisões com base na melhor interpretação dessa história.

Nessa árdua tarefa de encontrar a resposta correta, a virtude política da integridade, e suas exigências de coerência de princípio, exerce um papel fundamental. Ora, se a essa altura já não podemos mais nos contentar com as justificativas simplórias que explicam a atuação (discricionária) dos tribunais a partir de uma delegação constitucional de funções – o famigerado “é-assim-porque-está-na-lei” – precisamos recorrer a algum padrão que nos permita analisar o conteúdo das decisões judiciais. Eis, então, o último e mais importante desafio a ser enfrentado neste capítulo: afinal, o que o ideal de integridade impõe aos juízes no processo decisório? Como avaliar se uma decisão judicial é legítima ou, ainda, correta?

Embora parte das respostas a essas questões já tenha sido mais ou menos exposta, neste último momento pretendo analisar, com mais detalhes, os elementos que na concepção do direito como integridade condicionam o processo hermenêutico, explicitando quais critérios podem ser utilizados para se aferir a legitimidade substantiva de uma decisão. Esse tópico se justifica também pela necessidade de refutar um modelo de adjudicação muito comum na nossa prática judicial: o pragmatismo jurídico, aqui discutido a partir do modelo proposto pelo juiz e professor norte-americano Richard Posner.

As duas teorias serão defendidas, nas próximas páginas, por dois aguerridos juízes. De um lado, a figura mítica e polêmica do juiz Hércules⁴⁶, tal como descrito por Ronald Dworkin; e, de outro lado, a figura real, mas não menos polêmica, do Ministro Nelson Jobim, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal. Ao final, espera-se mostrar ao leitor e à leitora por que Hércules deve ganhar essa disputa e por que o pragmatismo jurídico, seja a versão do Ministro Jobim, seja a versão mais sofisticada de Richard Posner, é uma teoria perigosa, capaz de minar qualquer esforço no sentido de ampliar a legitimidade política da jurisdição constitucional brasileira.

2.3.1. O argumento Jobim e o pragmatismo cotidiano

De origem norte-americana, particularmente, de autores como Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey, o pragmatismo – ou, na sua versão contemporânea, o “neopragmatismo” – é uma concepção filosófica muito influente nos dias de hoje. Os autores que seguem essa corrente tomam como ponto de partida uma forte desconfiança em relação aos conceitos, aos discursos e a toda terminologia metafísica comum à tradição filosófica ocidental. Esta, segundo os críticos pragmatistas, estaria assentada em variações dos ideais platônicos de verdade, razão contemplativa e princípios morais e políticos capazes de orientar a ação. À abstração ínsita a essa tradição filosófica, o pragmatismo sugere uma guinada empirista, na qual a validade de uma proposição dependeria de um procedimento de observação e demonstração de suas prováveis conseqüências. Substituem-se, assim, os intermináveis debates em torno de conceitos e concepções morais por uma preocupação com soluções práticas para problemas concretos. Em outros termos, perdem valia os “fundamentos” e ganham relevo as análises dos

⁴⁶ Trata-se de um personagem imaginário, de capacidade e sabedoria sobre-humanas, utilizado por Dworkin nas suas diversas obras para demonstrar a estrutura complexa da interpretação jurídica. Cf. Dworkin (1977, p. 165; 1986, p. 287).

resultados e das conseqüências das ações, cabendo aos filósofos e cientistas conduzir suas pesquisas sob um viés empírico. (Posner, 1991, p. 35; 2004, p. 147-148).

Compreende-se, dessa forma, a hostilidade do pragmatismo no que tange a qualquer discussão – que seria inútil – em torno de “slogans vazios” como “igualdade”, “justiça” ou “liberdade”. Termos como estes valeriam, na prática, tão-somente como retórica, ao estilo dos sofistas gregos. É por isso que, para o pragmatismo, os atos humanos não devem ser analisados a partir de critérios “ideais”, “abstratos” ou “objetivos”, mas, sim, levando-se em consideração sua maior ou menor conformidade às necessidades humanas e sociais (Posner, 1991, p. 35-36). Nas palavras de Posner, (2003, p. 06) “o pragmatista não pergunta, por exemplo, se é verdade que o homem tem livre-arbítrio, mas [apenas] quais seriam as conseqüências, *para nós*, de afirmar ou negar tal proposição”.⁴⁷

Partindo desse pressuposto anti-metafísico, Posner busca diferenciar o pragmatismo filosófico – cujo maior representante, atualmente, seria Richard Rorty – do que denomina de pragmatismo jurídico. Longe de um corpo de doutrinas congruente, o pragmatismo jurídico representa um *ethos*, uma cultura largamente difundida na prática judicial norte-americana, que se revela na definição usual do termo “pragmático”, ou seja, a possibilidade de agir sem referência ou preocupação com reflexões abstratas de ordem moral, adaptando-se ao meio social de acordo com o que determinam as circunstâncias. Esse *everyday pragmatism* – um pragmatismo de todos os dias, cotidiano – funda-se em um darwinismo social, elemento inerente a uma sociedade capitalista, na qual predominam a seleção natural e a competição entre indivíduos auto-interessados (e não, por exemplo, ações fraternas amparadas em princípios morais substantivos).

Portanto, o *everyday pragmatism* difere – embora compartilhe com ele de alguns pontos – do pragmatismo filosófico, que é acadêmico, complexo, refinado e expresso em vocabulário técnico, tendendo, ainda, para a contemplação (Posner, 2003, p. 51-52). Segundo Posner, essa filosofia – como qualquer outra – não possui nenhuma relevância ou influência na prática judicial, de modo que o importante “[...] é que juízes e outras autoridades políticas

⁴⁷ [The pragmatist asks, for example, not whether it is true that man has free will but what the consequences would be, <for us>, of affirming or denying the proposition]. (grifo conforme o original).

deveriam pensar em termos de conseqüências sem se preocupar tampouco com a filosofia pragmática; em resumo, eles deveriam ser pragmatistas cotidianos”.⁴⁸ (Posner, 2003, p. 55).

O pragmatismo cotidiano, em suma, baseia-se em uma desconfiança radical em relação à influência que a filosofia política e a filosofia moral podem exercer no agir diário dos juristas. Amparado nessa premissa, defende a utilização do que seria um “senso comum” – darwinista, competitivo, pragmático – da atividade cotidiana dos juízes, incitando-os a agir com base em um raciocínio meramente instrumental, sem qualquer preocupação com considerações de ordem moral ou ética. Se, por um lado, essa idéia o aproxima de uma postura empírica e “realista”, de outro, leva-o às raias do cinismo, uma vez que se constitui como uma teoria, por assim dizer, anti-teórica, negativista – como diz Posner (1991, p. 44), o pragmatismo abre a clareira, mas não ajuda a plantar a floresta – maquiavélica, sem pretensões (ou com diminutas pretensões) normativas e, finalmente, compatível com quaisquer concepções políticas. Trata-se de um profundo ceticismo que pretende redefinir o papel da filosofia do direito, demonstrando que “o sonho de usar a teoria para guiar ou limitar a ação política, incluindo a judicial, é apenas isso – um sonho”.⁴⁹ (Posner, 2003, p. 55-56).

Neste ponto, surge uma primeira crítica ao pragmatismo. Ora, Posner pressupõe uma distinção – já rechaçada neste capítulo – entre dois níveis de discurso: o usual (o que ele denomina de “cotidiano”) e o arquimediano (ou filosófico). Como se pôde demonstrar à exaustão, essa distinção não se sustenta. Não existe essa diferenciação. Os discursos – do filósofo, do juiz, do cidadão – são todos, igualmente, discursos interpretativos da prática jurídica. De modo que ao acrescentar o termo “everyday” (cotidiano) à sua concepção de pragmatismo, no fundo, Posner *não acrescenta, nem modifica nada*. Ou se modifica alguma coisa é ainda no plano teórico e filosófico, no qual se mantém, uma vez que o que ele faz é questionar alguns dos argumentos de outros autores pragmatistas, fornecendo um modelo alternativo. Significa dizer que ele continua fazendo filosofia⁵⁰, interpretando a prática constitucional norte-americana e recorrendo às conseqüências como critério normativo aplicável às decisões judiciais.

⁴⁸ [is that judges and other policy-makers should think in terms of consequences without bothering their heads about pragmatic philosophy either; that they should be, in short, everyday pragmatists.]. O próprio Rorty concorda com Posner neste quesito: “[...] Eu concordo com Posner que, provavelmente, os juízes não irão encontrar proveito nos – antigos ou novos – filósofos pragmatistas”. [I agree with Posner that judges will probably not find pragmatist philosophers – either old or new – useful] (Rorty, 1991, p. 92).

⁴⁹ [the dream of using theory to guide and constrain political, including judicial, action is just that – a dream].

⁵⁰ Como, aliás, o próprio Posner (2003, p. 40) reconhece ao dizer que “uma coisa é ignorar a filosofia *mainstream* ou, de fato, toda a filosofia, como a maior parte das pessoas o faz. Uma outra coisa é atacá-la. Apesar de heterodoxo,

Esse argumento fica mais claro ao se considerar que seria possível, sem muita dificuldade, fazer referência a uma concepção “cotidiana” do direito como integridade. Isso porque, como se verá no último capítulo, apesar dos Ministros do STF não recorrerem, expressamente, a nenhum dos autores citados, tanto o pragmatismo quanto o direito como integridade são concepções comumente utilizadas na nossa prática judicial. Significa dizer que também há, na prática jurídica brasileira (e, sem dúvida, também na prática norte-americana), um *ethos* de integridade, uma cultura de respeito às exigências de igualdade e de coerência de princípio nas decisões judiciais. Não se pode ignorar, nesse sentido, que a demanda por coerência nas ações é algo corriqueiro, um padrão ético que a todo o momento utilizamos para avaliar desde as mais simples ações individuais – basta lembrar da expressão “dois pesos, duas medidas” – até as mais complexas decisões políticas. A integridade, enfim, não é um conceito “abstrato”, inventado por um filósofo que vive no mundo das idéias ou coisa parecida. Trata-se de um conceito que parte de nossas convicções morais intuitivas e procura oferecer-lhe uma estrutura teórica mais bem elaborada e sistemática, conforme o procedimento do equilíbrio reflexivo.

O que quero ressaltar com essa objeção é que o pragmatismo cotidiano apenas encobre sob o manto de discursos empírico-descritivos o que, no fundo, é uma interpretação construtiva da prática judicial, de maneira que é nesse campo, isto é, enquanto *uma teoria interpretativa da prática judicial*, que o pragmatismo deve ser analisado. O “empirismo”, o “realismo”, a “distância da filosofia acadêmica” e a “proximidade com o nível operacional do direito”, por isso, não lhe conferem nenhuma vantagem sobre a teoria do direito como integridade. Se o pragmatismo é uma filosofia – heterodoxa, cotidiana, pouco importa – isso implica em reconhecer que ela também fornece uma interpretação da prática judicial. E ao fazer isso, Posner está insistindo no fato de que o pragmatismo é a melhor interpretação dessa prática, ou seja, a interpretação mais adequada e a que fornece os melhores argumentos substantivos para

este é um movimento interno à filosofia. Esta não tem fronteiras fixas [e] se alguém passa sua carreira escrevendo contra ela, do que mais poderia ser chamado, usualmente, senão de um filósofo?”. [It is one thing to ignore mainstream, or indeed all, philosophy, as most people do. It is another thing to attack it. That is a move within philosophy, however heterodox a one. Philosophy has no fixed boundaries; if someone spends his career writing against philosophy, what else might one usefully call him but a philosopher?]. Nesse sentido é que Posner reconhece que o pragmatismo também é uma teoria. Contudo, ele acrescenta – amparado, mais uma vez, na mencionada divisão entre os dois níveis de discurso – que há um diferencial, uma vez que se trata de uma teoria preocupada em guiar a investigação empírica. O pragmatismo, assim, ao contrário da filosofia política tradicional, que toma as abstrações e os conceitos ideais como fim em si mesmo, utiliza-se da teoria como uma ferramenta, um instrumento para identificar os efeitos empíricos das ações humanas. É aqui que as teorias econômicas podem ajudar as análises jurídicas, particularmente, identificando os efeitos econômicos e a eficiência das decisões. Cf. Posner (2003, p. 77-78).

justificá-la.⁵¹ É nesse plano, em suma, que devemos avaliar e confrontar o pragmatismo com o direito como integridade.

Feita essas considerações preliminares, o próximo passo é expor, com mais precisão, a teoria pragmatista da adjudicação. Para tanto, podemos tomar como ponto de partida uma recente entrevista do Ministro do STF, Nelson Jobim, ao jornal *Valor Econômico*, na qual ele defende uma concepção semelhante às propostas de Richard Posner.

Em suas declarações, o Ministro se opôs ao que denominou de “ética fundamentalista”, defendendo uma atuação “pragmática” ou “consequencialista” da jurisdição constitucional. Segundo essa perspectiva, ao decidir um caso difícil, os juízes deveriam levar em conta e avaliar as possíveis consequências econômicas e sociais do ato decisório. Este seria um critério importante, por exemplo, em processos envolvendo agências reguladoras, nos quais estaria em jogo o desenvolvimento econômico do país. Resumindo sua posição, e em resposta à pergunta de se o judiciário deve julgar “de olho nas contas públicas”, o Ministro afirmou que

Quando só há uma interpretação possível, acabou a história. Mas quando há um leque de interpretações, por exemplo cinco, todas elas são justificáveis e são logicamente possíveis. Aí, deve haver outro critério para decidir. E esse outro critério é exatamente a consequência. Qual é a consequência, no meio social, da decisão A, B ou C? Você tem de avaliar, nesses casos muito pulverizados, as consequências. Você pode ter uma consequência no caso concreto eventualmente injusta, mas que no geral seja positiva. E é isso que eu chamo da responsabilidade do Judiciário das consequências de suas decisões. (Jobim, 2004, p. 02).

No mesmo sentido, Posner (2004, p. 150) assim resume seu posicionamento:

O cerne do pragmatismo jurídico é a adjudicação pragmática, e o cerne da adjudicação pragmática é uma elevada consciência judicial em torno das – e direcionada às – consequências. E, desse modo, uma disposição em fundamentar julgamentos políticos com mais atenção aos fatos e às consequências do que em conceitualismos e generalidades.⁵²

A partir da significativa fala do Ministro, e dos pressupostos teóricos sustentados por Posner, podemos desmembrar a concepção pragmatista de adjudicação em três pontos.

⁵¹ Nesse aspecto, a seguinte passagem é bastante elucidativa: “[...] o ponto decisivo é que nos EUA do século XXI não há alternativa ao pragmatismo jurídico”. [*the decisive point is that in the United States of the twenty-first century there is no alternative to legal pragmatism*]. (Posner, 2004, p. 155).

⁵² [*The core of legal pragmatism is pragmatic adjudication, and the core of pragmatic adjudication is heightened judicial awareness of and concern for consequences, and thus a disposition to ground policy judgments in facts and consequences rather than in conceptualisms and generalities*].

(1) Em primeiro lugar, envolve a noção dos *direitos como instrumentos a serviço da comunidade*. Isso significa que os direitos podem ser sacrificados, desde que as conveniências e o futuro da coletividade assim o exijam. Sob a condição de que, no geral, os benefícios sejam positivos, o argumento Jobim aceita que, eventualmente, uma injustiça possa ser cometida no caso concreto. Por sua vez, Posner (2003, p. 292-321) afirma que a *lei da necessidade* – que vem à tona em situações excepcionais ou de emergência – pode suspender a força dos direitos e da Constituição. O pragmatismo, nesse sentido, é um modelo de decisão judicial que busca evitar e prevenir crises, instabilidades institucionais e desordens políticas, aproveitando-se da flexibilidade do(s) direito(s) para atribuir primazia às conseqüências imediatas da decisão se estas forem “suficientemente graves”.⁵³ Trata-se, desse modo, de uma concepção cética do direito, que, no fundo, nega a existência de direitos prévios às decisões atuais. Em suma, os direitos não são trunfos que devem ser garantidos, mas instrumentos – em certo sentido, descartáveis – a serviço do bem-estar da comunidade.

(2) Em segundo lugar, como pressupõe uma teoria cética ou instrumental dos direitos, sustenta que, em um caso difícil, *a conseqüência é um critério essencial para a tomada de decisões*. Posner, no entanto, buscando esclarecer o que seria uma leitura equivocada de Dworkin sobre o pragmatismo, deixa claro que este não é uma forma de conseqüencialismo, posto que não se compromete com alguma teoria política determinada, tal como o utilitarismo, que se funda numa estratégia de maximização do bem-estar geral medida em termos do grau de felicidade ou de prazer dos indivíduos. O pragmatismo, então, não fornece nenhuma teoria sobre como avaliar as melhores conseqüências, nem um conteúdo capaz de identificá-las. Cortam-se os arbustos, afirma Posner, mas não se empreendem quaisquer esforços no sentido de plantar a floresta. Esta é uma tarefa que cabe apenas ao juiz. É ele que deve escolher, a partir do contexto e de seus próprios valores, qual a melhor, quer dizer, qual a decisão mais razoável. Por isso, para Posner (2003, p. 64-65), o critério último de uma decisão judicial pragmática não é a conseqüência – em si mesmo considerada – mas a *razoabilidade*. Contudo, eis uma boa pergunta, como identificar uma decisão “razoável”? Posner se limita a dizer – até porque sua aversão à filosofia moral não lhe permite dizer muito – que um juiz pragmático deve ser prudente,

⁵³ “A questão não é que o direito é suspenso em períodos de emergência [...]. Mais propriamente, a questão é que, em regra, o direito é flexível o bastante para permitir aos juízes atribuir peso determinante às conseqüências imediatas da decisão se estas conseqüências forem suficientemente graves”. [*The point is not that law is suspended in times of emergency (...) The point rather is that law is usually flexible enough to allow judges to give controlling weight to the immediate consequences of decision if those consequences are sufficiently grave*]. (Posner, 2003, p. 295).

buscando a decisão mais razoável possível “all things considered”, ou seja, levando tudo – leia-se, todas as possíveis conseqüências – em consideração.

Ao que parece, a idéia de razoabilidade não altera muita coisa, uma vez que as conseqüências continuam sendo um critério essencial – embora indeterminadas em termos teóricos substantivos – para as decisões judiciais. De qualquer forma, um juiz pragmatista não está obrigado a julgar sempre de acordo com as conseqüências – tal como poderia sugerir uma teoria utilitarista – mas pode, em casos excepcionais, e desde que as circunstâncias assim determinem, levar em conta os textos legais e as decisões judiciais precedentes.

(3) Por fim, em decorrência dos pontos anteriores, o pragmatismo *não atribui nenhum valor às decisões passadas e à coerência entre estas e as decisões presentes*. O juiz deve julgar olhando para o futuro, de maneira a assegurar a interpretação que lhe pareça mais “razoável” ou mais adequada à melhoria da comunidade. Nas palavras de Dworkin (1986, p. 185), “liberado da mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência” um juiz pragmatista é, essencialmente, um criador do direito (Eisenberg, 2003, p. 49). Ele pode até valorizar o passado, mas nunca com base em um senso de obrigação fundado em alguma espécie de argumento moral independente – como, por exemplo, a idéia de que os casos iguais devem ser tratados igualmente. Uma continuidade pragmática em relação ao passado, portanto, somente ocorrerá se for estrategicamente necessária, se as circunstâncias do caso e suas virtuais conseqüências assim determinarem (Posner, 2003, p. 71-73).

O direito como integridade se opõe, em todos os termos, ao argumento Jobim e ao pragmatismo cotidiano. Aos três tópicos mencionados, fornece três diferentes alternativas que, juntas, configuram uma teoria geral da decisão judicial mais adequada à prática jurídica brasileira e, em termos substantivos, superior à fornecida pelo pragmatismo. A exposição será feita a partir de três perguntas que correspondem, respectivamente, aos temas tratados nos pontos (1), (2) e (3) acima.

2.3.2. As objeções de Hércules

(1) Os direitos fundamentais são instrumentos a serviço da comunidade?

A resposta a essa questão, como já se pode imaginar, é negativa. Os direitos não são, nem podem ser compreendidos, como instrumentos a serviço da comunidade. Isso porque, no modelo do direito como integridade, os direitos possuem duas características essenciais.

Primeiro, um *fundamento moral*, isto é, uma justificativa substantiva que explicita o grau, a extensão e o modo pelo qual eles podem qualificar a vida humana. Segundo, em decorrência do primeiro ponto, os direitos se constituem enquanto *mandamentos deontológicos*, ou seja, trunfos políticos que impõem aos governos e também aos demais cidadãos o dever de respeitar, incondicionalmente, suas prescrições.

No que concerne ao primeiro aspecto, pode-se encontrar na obra de Dworkin duas formulações bastante próximas. Nos seus escritos mais antigos (Dworkin, 1977 p. 304-305), a instituição de um direito é justificada com base nos princípios da dignidade humana e da igualdade política. A *dignidade humana* é definida como o princípio que se contrapõe e veda tratamentos injustos de seres humanos, isto é, incompatíveis com seu reconhecimento como um membro pleno da comunidade humana. Por sua vez, a *igualdade política* sustenta o princípio de que os membros mais frágeis da sociedade têm o direito à mesma consideração e ao mesmo respeito que os mais poderosos.

Dizer que uma pessoa possui um direito, nesse sentido, significa reconhecer que ela tem uma forte justificativa para a proteção de sua dignidade e de sua posição enquanto detentora da mesma consideração e do mesmo respeito diante dos demais. Os direitos são fundamentais, justamente, porque representam e consolidam condições básicas através das quais as pessoas podem projetar suas vidas de acordo com seus próprios desígnios.

Assim, se os direitos têm sentido, a violação de um direito relativamente importante deve ser uma questão muito séria. Significa tratar um homem como menos que um homem ou como se fosse menos digno de consideração que outros homens. A instituição de direitos baseia-se na convicção de que isso é uma grave injustiça e que vale a pena arcar com o custo adicional, em política social ou eficiência, necessário para impedir sua ocorrência. (Dworkin, 1977, p. 305-306).

Nos trabalhos recentes do autor (Dworkin, 2000; 2003) essa análise é complementada e reforçada com os *princípios do individualismo ético*. De um lado, congregando os dois anteriores, o princípio de *igual importância* assinala o fato de que a vida de todo ser humano é igualmente relevante, no sentido de que cada um deve ter assegurada pela comunidade as mesmas condições de obter êxito e de levar uma vida próspera. De outro lado, o princípio da *responsabilidade especial* confere a cada indivíduo uma independência moral, no sentido de que é responsabilidade sua formular julgamentos sobre o tipo de vida que pretende levar e qual a melhor maneira de utilizar os recursos disponíveis. A título de exemplo, pode-se mencionar que

enquanto o segundo princípio ampara os direitos liberais tradicionais – tais como as liberdades de religião e de consciência – o princípio de igual importância rechaça qualquer tipo de discriminação social em torno de raça, gênero ou nacionalidade, justificando, ainda, a existência de direitos sociais.⁵⁴ De acordo com Dworkin (2000, p. 324), consentâneo, nesse aspecto, com os ideais firmados com o modelo da comunidade de princípios e com a proposta do republicanismo cívico liberal,

Qualquer sociedade fiel a esses dois princípios deve adotar estruturas institucionais e jurídicas que reflitam igual consideração a cada um na comunidade, mas ela deve insistir também, em respeito ao segundo princípio, que o destino de cada um deve ser sensível às suas próprias escolhas.⁵⁵

Numa comunidade como esta, que compartilha princípios morais substantivos, é de extrema relevância que cada um possa levar uma vida digna e próspera, obtendo êxito nos seus projetos e desafios. E essa, vale ressaltar, não é uma questão de índole meramente individual. Muito pelo contrário, decorre de uma interpretação do ideal de fraternidade que ampara uma fusão ética entre vida privada e vida comunitária, concebendo o direito como um empreendimento coletivo assentado na promessa da comunidade de tratar todos os cidadãos como iguais. É por isso – em atenção ao princípio de igual importância – que uma comunidade se torna melhor e mais justa na medida em que, acatando a virtude política da integridade como padrão decisório, assegura direitos fundamentais pré-existentes e distribui os recursos coletivos de forma igualitária.

⁵⁴ Em face de seu posicionamento “liberal”, Dworkin muitas vezes foi criticado – e esse sempre foi colocado como um limite à adequação de sua teoria ao Brasil – pelo fato de não se preocupar ou, ainda, não abranger os direitos sócio-econômicos em sua teoria. Em um trabalho recente, essa questão é respondida de forma direta: “nenhuma compreensão de como nós tratamos as pessoas como iguais poderia se fechar permitindo que algumas pessoas passem fome ou morram em virtude da falta de tratamento médico adequado. Então, a resposta para a tradicional pergunta deve ser um firme sim: é claro que existem direitos humanos econômicos; estes decorrem da mais simplória avaliação do que significa tratar vidas humanas como igualmente importantes”. [*No understanding of how we treat people as equals could encompass letting some of them starve or die from lack of basic medical care. So the answer to the traditional question must be a strong yes: of course there are economic human rights; these flow from the crudest account of what it means to treat human lives as equally important.*]. (Dworkin, 2003, p. 08). Embora essa análise não integre os objetivos deste trabalho, é importante dizer que o debate sobre os direitos sociais na obra de Dworkin parte de uma concepção particular de justiça distributiva, denominada de *igualdade de recursos*, e vem sendo desenvolvida por ele desde o início da década de 1980. Vários desses artigos foram compilados em Dworkin, 2000, cf., especialmente, p. 65-119.

⁵⁵ [*Any society faithful to these two principles must adopt legal and institutional structures that reflect equal concern for everyone in the community, but it must also insist, out of respect for the second principle, that the fate of each must be sensitive to his own choices*].

É por isso, também, que os direitos não podem ser compreendidos como instrumentos descartáveis, pois tal concepção somente se justifica em um modelo de *comunidade de fato*, representado por uma associação instável, egoística e puramente instrumental. Numa sociedade como esta, a maioria – pelo simples fato de ser maioria e ter mais poder do que outros grupos – pode discriminar determinadas pessoas, proibir comportamentos considerados imorais ou, ainda, negar a aplicação de direitos assegurados em decisões pretéritas. A política, então, é vista como um lugar de força, uma guerra de todos contra todos ou, ainda, não por acaso o modelo de democracia defendido por Posner⁵⁶, uma mera competição entre os membros egoístas de uma elite política interessada em obter votos dos eleitores.

Assim, qualquer interpretação aceitável dos direitos fundamentais deve concebê-los como trunfos políticos sustentados por uma justificativa de ordem moral, que exige da comunidade tratar todos os seus membros como seres iguais e responsáveis por suas escolhas. O que define a política e o direito não é um jogo no qual o mais forte vence e impõe, livremente, sua vontade aos demais. O compromisso com os princípios do individualismo ético determina um agir comunitário, fraterno, delimitado por uma interpretação coerente dos princípios de justiça estabelecidos no passado. Os direitos humanos, por isso, constituem a pedra de toque de uma comunidade de princípios. Eles expressam as mais fundamentais conquistas e garantias firmadas ao longo da história que uma comunidade compartilha. Constituem, enfim, trunfos contra a vontade da maioria (Dworkin, 1985, p 82), isto é, direitos contra o governo e contra os interesses ocasionais que o assumem. Daí que, salvo justificativas especiais⁵⁷, mesmo a vontade coletiva e da maioria da população devam ceder diante de reivindicações sustentadas por direitos individuais. É o ideal de integridade e o compromisso comunitário em respeitar os princípios de igualdade e de responsabilidade especial que estabelecem essa obrigação. Se assim não fosse, quer dizer, se qualquer justificativa fosse aceitável para restringir direitos, então estes nada mais

⁵⁶ Resgatando Schumpeter, e criticando boa parte do debate contemporâneo em torno de modelos de democracia deliberativa, Posner argumenta que a política nada mais é do que um espaço no qual uma elite política auto-interessada compete entre si pelos votos do povo. Este, por sua vez, também é composto por pessoas auto-interessadas e pouco informadas sobre a política. Por isso, nesse modelo, a deliberação pública sobre questões de interesse coletivo e o respeito aos princípios de justiça estabelecidos não exerce papel algum, nem possui qualquer importância. Cf. Posner (2003, p. 130-212).

⁵⁷ Dworkin (1977, p. 307) delinea três justificativas plausíveis para a restrição de um direito, que envolvem a necessidade de demonstrar: (1) que os valores protegidos pelo direito não estão em jogo ou estão de forma apenas atenuada; (2) a existência de um direito concorrente individual mais importante, não sendo aceitável a ponderação entre direitos individuais e “direitos” da coletividade; (3) que o custo para a sociedade seria de grau suficientemente alto e muito superior ao custo pago no caso da concessão do direito original. Ver, em sentido semelhante, Dworkin (1985, p. 558-559).

representariam do que um simulacro, uma frágil promessa, que, diante do mínimo inconveniente, seria posta de lado.

Delineia-se, neste ponto, a segunda característica essencial dos direitos, qual seja, sua *dimensão deontológica*, que se revela no sentido de que os direitos expressam ordens imperativas e obrigações incondicionais aplicáveis igualmente a todos os cidadãos. Por isso, como explicita Habermas (1997, vol. I, p. 314-323) em sua crítica ao Tribunal Constitucional Alemão e a Robert Alexy, os direitos apresentam uma pretensão de validade binária – isto é, só podem ser válidos ou inválidos – de modo que não se confundem com valores teleológicos a serem cumpridos de modo gradual. Habermas chama a atenção para o fato de que ao se confundir direitos fundamentais com valores, corre-se o risco de eliminar ou ignorar o caráter especificamente jurídico desses direitos (normas de ação obrigatórias), submetendo-os a juízos de ordem funcional, pautados em análises de conseqüências ou de ponderação e equilíbrio entre valores concorrentes.

No modelo pragmatista, o esquema de “ponderação de valores” assume contornos ainda mais perigosos na medida em que se assenta em uma razão puramente instrumental, que se ampara em uma análise empírica – na prática, especulativa – de custo e benefício. Em última instância, diante dos valores em jogo e das prováveis conseqüências da decisão, o pragmatismo sempre convida os juízes a se perguntarem: *afinal, qual o mal menor?* Desrespeitar, por exemplo, garantias fundamentais em prol da segurança da comunidade ou assegurar as liberdades civis e ampliar o risco de sofrer um ataque terrorista? Garantir o sucesso de um plano econômico ou assegurar o direito individual de contestar o plano no judiciário e correr o risco de instaurar o caos na economia do país? Mais uma vez, tem razão Habermas quando, amparado nas teses de Dworkin, afirma que os direitos fundamentais,

[...] ao serem levados a sério em seu sentido deontológico, não caem sob uma análise dos custos e vantagens. [...] Uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito – e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre valores. (Habermas, 1997, vol. I, p. 322-323).

Assim, o caráter deontológico dos direitos fundamentais afasta uma outra característica da adjudicação pragmática. Ora, se os direitos devem ser levados a sério, o papel da jurisdição constitucional não pode ser o de, tal como afirma Posner, prevenir crises ou evitar

desordens sociais e institucionais a partir de uma ponderação entre os valores de “liberdade” e “segurança”. A “lei da necessidade” não suspende, nem pode suspender a vigência dos direitos.

Aliás, é importante enfatizar – e, no terceiro capítulo, essa questão virá à tona com maior nitidez – que o discurso da necessidade, do excepcional, das crises e das conseqüências nefastas é um discurso constante e sempre presente na esfera constitucional do país. Um discurso, portanto, perigoso, que clama, cotidianamente, por uma maior flexibilidade dos direitos, por uma identificação destes com os fatos, submetendo-os ao império das circunstâncias em nome de uma razão estratégica que trata garantias fundamentais dos cidadãos – compromissos que obrigam, incondicionalmente, a comunidade a tratar a todos como iguais – como um instrumento descartável a qualquer momento.

Opondo-se a essa visão pragmática, o direito como integridade sustenta que, numa comunidade de princípios, a jurisdição constitucional exerce um outro papel: o de identificar os direitos dos cidadãos e garanti-los com base em argumentos morais independentes, mesmo que as especulações sobre supostas conseqüências e crises apontem em sentido diverso. Pois, condicionar a garantia de um direito às conveniências do governo de plantão ou, nas palavras de Vera Chueiri (1997, p. 160), a “expedientes imediatistas de consecução da felicidade geral, leia-se, mendigadas doses de bem comum” é, em última instância, endossar a (inaceitável) tese de que os direitos não valem nada. Por tal motivo, insista-se, mesmo diante de algum suposto prejuízo ao bem-estar geral da comunidade ou a algum “bem coletivo”, os direitos devem ser garantidos e respeitados. Afinal,

Não haveria sentido algum em alardear nosso respeito pelos direitos individuais, a menos que isso envolvesse algum sacrifício. E esse sacrifício deve ser o de renunciar a quaisquer benefícios marginais que nosso país possa vir a obter, caso ignore esses direitos, quando eles se mostrarem inconvenientes. Assim, o benefício geral não pode ser uma boa razão para a restrição dos direitos [...]. (Dworkin, 1977, p. 296).

É por tudo isso que o pragmatismo não se sustenta. Ao conceber os direitos como instrumentos descartáveis, ele ignora o fundamento moral e a dimensão deontológica que os distingue de outros tipos de regras. E ao fazer isso, abre a possibilidade de que algumas pessoas sejam tratadas como menos importantes do que outras ou, ainda, que algumas pessoas tenham que arcar com uma injustiça no caso concreto em prol de um (suposto) benefício geral.

(2) Que tipos de argumentos uma decisão judicial pode oferecer?

A tese de que os direitos possuem uma justificação moral e uma dimensão deontológica, traz algumas implicações para o processo de fundamentação das decisões judiciais. A primeira delas é que a “consequência” não pode ser utilizada como critério último para a definição da resposta correta. Uma conhecida distinção de Dworkin (1977, p. 129) é muito importante nesse aspecto. Segundo o autor, na prática judicial, os juízes recorrem, comumente, a dois tipos de argumentos. De um lado, por meio dos *argumentos de princípio*, justificam as decisões com base na existência de um direito individual ou de um grupo. De outro lado, ao se valerem dos *argumentos de política*, mencionam algum objetivo coletivo da comunidade como um todo.

A *tese dos direitos*, tal como formulada por Dworkin, pode ser assim resumida: as decisões judiciais, particularmente nos casos difíceis, devem ser geradas por argumentos de princípio e não de política. O papel dos juízes, nesse sentido, é, com base na melhor interpretação do caso, identificar e reconhecer quais direitos as partes têm, pois esse é o âmbito específico no qual o judiciário atua e deve atuar. Os argumentos de política têm o seu lugar genuíno no processo legislativo, onde as exigências de fundamentação e de coerência com as decisões anteriores são menores. Por exemplo, ao conceder isenção fiscal a um segmento da economia, o legislativo pode levar em conta objetivos coletivos, como a geração de emprego ou o aumento das exportações. Já à jurisdição constitucional cabe decidir a conformidade desta política com o direito, ou seja, se algum princípio importante está sendo violado ou se os direitos individuais estão sendo respeitados.

Em termos concretos, a tese dos direitos questiona a utilização de argumentos consequencialistas extra-jurídicos – tais como, para citar exemplos extraídos de decisões do STF, “desastre econômico iminente, o custo exagerado do transporte de deficientes, a explosão da criminalidade, ou a crise energética” (Vieira, 2002, p. 231) – nas decisões judiciais. Ao se valer de critérios como esses, a jurisdição constitucional desrespeita a integridade do direito e dificulta o controle social de suas decisões. O processo decisório, então, aproxima-se da irracionalidade, corrompendo-se os mais basilares princípios que instituem o Estado de direito, de maneira a debilitar a legitimidade dos tribunais. Daí que o papel da jurisdição constitucional não seja o de garantir a governabilidade – pano de fundo de boa parte dos argumentos consequencialistas –, mas, sim, assegurar direitos. (Vieira, 2002, p. 231).

Neste ponto, é importante lembrar que Posner procura diferenciar o pragmatismo de um consequencialismo estrito. Segundo afirma, apesar da ênfase nas consequências, o critério último utilizado por um juiz pragmatista é o da *razoabilidade*. Assim, ele não necessariamente deve decidir com base nas consequências, mas pode também considerar o que determinam as regras e os princípios aplicáveis ao caso (embora, segundo ressalta Posner (2003, p. 59), um juiz pragmatista somente confira maior peso às consequências sistêmicas – isto é, à observância da lei, dos precedentes e do texto da Constituição – em circunstâncias excepcionais). Uma decisão razoável, portanto, é aquela que leva em consideração todos os elementos em jogo, tanto os prováveis efeitos imediatos, como também as prescrições do sistema normativo.

Essa “atenuação” do pragmatismo – uma guinada das consequências para a razoabilidade –, contudo, não altera muita coisa. Trocam-se os rótulos, ameniza-se um pouco o excesso de liberdade do juiz, mas se mantêm os mesmos fundamentos. Afinal, o pragmatismo continua sem oferecer critério algum para se avaliar quais as melhores ou mais razoáveis consequências em determinado caso. É o próprio juiz que deve, diante das circunstâncias, fazer essa análise. De modo que qualquer teoria, qualquer juízo sobre qual a melhor das decisões é aceitável, da mais radical a mais reacionária. Por exemplo, imagine-se que um juiz entende que o agronegócio é peça essencial para o desenvolvimento econômico do país. Em um caso concreto, ele decide pela inconstitucionalidade de um recente aumento na carga tributária, sob a única justificativa de que aquela atividade econômica poderia ser inviabilizada, gerando desemprego, redução das exportações, dentre outros efeitos perversos. Em sede de recurso, o presidente do tribunal, que não subscreve o mesmo entendimento, suspende a decisão, em face de uma eventual lesão à ordem pública – tal como a decorrente da falta de recursos para programas governamentais importantes. Sem dúvida, o pragmatismo não teria nada a opor a nenhuma das decisões. Ambas têm como principal fundamento as consequências dos atos em questão. Como salienta Dworkin (1986, p. 195), “o pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor”, de maneira que acata qualquer argumento desde que seja “razoável”.

A limitação do pragmatismo fica ainda mais nítida se distinguirmos dois tipos de argumentos de política. De um lado, os *argumentos de política indeterminados* se limitam a considerar as consequências fáticas imediatas da decisão, sem uma preocupação mais específica com alguma teoria política de fundo. De outro lado, os *argumentos de política determinados* se amparam em uma teoria política ou uma justificativa moral explícita, sem, necessariamente, levar

em consideração as conseqüências fáticas imediatas da decisão. Como exemplo do primeiro tipo de argumento, imagine-se uma decisão que considera constitucional a proibição de se conceder liminares contra um plano econômico do governo. Para tanto, ignorando o direito de acesso à justiça, o juiz atribui peso determinante ao provável “caos social” e ao eventual risco de “devastação da economia” do país – conseqüências que ocorreriam se a medida fosse suspensa. Como exemplo do segundo tipo de argumento, pode-se mencionar uma decisão que considere constitucional uma política de ação afirmativa, sustentando que ela distribui de maneira mais igualitária os recursos educacionais ou, ainda, que ela, no geral, promove o bem-estar comunitário.

Os argumentos indeterminados são os mais perigosos, uma vez que, em regra, amparam decisões que desrespeitam direitos fundamentais. Além disso, esses argumentos pouco têm de “empíricos”, pois, tal como no exemplo, baseiam-se em juízos meramente especulativos sobre as prováveis conseqüências da decisão. E, ao recorrer a especulações, inserem o debate em um campo de irracionalidade, no qual prevalecem considerações que impedem um debate aberto em torno de qual a melhor interpretação para o caso. Afinal, “contra fatos, não há argumentos”. Por último, tal como será demonstrado no último capítulo, os argumentos indeterminados são muito frágeis, facilmente questionáveis, já que, muitas vezes, não é difícil encontrar conseqüências tão ou mais perigosas – lembre-se, estamos na seara da especulação – para a hipótese de a decisão ser tomada em sentido contrário.

Por sua vez, os argumentos de política determinados se coadunam com a transparência e a sinceridade necessárias em um debate judicial. Tais argumentos convidam a um embate aberto entre concepções políticas divergentes, particularmente, em torno de qual a melhor justificativa para distribuir recursos coletivos. Por isso, os argumentos de política determinados são muito importantes nos casos que envolvem direitos sociais, nos quais é inevitável recorrer a alguma concepção política de igualdade e de justiça distributiva. Reconhecer a importância desses argumentos, vale ressaltar, não implica em aceitar que argumentos utilitaristas possam restringir direitos. Como dito, as decisões dos tribunais devem se limitar aos argumentos de princípio, reconhecendo direitos de grupos e indivíduos. Os argumentos de política determinados ganham mais relevância, por isso, nos casos em que não há nenhum argumento de princípio em jogo.

Retomando o debate com o pragmatismo, essa distinção mostra que o grande problema desta teoria é não só permitir, como também incentivar que os juízes recorram a argumentos de política indeterminados. Primeiro, porque consente que os juízes atribuam, com grande liberdade, valor às conseqüências fáticas imediatas da decisão (inclusive, se for o caso, passando por cima de argumentos de princípio). Segundo, porque a adjudicação pragmática teme desordens e crises, buscando, a todo o custo, evitá-las. Surge daí o convite e o incentivo a se valer dos argumentos indeterminados. Afinal, como evitar crises sem considerar as conseqüências fáticas imediatas da decisão? Como garantir direitos se, em muitos casos, há um risco ou um sacrifício envolvido? Terceiro, toda a aversão à filosofia moral e aos debates em torno de concepções políticas leva a uma chancela de decisões de conveniência, amparadas na mera referência aos fatos e às conseqüências, de modo a ignorar a força dos direitos e as restrições impostas pelo ideal de integridade.

Assim, pode-se dizer que carece de sentido e se demonstra pouco usual a guinada pragmatista do campo estrito das conseqüências para o campo da “razoabilidade”. É que, tanto em um caso quanto no outro, o pragmatismo continua dependente e se mantém atrelado à utilização de argumentos de política indeterminados na prática judicial. Trocaram-se os rótulos, mas os fundamentos (e os problemas) são os mesmos. O pragmatismo, eis a questão, continua a ignorar o fato de que toda a análise em torno das conseqüências ou da razoabilidade de uma decisão depende de uma teoria política de fundo, que – explícita ou implicitamente – sustenta por que determinada conseqüência é a melhor ou por que determinada decisão é a mais razoável. E, ao “fazer de conta” que tais concepções políticas de fundo não existem ou não exercem qualquer papel na prática judicial, o pragmatismo apóia decisões obscuras e nebulosas, que recorrem a argumentos fáticos especulativos nos quais as concepções políticas que os sustentam não vêm à tona, quer dizer, mantêm-se ocultas, criando sérios obstáculos para o debate aberto e a crítica pública.

Por último, é importante enfatizar que os argumentos pragmáticos indeterminados são muito utilizados na nossa prática judicial, mormente, para negar a efetividade de direitos fundamentais. É por isso que, neste ponto, a tese dos direitos possui grande importância para o debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional no Brasil. Com efeito, é fato notório a tradição no país de desrespeito aos comandos legais. Sob a ótica da teoria dos sistemas, menciona-se a falta de autonomia do direito diante dos demais sistemas sociais, de modo que a

realização dos preceitos jurídicos é corriqueiramente selecionada ou bloqueada por interferências externas dos sistemas político e econômico (Neves, 1991, p. 15-21; 1994, p. 254-259). O direito, nesse contexto, sucumbe diante de imperativos de ordem política ou econômica – em geral, expressos (ou implícitos) nos argumentos de política indeterminados.

Como se pode observar, a defesa de uma atuação do Supremo Tribunal Federal pautada em um modelo pragmático pressupõe a condescendência com tal tipo de intromissão externa que seleciona e bloqueia a concretização dos direitos fundamentais. Significa, por outros termos, aceitar que os juízes decidam os casos difíceis com base em argumentos de política, desrespeitando direitos estabelecidos. De forma diversa, o direito como integridade estabelece as fronteiras e os limites das decisões dos tribunais, insistindo que os juízes decidam com base em argumentos de princípio, declarando apenas quais direitos estão em jogo.

(3) Como o passado determina o presente?⁵⁸

Eis uma pergunta muito importante, à qual diferentes respostas foram formuladas pelas mais diversas teorias jurídicas. O *positivismo jurídico* sustenta que os juízes devem decidir de acordo com o que determinam as convenções jurídicas pretéritas. Apenas nos casos em que tais convenções se demonstrem lacunosas ou ambíguas, surge um espaço discricionário de decisão. De outro lado, o *pragmatismo jurídico* aposta todas as suas fichas no futuro, isto é, nas conseqüências das suas decisões e na melhoria da comunidade, independentemente do que determinam os direitos e as decisões previamente estabelecidas. Aos juízes, e somente a eles, cabe a tarefa de, no caso concreto, escolher qual a decisão mais promissora.

O *direito como integridade* recusa ambas as respostas. De um lado, ao contrário do pragmatismo, considera importante a vinculação ao passado, isto é, aos direitos, obrigações e princípios estabelecidos nas decisões legislativas e judiciais pretéritas. Como visto, a exigência de levar os direitos a sério e de julgar com base em argumentos de princípio, torna insustentável qualquer concepção que faça tábula rasa dos direitos individuais pré-estabelecidos. De outro lado, contra as teses positivistas – que também apóiam a vinculação ao passado – o direito como integridade funda-se numa idéia mais complexa de coerência. Nesse sentido, sustenta que os juízes devem respeitar as decisões anteriores não tanto – como sugerem os positivistas – por uma questão formal, de previsibilidade dos atos estatais, (ou, como sustenta o pragmatismo, por uma

⁵⁸ A formulação da pergunta foi inspirada em Calsamiglia (1997, p. 75).

questão de estratégia), mas, sim, por *uma questão de justiça*, isto é, com o fim especial de assegurar, entre os cidadãos, “um tipo de igualdade que torna sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificativa moral para exercer o poder político que exerce” (Dworkin, 1986, p. 120). Por isso, a demanda por coerência vai além do conteúdo explícito das regras e decisões judiciais anteriores, de modo a abarcar, também, os princípios morais substantivos pressupostos a título de justificativa. É o que se pode denominar de *coerência de princípio*.

A fim de melhor explicitar a questão da vinculação ao passado, Dworkin propõe uma analogia com um *romance em cadeia*, isto é, um empreendimento coletivo no qual vários escritores compartilham a tarefa de criar uma obra única. Cada um deles escreve um capítulo, dando continuidade ao capítulo anterior escrito por um dos integrantes da empreitada. “Ora, cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então”. (Dworkin, 1985, p. 236).

Assim, cada um deles, tendo assumido a responsabilidade de criar um romance único e integrado, terá, antes de começar a escrever sua parte, que ler os capítulos já escritos, o que implica em interpretar questões relativas ao romance como um todo – quais temas foram tratados, quais os seus propósitos – bem como questões mais específicas, como características dos personagens e do local em que se passa o romance. Afinal, o capítulo a ser acrescentado precisa se ajustar de maneira apropriada ao conjunto do romance – não pode, por exemplo, dar a ele uma continuidade absurda – e, além disso, deve contribuir para torná-lo uma obra melhor.

As decisões judiciais desenvolvem-se de forma similar a esse exercício literário. Os juízes são como os romancistas, que devem dar seguimento ao escrito – isto é, ao decidido – anteriormente. Ganham destaque aqui as duas dimensões da interpretação, tal como distingue Dworkin. A *dimensão da adequação*, que demanda ao juiz adotar um ponto de vista diante da história passada, delimitando as interpretações aceitáveis (como ressaltado, ele não pode dar uma continuidade absurda ao livro). E a *dimensão substantiva*, na qual, dentre as interpretações consideradas adequadas, o juiz opta, fundamentadamente, por aquela que considera a melhor. Assim como o romancista procura escrever o capítulo de modo a tornar o romance uma obra mais bem elaborada, o juiz deve, também, optar pela decisão superior em termos de justificação substantiva, tornando a história jurídica da comunidade mais íntegra do que foi até então.

Diante dessa analogia com o romance em cadeia, infere-se que, no esquema do direito como integridade, a vinculação ao passado é apenas relativa. Como todo empreendimento coletivo, pode-se adotar uma postura de *continuidade*, reproduzindo sem muitas alterações o estabelecido anteriormente – “José segue feliz e fiel no casamento” –, como também uma postura de *descontinuidade*, acrescentando-se novas interpretações – “José passa a visitar uma amante esporadicamente” – ou deixando de lado decisões anteriores – “José termina o casamento e se casa com a amante”. Ambas as atitudes – continuidade e descontinuidade – são admitidas pelo direito como integridade (embora, cumpre ressaltar, uma decisão anterior constitua sempre um forte argumento em prol da continuidade). A única exigência se refere à fundamentação das decisões. Os juízes devem mostrar que a melhor interpretação dos princípios e regras em questão impõe a continuidade ou, se for o caso, a descontinuidade em relação ao passado. A prática jurídica, nesse sentido, é altamente dinâmica. E é salutar que seja assim, pois, numa sociedade plural – ou melhor, numa comunidade de princípios – os tribunais constituem um espaço estratégico para debate e reformulação das concepções públicas de justiça e equidade. São os novos argumentos e as diferentes interpretações, que possibilitam ao juiz, às vezes, abandonar a estreita linha estabelecida pelas decisões passadas.

Portanto, além de não levar os direitos a sério, o pragmatismo jurídico também não respeita a virtude política da integridade. Sem qualquer consideração pelo passado, sugere aos juízes que ajam individualmente amparados no que suas próprias convicções apontam como o melhor para a comunidade. Um juiz pragmático, nesse sentido, não é um agente da comunidade, responsável pela integridade das decisões coletivas, mas, sim, um sujeito livre para agir estratégica e incoerentemente. Pressupõe-se, então, um modelo de comunidade fundado numa espécie de *incoerência estratégica*, onde a ausência total de princípios comuns e de qualquer coerência com o passado é admitida como um meio para se alcançar um futuro (supostamente) melhor. As obrigações políticas, nesse contexto, não são genuínas, pois não são consideradas especiais, pessoais, nem fruto de alguma responsabilidade mais geral. Como consequência, algumas pessoas podem ser consideradas como mais importantes do que outras.

Contra a incoerência estratégica e contra a excessiva liberdade conferida aos juízes pelo pragmatismo, o modelo proposto por Dworkin respeita a integridade e considera fundamental a coerência de princípio com as decisões do passado. Trata-se de uma exigência fundamental numa comunidade fraterna, onde as obrigações políticas, além de especiais e

pessoais, refletem princípios de justiça gerais que originam novas obrigações. Nesse modelo de comunidade, no qual o ideal de integridade é acatado, cada pessoa possui o mesmo valor que as demais.

É por tudo isso que o romance judicial não pode ser uma obra incoerente, que expresse visões de equidade e justiça inconsistentes. Ao contrário, deve ser uma obra íntegra para a qual contribuem decisivamente todos os Hércules ao tomarem suas decisões e escreverem a parte que lhes cabe. Nesse contexto, cada ato, ao expressar uma “visão única e abrangente da justiça” (Dworkin, 1986, p. 163), é capaz de fortalecer os laços que unem a comunidade de princípios. O direito, então, fruto de princípios públicos e dinâmicos, pode representar algo comum, sustentado numa “atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções” (Dworkin, 1986, p. 492).

3. Hércules respeita a democracia?

Neste capítulo, foi possível formular uma teoria da aplicação do direito mais adequada à nossa prática judicial e mais consistente, em termos substantivos, do que os modelos rivais apresentados. A concepção dos direitos como trunfos políticos, sustentados por argumentos de princípio e pela melhor interpretação das decisões estatais pretéritas, tal como exige o ideal de integridade, constituem o cerne dessa teoria e serão utilizados como critérios normativos para a análise crítica de algumas das mais importantes decisões do Supremo Tribunal Federal no período 1990-2005. Como demonstrado ao longo do capítulo, quanto mais próxima da concepção do direito como integridade mais legítima pode ser considerada a atuação de um tribunal. Por isso, ao indagar se o STF acata o ideal de integridade em suas decisões, esta investigação se demonstra fundamental para se aferir o grau de legitimidade da jurisdição constitucional brasileira.

Antes, contudo, é necessário responder a uma importante objeção ao direito como integridade. Afinal, a essa altura, os mais céticos podem estar se perguntando: Hércules respeita a democracia? Ao recorrer à moral, ao explicitar suas concepções políticas e ao proferir decisões substantivas assentadas em princípios subjacentes às decisões estatais anteriores, Hércules, um juiz não eleito, não estaria usurpando poderes conferidos pelo povo às instituições republicanas? Esta polêmica e conhecida questão nos obriga a adiar, momentaneamente, a análise das decisões

do STF. É que uma concepção normativa da legitimidade política de um tribunal não pode prescindir de uma definição mais clara e consistente em torno de qual modelo de democracia ampara sua teoria da aplicação do direito, de modo a delimitar o papel da jurisdição constitucional em relação aos demais poderes e justificar a possibilidade e o alcance de decisões contra-majoritárias. Eis, então, o desafio proposto para o próximo capítulo.

CAPÍTULO II

A COMUNIDADE POLÍTICA, O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO E O DESAFIO DA DEMOCRACIA.

1. O desafio da democracia

A tensão entre constitucionalismo e democracia, entre direitos fundamentais e regra da maioria está no cerne e acompanha a idéia de controle de constitucionalidade desde as suas origens. O problema se coloca no sentido de justificar ou conciliar o poder dos tribunais – instituições integradas por agentes não eleitos – perante a democracia, regime político fundado no ideal de auto-governo de todos os cidadãos.

Nesse embate, surgem inúmeras perguntas: em que medida e sob quais condições pode ser considerada legítima a declaração de inconstitucionalidade de uma lei aprovada pela maioria? Qual o ponto que demarca o limite entre decisão judicial legítima e interferência abusiva na esfera de competência das instituições republicanas? Como assegurar o direito da maioria governar e realizar escolhas e, ao mesmo tempo, proteger as minorias de decisões tirânicas, que atingem seus direitos e/ou renegam sua condição de sujeitos dignos de igual consideração e respeito? As decisões judiciais podem envolver questões morais substantivas ou devem apenas assegurar a correção do procedimento democrático de formação da vontade majoritária ou, ainda, limitar-se a casos nos quais é possível realizar uma subsunção mecânica entre normas e fatos? A quem deve ser atribuído o papel de defensor da Constituição? Ao judiciário, ao executivo ou ao legislativo?

Para um autor positivista, essas são questões pueris. Afinal, a guarda da Constituição de 1988 foi atribuída, conforme estatui o seu art. 103, ao Supremo Tribunal Federal. Assim, pela simples razão de corresponder ao objeto que pretende descrever (o art. 103, da CF), é correta a proposição que considera o controle de constitucionalidade legítimo perante a democracia. Esse modelo, contudo, não mais nos satisfaz. Sabemos que pueris e simplórios são o modo como o positivismo encara as divergências jurídicas e as respostas semântico-descritivas que busca oferecer a questões que são essenciais para as sociedades contemporâneas. Como visto, as divergências jurídicas são muito mais complexas, pois envolvem *divergências teóricas*, é dizer, embates profundos entre diferentes interpretações construtivas acerca da prática

constitucional. Não se trata, enfim, de uma mera correspondência semântica entre uma proposição e a norma-objeto descrita, mas, sim, um debate em torno de qual a melhor interpretação acerca da democracia.

De outro lado, um autor pragmático diria que o desafio da democracia é uma questão puramente filosófica, sem nenhuma influência na prática judicial. O debate teórico, ainda segundo os pragmáticos, é irrelevante para delimitar ou restringir o poder dos juízes, de maneira que os únicos limites efetivos são os institucionais – tais como *recall*, sanções administrativas e penais etc. Por isso, é suficiente – na verdade, trata-se da única alternativa – aconselhar aos juízes que tenham bom-senso e prudência na hora de julgar, ponderando as diversas razões que surgem no contexto da decisão. Esse modelo teórico também foi rechaçado no capítulo anterior. Ao contrário do que afirmam os pragmatistas, sabemos que, expressa ou implicitamente, toda interpretação, toda decisão judicial pressupõe e se ampara em uma teoria política e moral de fundo. Não há, como sustenta o pragmatismo, uma distinção entre os planos externo (arquimediano ou filosófico) e interno à prática judicial. Tal como fazem o filósofo e o professor, o juiz também interpreta a prática constitucional. Daí que seja possível, sem muita dificuldade, falar-se em concepções “cotidianas” do pragmatismo, do positivismo e do direito como integridade. É nesse sentido, também, que se pode dizer que toda decisão judicial é um escrito de filosofia do direito.

A partir dessas críticas ao positivismo e ao pragmatismo, surgem dois pontos fundamentais para a discussão que será travada ao longo do capítulo. Em primeiro lugar, se toda interpretação pressupõe uma concepção política de fundo que lhe serve de amparo, o desafio da democracia nos remete a uma inevitável pergunta: afinal, o que é democracia? Dito de outro modo, qualquer tentativa de resolver a tensão entre direitos e regra da maioria, entre o poder dos juízes e o poder das instituições republicanas, pressupõe uma concepção política em torno do que significa o governo do povo e para o povo. Portanto, é no âmbito das interpretações construtivas da nossa prática constitucional – e não o das simples questões de fato – que se coloca o desafio da democracia. Em segundo lugar, não se trata de uma análise “externa”, que delimita de um ponto de vista arquimediano a posição e o papel dos tribunais em um regime democrático. Muito pelo contrário, o desafio da democracia é um problema constante nos debates judiciais. A todo o momento, em quase todas as suas decisões, os Ministros do STF subscrevem e optam por um modelo de democracia que consideram o mais correto e o mais adequado a nossa prática

constitucional. Significa dizer que, em um caso concreto, a escolha de uma concepção de democracia – tal como também de uma concepção de teoria da aplicação do direito – implica em tomar uma decisão em vez de outra, em reconhecer ou não direitos ou, ainda, declarar ou não inconstitucional uma lei. Não se trata, enfim, de uma mera “questão filosófica”, mas, ao enfrentar o desafio da democracia, estamos lidando com o respeito à dignidade e aos direitos de muitas e muitas pessoas.

Assim, neste capítulo, pretendo contrapor e avaliar três importantes concepções de democracia – todas elas bastante influentes nas decisões do STF –, a fim de fornecer, ao final, um modelo capaz de sustentar a teoria da decisão judicial fornecida pelo direito como integridade e, desse modo, apresentar a melhor concepção para se pensar a legitimidade do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, a pergunta que move o capítulo é: qual concepção de democracia deve ser acatada pelo STF em suas decisões? Qual delas, se acatada pelo tribunal, torna sua atuação mais legítima? Ou, ainda, qual é a melhor concepção?

Na busca de respostas a tantas questões, não se pode desconsiderar que, ao longo da história do pensamento político, três correntes se formaram em torno do tema, cada uma das quais oferecendo soluções diferentes ao desafio da democracia. Uma primeira corrente nos remete aos *Artigos Federalistas* e às teses de Hamilton, Madison e Jay, para quem o legislativo é um espaço no qual podem imperar as vontades de indivíduos que agem motivados por razões egoístas, contrárias aos interesses permanentes da coletividade e aos direitos dos demais cidadãos. Dessa desconfiança no processo legislativo – que, no fundo, reflete uma desconfiança na natureza humana – surge a necessidade de se pensar controles recíprocos entre os poderes. Daí a importância da declaração de inconstitucionalidade de qualquer lei promulgada pela maioria que se afaste ou contradiga os preceitos firmados na Constituição. Esta, para os Federalistas, é um instrumento de limitação do poder, um parâmetro para todas as ações estatais e uma medida de justiça, cujo principal encarregado de manter a primazia e a efetividade é o poder judiciário, o fiel guardião da soberania do povo. O cerne do modelo Federalista é, nesse sentido, a atuação dos tribunais pautada na Constituição, visando garantir, sempre que necessário, os direitos individuais frente à invasão de leis promulgadas sob influência das paixões humanas e dos interesses facciosos que podem imperar no curso do processo legislativo.

Uma segunda corrente remonta a Hans Kelsen e à criação do Tribunal Constitucional Austríaco, na década de 1920. Ao contrário dos Federalistas, Kelsen aposta no

parlamento como o local de compromisso entre maioria e minoria. Os procedimentos legislativos representam um limite suficiente para as decisões majoritárias tirânicas, uma vez que para aprovar leis importantes – particularmente, emendas à Constituição – a maioria precisa ceder a fim de obter o necessário apoio da minoria. Partindo desse pressuposto, e baseado na crença positivista de que não há racionalidade possível no âmbito dos valores substantivos, Kelsen sustenta que o papel do Tribunal Constitucional é apenas o de garantir o regular funcionamento do processo democrático, de maneira que toda inconstitucionalidade é, em última instância, uma inconstitucionalidade formal. Vale dizer, para avaliar se uma lei é ou não inconstitucional, o tribunal deve, apenas e tão-somente, verificar se os procedimentos legislativos foram devidamente observados.⁵⁹

Por último, uma terceira corrente, de fundo mais autoritário, remonta a Carl Schmitt. No seu famoso debate com Kelsen, Schmitt sustenta que as discussões travadas no parlamento são fantasiosas, uma vez que, na prática, as decisões são tomadas a portas fechadas. O que vem a público, então, nada mais é do que um acordo ou uma decisão tomada nos bastidores pelos reais detentores do poder. De outro lado, à diferença dos Federalistas, Schmitt também desconfia do judiciário. Para ele, o papel dos tribunais deve se limitar ao que hoje chamaríamos de *casos fáceis*, ou seja, casos nos quais é possível proceder a uma subsunção entre normas e fatos. Tudo o que transcende esse patamar e adentra o âmbito dos casos duvidosos e controversos exige uma decisão política de uma autoridade com força política suficiente – força esta que a aristocracia de toga que integra o judiciário não detém – para impor determinada interpretação e, assim, evitar crises e instabilidades políticas. Representando os interesses da comunidade, e único capaz de assegurar a homogeneidade e os vínculos comunitários entre os cidadãos, o Presidente da República é, para Schmitt, o legítimo guardião da Constituição.

Como dito, essas três conhecidas interpretações do controle de constitucionalidade exercem forte influência nas decisões do STF, de modo que uma análise crítica de cada uma delas se demonstra essencial para os objetivos propostos. Assim, no primeiro momento, analiso, com mais detalhes, o modelo autoritário de Schmitt, pondo à prova sua defesa da homogeneidade como princípio basilar de toda a democracia, bem como a polêmica tese de que o Presidente da República é o único capaz de defender a Constituição. Em seguida, a análise se volta para as

⁵⁹ Para uma contraposição entre os modelos de controle de constitucionalidade propostos por Kelsen e pelos Federalistas, cf. Carvalho (2005). Ver, ainda, os artigos Federalistas n.ºs 10 e 78, escritos, respectivamente, por Madison e Hamilton (1993); e os artigos reunidos em Kelsen (2003).

obras de John Hart Ely e Jürgen Habermas, dois dos mais importantes teóricos contemporâneos da democracia procedimental, os quais, embora com diferenças em relação a Hans Kelsen, também apostam no legislativo como a esfera mais apropriada para a discussão pública da lei e, por conseguinte, para a afirmação da democracia. Por último, Dworkin propõe um modelo alternativo, fundado em um ideal de igualdade, que, tal como se pretende demonstrar, é o mais adequado a nossa prática constitucional e o que fornece bases mais sólidas para uma atuação legítima da jurisdição constitucional brasileira.

Finalmente, a fim de tornar mais clara a exposição e a contraposição entre as teorias, parto do pressuposto de que para se oferecer um modelo de democracia, enfrentando o problema da legitimidade dos tribunais e da tensão entre direitos e regra da maioria, é necessário levar em consideração, pelo menos, três aspectos fundamentais. Primeiro, um *modelo de comunidade ou de agência coletiva*, apontando o grau de integração comunitária, bem como que tipo de vínculo é necessário se formar entre os cidadãos para se constituir a idéia de um povo apto a se auto-governar. Segundo, a definição do *âmbito específico de atuação dos tribunais* a partir de um conceito de litígio constitucional e do lugar a ser assumido pelo judiciário na esfera política. Terceiro, em decorrência dos dois anteriores, a questão de qual dos três poderes deve assumir o papel de *defensor da Constituição*. Embora a análise se volte também para outros elementos – tais como o conceito de Constituição e de direitos fundamentais – esses três aspectos se demonstram essenciais para qualquer concepção de democracia e os modelos analisados a seguir fornecem interpretações bem distintas de cada um deles.

2. A democracia comunitária monolítica⁶⁰

2.1. A crítica de Schmitt à democracia liberal

Escrevendo no efervescente período da República de Weimar (1919-1933), na Alemanha, Carl Schmitt demonstra-se, em seus trabalhos, muito preocupado com a questão da unidade nacional, de maneira que a problemática da democracia caminha, lado a lado, com a necessidade de se pensar um regime político estável e duradouro, capaz de consolidar a reconstrução do Estado alemão no período do pós-guerra. O grande adversário e o principal

⁶⁰ A expressão é utilizada por Dworkin (1990, p. 330) para se referir aos modelos de democracia assentados em uma concepção totalitária de agência coletiva, que relega a segundo o plano a dimensão do indivíduo, diluindo-a, por completo, na esfera comunitária.

obstáculo a esse objetivo encontram-se, na visão de Schmitt, no parlamentarismo e na concepção liberal de democracia.

De acordo com Schmitt (1996, p. 05-06), o modelo liberal fundamenta-se em dois princípios básicos: a *discussão* e a *publicidade*. O primeiro é fruto da crença de que a contraposição argumentativa entre posições divergentes no parlamento, desde que regida por procedimentos imparciais previamente estabelecidos, possibilita certa racionalidade no processo de elaboração das leis. Nesse sentido, é possível às partes ouvir os argumentos do outro e mudar de posicionamento ou, pelo menos, ceder em determinados aspectos, de modo que a decisão final é sempre fruto de um acordo no qual todos os partidos podem se expressar e defender seus interesses. Por sua vez, a publicidade exige que as sessões parlamentares e as discussões ali realizadas sejam transparentes e públicas, é dizer, acessíveis aos cidadãos em geral e sujeitas ao controle popular. Daí a importância das liberdades de expressão, de imprensa, de reunião e, ainda, das imunidades parlamentares.

O ponto de partida da crítica de Schmitt se situa na denúncia de ausência de sustentação fática desses princípios. Significa dizer que, na prática, a discussão e a publicidade não possuem qualquer credibilidade, tendo se transformado em slogans vazios, mero formalismo que oculta as reais condições nas quais se realiza o processo legislativo, onde imperam as negociações de bastidores e o segredo das decisões. Dessa forma, enquanto os parlamentares “discutem publicamente” as questões nacionais de modo interminável, sempre evitando tomar uma decisão, as conversas nos gabinetes, nas ante-salas, nas quais os *lobbys* econômicos exercem influência determinante, apontam o caminho a ser seguido. De fato,

[...] a atividade em si do parlamentar não se realiza durante as conversações no plenário, mas sim em comissões, não necessariamente em comissões parlamentares; as decisões importantes são tomadas sempre em reuniões secretas de dirigentes de facções ou até nos comitês extraparlamentares, dando margem a desvios e isenções de responsabilidades, transformando todo o sistema parlamentar numa péssima fachada para o poderio dos partidos e dos interesses econômicos. (Schmitt, 1996, p. 20-21).

Assim, o ideal de uma elite eleita pelo povo apta a discutir publicamente as questões nacionais, tomando as melhores decisões para os interesses do país, converte-se em uma luta fratricida e egoísta entre partidos cujo único objetivo é obter maioria e governar de acordo com seus interesses particulares. Longe de qualquer racionalidade, portanto, o procedimento legislativo constitui um verdadeiro emaranhado de compromissos e coalizões que, na maior parte

das vezes, são “costurados” em ambientes privados distantes das luzes do parlamento. Como afirma Schmitt,

Os partidos [...] atualmente não se apresentam mais em posições divergentes, com opiniões passíveis de discussão, mas sim como grupos de poder sociais ou econômicos, que calculam os interesses e as potencialidades de ambos os lados para, baseados nesses fundamentos efetivos, selarem compromissos e formarem coalizões. [...] O argumento, no seu sentido mais literal, característico da discussão autêntica, desaparece. No seu lugar surge, nas negociações entre partidos, a contabilização calculista dos interesses e das chances de poder [...]. Podemos, portanto, aceitar como pressuposto que não se trata mais de convencer o opositor de uma verdade ou de uma atitude correta, mas sim de conquistar a maioria, para poder exercer o poder por meio dela. (Schmitt, 1996, p. 08).

Ao dizer que a publicidade e a discussão não possuem sustentação fática, o objetivo de Schmitt não é mudar a prática para se alcançar o ideal teórico. Sua crítica não se resume a um aspecto “sociológico”, no sentido de apontar um descompasso entre teoria e prática, mas também põe em questão – e isso a torna ainda mais contundente – os princípios teóricos que regem o Estado parlamentar liberal e, junto a eles, a própria possibilidade de se pensar um regime fundado na racionalidade de um procedimento discursivo transparente.

Para Schmitt, os conceitos liberais se tornam abstrações vazias porque deslocam seus fundamentos do âmbito especificamente político – qual seja, o antagonismo expresso pela distinção amigo-inimigo – para outras esferas supostamente “neutras”, tais como a ética e a economia. É o que ocorre com a conversão do elemento de *luta* direta entre amigo e inimigo, ínsito à esfera do político, em livre e harmoniosa *concorrência* entre burgueses ou em *discussão* pública e racional entre parlamentares. Ambos, concorrência e discussão, constituem pontos de apoio fundamentais para a postergação *ad infinitum* de decisões capazes de identificar e combater os verdadeiros inimigos (Schmitt, 1992, p. 98). Da mesma forma, categorias como “república”, “Estado de direito”, “absolutismo” e “ditadura” são “incompreensíveis quando não se sabe quem, em concreto, deve ser atingido, combatido, negado ou refutado com [...]” tais palavras. (Schmitt, 1992, p. 57).

Com esses exemplos, o autor chama a atenção para o fato de que as categorias políticas possuem um sentido polêmico, pois sempre expressam uma relação de identidade-diversidade, inclusão-exclusão ou, mais precisamente, amigo-inimigo. E é justamente essa característica, tão importante para compreender e lidar com as questões políticas, que o

liberalismo oculta e relega a segundo plano.⁶¹ Vale dizer, ao se distanciar do confronto concreto entre unidades políticas organizadas, o liberalismo neutraliza os conceitos políticos, convertendo-os em abstrações que deixam de retratar, com a devida clareza, o conflito existencial entre agrupamentos opostos que se situa no cerne de sua própria constituição histórica enquanto categoria política. Em consequência, o embate público e visível entre amigo e inimigo, no qual os líderes assumem a responsabilidade pelas decisões e pela manutenção da ordem estatal, é encoberto por conceitos vazios, que diluem a realidade concreta em ficções normativistas, tais como “império da lei” e “vontade do legislador”, postergando a resolução definitiva das situações de instabilidade política.

É com base nessa concepção da política como um confronto entre amigo e inimigo, no qual sempre há a possibilidade de guerra e de eliminação física do outro⁶², que Schmitt (1992) afirma que a democracia liberal se funda em um ideal de *neutralização política*. Essa neutralização se reflete, muito especialmente, na tentativa de constituir o Estado sob bases formais e impessoais. De um lado, elimina-se todo o elemento pessoal da soberania e da autoridade. O governo não mais reside na força e nas qualidades de uma pessoa concreta – como o monarca, por exemplo – mas, sim, em abstrações metafísicas, tais como a lei e a Constituição. O domínio absolutista do monarca cede lugar, então, ao alegórico império de um sistema fechado, completo e coerente de normas jurídicas. A máquina do Estado, nesse sentido, passa a se movimentar sozinha. (Schmitt, 1996a, p. 117).

Aliado a isso, emerge como principal ator do cenário político a figura mítica do *legislador racional*.⁶³ Mas o legislador também não é a autoridade identificável de um soberano ou uma pessoa concreta que representa a unidade política do povo e decide em termos de amigo-

⁶¹ “[...] todos os conceitos, representações e palavras políticas têm um sentido polêmico, visualizam um antagonismo concreto, estão ligados a uma situação concreta, cuja consequência extrema é um agrupamento amigo-inimigo (manifestado na guerra ou revolução) e transformam-se em abstrações vazias e fantasmagóricas quando esta situação é esquecida”. (Schmitt, 1992, p. 56).

⁶² “Os conceitos de amigo, inimigo e luta adquirem seu real sentido pelo fato de terem e manterem primordialmente uma relação com a possibilidade real de aniquilamento físico” (Schmitt, 1992, p. 59). Importante ressaltar que não se trata de uma concepção militarista da política. Como esclarece o próprio Schmitt (1992, p. 60), “a guerra não é, absolutamente, fim e objetivo, sequer conteúdo da política, porém é o *pressuposto* sempre presente como possibilidade real, a determinar o agir e o pensar humanos de modo peculiar, efetuando assim um comportamento especificamente político” (grifo conforme o original).

⁶³ “Em outras palavras: o último guardião de todo direito, o último garante da ordem estabelecida, a última fonte de toda a legalidade, a última segurança e a última proteção perante a injustiça, é o legislador e o procedimento empregado por ele para legislar”. (Schmitt, 1971, p. 28-29). [*En otras palabras: el último guardián de todo derecho, el último garante del orden establecido, la última fuente de toda la legalidad, la última seguridad y la última protección frente a la injusticia, es el legislador y el procedimiento empleado por él para legislar*].

inimigo. Afinal, é o pluralismo político que marca a constituição da identidade legislativa no Estado parlamentar. A decisão e a designação dos inimigos restam, então, comprometidas, uma vez que prevalecem normas impessoais que asseguram, dentre outros, a exposição dos diversos pontos de vista, a possibilidade da minoria se tornar maioria e a crença de que as decisões irão sempre representar os mais variados interesses sociais. Nesse contexto, o procedimento legislativo passa a refletir uma estrutura política formal e abstrata, que oculta os antagonismos políticos concretos e que, em última instância, recorre aos ditames da razão – ou seja, uma entidade metafísica – como amparo para governar e regular a sociedade.

Desta neutralização política, fundada na eliminação do elemento pessoal da soberania, na centralidade do legislador racional e no pluralismo de partidos, decorrem duas características essenciais do sistema parlamentar liberal, as quais também se situam no cerne da crise que atinge esse modelo. Primeiro, um *conceito de lei puramente formal*, que constitui a base de um proceduralismo exacerbado no qual a elaboração do direito independe de qualquer conteúdo previamente estabelecido. Essa ausência completa de valores substantivos é o que possibilita o avanço camuflado da economia sobre a política e, por conseguinte, a existência de forças políticas ocultas que impõem sua vontade particular – sob a roupagem e a legitimidade da razão – em um procedimento legislativo aberto a qualquer tipo de decisão (Schmitt, 1971, p. 36).

O segundo ponto levantado por Schmitt se relaciona com o *conceito de comunidade ou de agência coletiva* pressuposto pelo modelo de democracia liberal. Trata-se de uma comunidade que se constitui apenas pelo viés *aritmético ou estatístico*, ou seja, uma reunião ocasional entre vontades particulares que nada têm em comum. Predomina, nesse contexto, a ausência de vínculos comunitários; há um vazio decorrente da inexistência de valores substantivos compartilhados pelos cidadãos, o que legitima e torna possível a conversão da legalidade em um mero registro aritmético da vontade ou da coalizão majoritária vigente em determinado momento. Também as eleições se fundam sob esses princípios, sendo marcadas pela reunião estatística de votos secretos depositados, ocasionalmente, em uma urna. A consequência disso, para Schmitt, é que toda a racionalidade e toda a garantia de justiça do processo parlamentar perdem sentido, convertem-se *em um funcionalismo vazio que legitima a onipotência e a tirania da maioria*. “Então, acaba a identidade democrática entre governantes e governados,

entre os que mandam e os que obedecem; a maioria manda e a minoria tem que obedecer”⁶⁴ (Schmitt, 1971, p. 43).

Pode-se dizer, assim, que a democracia parlamentar liberal é um sistema auto-contraditório, isto é, um sistema no qual as suas bases, os seus princípios reitores contradizem seus objetivos mais imediatos. Daí o fato dos princípios da publicidade e da discussão converterem-se, na prática, em um jogo mesquinho entre os que detêm o poder, mantendo-se muito distante de qualquer ideal de racionalidade e justiça. A igualdade de oportunidades e a imparcialidade dos procedimentos legislativos, por isso, cedem lugar à tirania da maioria e a uma neutralidade que funciona apenas para encobrir e legitimar as mais sórdidas atividades partidárias. Por sua vez, os confrontos concretos entre amigo-inimigo, que estão na base de todos os conceitos e categorias políticas e constituem o pressuposto essencial de toda a existência política, são relegados a segundo plano, de modo que as decisões fundamentais – que demandam risco e responsabilidade de uma autoridade com legitimidade e força para decidir – são sempre postergadas ou diluídas em normas e procedimentos impessoais.

São essas, brevemente resumidas, as críticas de Schmitt ao modelo liberal de democracia. O próximo passo é analisar as alternativas propostas pelo jurista alemão.

2.2. Homogeneidade política e o Presidente como defensor da Constituição

A alternativa de Schmitt ao parlamentarismo liberal é um modelo de democracia assentado em um ideal de *igualdade substantiva*, capaz de assegurar a necessária *homogeneidade da comunidade política*. Ao contrário do modelo aritmético de comunidade, Schmitt aposta em um vínculo forte entre os cidadãos, constituído a partir da idéia de comunidade nacional homogênea, isto é, uma nação de cidadãos que compartilham princípios comuns e que somente se realizam na medida em que esse viés comunitário é resguardado de desvios, diferenças e discordâncias. Neste modelo, no qual há uma identificação total entre comunidade e indivíduo, as decisões estatais não decorrem de um registro estatístico da vontade momentânea da maioria, mas constituem a própria vontade geral da nação, una e indivisível. O princípio majoritário é aqui reinterpretado para significar a *descoberta* e a *conformidade* da decisão com a unidade do povo e

⁶⁴ [Entonces se acaba la identidad democrática entre gobernantes y gobernados, entre los que mandan y los que obedecen; la mayoría manda y la minoría tiene que obedecer].

com a identidade democrática entre governantes e governados, e não mais para revelar o triunfo numérico de uma maioria sobre uma minoria. (Schmitt, 1971, p. 64).

Em conseqüência, ao contrário da neutralidade política e do formalismo jurídico liberal que afastam quaisquer considerações de conteúdo nas decisões políticas, Schmitt assume como inevitável algum tipo de desigualdade. Esta é, para o jurista alemão, um elemento inerente à democracia, pois na medida em que se diz quem são os iguais – por exemplo, quem pode ser cidadão do Estado – automaticamente, outros serão excluídos – considerados, por exemplo, como estrangeiros. Esse processo de igualdade-desigualdade, inclusão-exclusão, amigo-inimigo não é, para Schmitt, um “mal” que deve ser evitado ao máximo, mas se apresenta como um ponto de apoio vital para a democracia. Trata-se, enfim, de uma questão de subsistência, de manutenção do próprio sistema estatal e da comunidade política.

Em toda verdadeira democracia está implícito que não só o igual seja tratado igualmente, mas que, como conseqüência inevitável, o não igual seja tratado de modo diferente. Portanto, a democracia deve, em primeiro lugar, ter homogeneidade e, em segundo, – se for preciso – eliminar ou aniquilar o heterogêneo. [...] A força política de uma democracia se evidencia quando mantém à distância ou afasta tudo o que é estranho e diferente, o que ameaça a homogeneidade. (Schmitt, 1996, p. 10).

Em nenhum lugar, diz Schmitt, as pessoas são tratadas como cidadãs com os mesmos direitos. Toda nação acata, por exemplo, o conceito de “estrangeiro”. Da mesma forma, o direito de voto, ao longo da história, foi limitado a algumas pessoas (Schmitt, 1996, p. 11-13). A igualdade absoluta dos seres humanos é algo, portanto, sem riscos, que nivela todas as pessoas e, ao ocultar a relação concreta entre amigo e inimigo, desvaloriza a política, levando as desigualdades para outro âmbito, particularmente, para a esfera econômica, local onde passam a se manifestar as desigualdades substanciais.

Em síntese, pode-se dizer que, com essa argumentação, Schmitt pretende mostrar que a igualdade absoluta e formal de todos os cidadãos nada tem a ver com a democracia. É um princípio liberal. Um princípio que não acaba com as diferenças, mas apenas as coloca em segundo plano, confinando-as em uma esfera distante da política e indiferente para o Estado. A verdadeira democracia, pelo contrário, demanda certa desigualdade, na medida em que requer uma igualdade substantiva, expressa pela homogeneidade da comunidade política e pela necessária distinção entre amigo e inimigo. O diferente, o estranho e o desigual devem ser politicamente reconhecidos como tais. As diferenças devem vir à tona na esfera política. Daí a

importância de decisões – algo que o liberalismo busca se desviar a qualquer custo (Schmitt, 1996a, p. 125) – que determinem, publicamente, quem são os inimigos, buscando identificá-los e combatê-los.

O modelo de democracia proposto por Schmitt, portanto, pressupõe uma concepção de *comunidade monolítica*, pautada na idéia de homogeneidade nacional, identificação entre governantes e governados e, por último, na total diluição do indivíduo na esfera comunitária. Não à toa, a afirmação categórica de que “a unidade política, em certos casos, precisa exigir o sacrifício da vida” (Schmitt, 1992, p. 98). Dessa forma, a comunidade personificada no Estado detém poder de vida e morte sobre seus membros, o que lhe faculta a dupla possibilidade “de [1] exigir dos que pertencem ao próprio povo prontidão para morrer e para matar, e [2] de matar homens que estejam do lado do inimigo” (Schmitt, 1992, p. 72).

Há aqui uma primazia ontológica da comunidade sobre os indivíduos, de maneira que as opções e os propósitos de cada um devem sempre refletir as opções e propósitos comunitários. Não há lugar, nesse modelo, para o pluralismo político ou para o respeito às diferenças. E sequer se pode falar em liberdade de escolha individual no que tange a questões morais particulares, tais como opção sexual e religiosa.⁶⁵ Trata-se, enfim, de um *Estado total*, marcado pela politização de toda a existência humana (Schmitt, 1971, p. 146) e pela submissão irrestrita do cidadão aos ditames estatais.

Voltando-se agora para o segundo e terceiro aspectos da concepção de democracia proposta por Schmitt, é fundamental analisar de que maneira é retomado, no modelo de comunidade monolítica, o elemento pessoal da soberania ou, ainda, a pergunta que a neutralização política liberal desconsiderava – isto é, *quem decide?* (Schmitt, 1996a, p. 108).

É essa a pergunta que move Schmitt ao se questionar acerca da problemática de quem deve ser o guardião da Constituição. De modo significativo, o trabalho no qual se debruça sobre o tema – *A defesa da Constituição*, publicado em 1931 – começa com a seguinte frase: “A demanda de um protetor, de um defensor da Constituição é, na maioria dos casos, indício de situações críticas para a Constituição”⁶⁶ (Schmitt, 1998, p. 27). O problema que se coloca é,

⁶⁵ “Assim, o Estado não é somente aquele que tem o monopólio do poder, mas também quem detém o monopólio das decisões morais. Esta posição é denominada decisionismo moral. Haveria consequências negativas para a unidade política se fosse permitido aos indivíduos ou grupos de indivíduos reivindicarem valores morais diante do Estado” (Arruda, 2003, p. 78).

⁶⁶ [La demanda de un protector, de un defensor de la Constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la Constitución].

precisamente, o daqueles casos excepcionais, momentos de turbulência política no qual a Constituição – leia-se, a unidade, a vontade e a decisão política fundamental de um povo (Cf. Schmitt, 2001, p. 45-57) – encontra-se em perigo.

Nesse sentido, ao atribuir centralidade à exceção, Schmitt inverte a lógica liberal prevalecente na teoria política, acostumada a analisar e discutir “casos normais”, isto é, situações nas quais não há qualquer divergência mais profunda ou qualquer instabilidade pondo em risco a organização política comunitária. E esta é, sem dúvida, a grande debilidade das teses liberais, que apostam no judiciário como instância protetora da Constituição, ignorando que os tribunais não têm *legitimidade, força política e condições estruturais* para, diante de situações críticas, restaurar a estabilidade política e restabelecer a governabilidade estatal.

Para Schmitt, o problema do controle de constitucionalidade não pode ser resolvido com as ficções da “hierarquia de normas”, da “norma superior” que deve prevalecer perante a “norma inferior” e que não pode ser ameaçada por esta. O equívoco do normativismo, nesse sentido, é o de representar uma situação real de poder, um conflito concreto entre instituições políticas concretas, como se fosse um mero conflito abstrato entre leis. Uma norma, diz Schmitt, não pode proteger a si mesma por mais que seja “superior” ou “fundamental”. Ao fazer isso, o normativismo liberal oculta o verdadeiro problema, isto é, a questão de quem decide, quem tem força para resolver o conflito político subjacente a qualquer caso de contradição entre normas. (Schmitt, 1998, p. 87).

Por isso, para Schmitt, os juízes devem se submeter à lei, limitando-se a aplicar as decisões legislativas por meio de um procedimento mecânico de subsunção entre fatos e normas. Mesmo numa declaração de inconstitucionalidade, seria um equívoco dizer que um juiz considerou uma lei como inválida, tomando uma decisão política. O que ocorre, na realidade, é a aplicação de uma outra norma – que não aquela considerada como “inválida” –, isto é, um dispositivo de natureza constitucional que se aplica, diretamente, ao caso concreto. O processo decisório judicial, portanto, envolve sempre uma relação entre fatos e leis e não entre duas ou mais normas. (Schmitt, 1998, p. 48).

Como se pode perceber, o controle de constitucionalidade assume aqui um papel secundário, uma competência exercida pelos tribunais apenas nas situações de normalidade. Nestas, o ato impugnado pode ser considerado como “manifestamente inconstitucional”, representando o que hoje chamaríamos – não sem alguma dificuldade – de *casos fáceis*, ou seja,

casos nos quais a incongruência entre lei e Constituição – ou, como preferiria Schmitt, a consonância dos fatos com os preceitos constitucionais – é “direta” e/ou “nítida”. Assim, em qualquer hipótese,

[...] os fundamentos do controle e da decisão judicial devem ser normas que permitam uma subsunção precisa e delimitada. A sujeição a uma destas normas é, justamente, condição e premissa da independência do poder judicial. Quando o juiz abandona o terreno em que é realmente possível uma efetiva subsunção sob normas gerais e, como consequência, uma sujeição concreta à lei, deixa de ser um juiz independente, sem que se possa aduzir em seu favor qualquer aparência de judicialidade.⁶⁷ (Schmitt, 1998, p. 53).

Essa limitação da atividade judicial fundamenta-se na necessidade de manter separadas as funções que exercem o legislador e o juiz.⁶⁸ Não se trata simplesmente, como pode parecer à primeira vista, de afirmar um controle recíproco ou uma divisão de poderes entre diversas instâncias. O ponto fulcral do modelo schmittiano reside, como dito acima, na *decisão* ou, mais precisamente, na pergunta: quem decide nos momentos de exceção? Ora, atribuir a resolução de questões políticas aos tribunais implica em minar a sua independência (sujeição à lei), gerando uma perigosa “politização da justiça” (Schmitt, 1998, p. 57).

Significa dizer que, longe de possibilitar uma resolução “imparcial”, “objetiva” ou “externa à política” de questões controversas, a solução judicialista apenas encobre – sob o manto da neutralidade de ficções normativistas – uma decisão que, na prática, será tomada nos bastidores, sob os auspícios dos reais detentores do poder, que, podem, por exemplo, influenciar a designação de juízes (Schmitt, 1998, p. 178-180). Como consequência desta falsa despolarização (semelhante a que ocorre no parlamento), interesses particulares e individualistas obtêm primazia diante de qualquer decisão que reflita, efetivamente, a unidade do povo e a vontade geral da

⁶⁷ [los fundamentos del control y de la decisión judicial han de ser normas que permitan una subsunción precisa y delimitada. La sujeción a una de estas normas es, justamente, condición y premisa de la independencia del poder judicial. Cuando el juez abandona el terreno en que realmente es posible una efectiva subsunción bajo normas generales y, como consecuencia, una sujeción concreta a la ley, deja de ser un juez independiente, sin que pueda aducirse en su descargo ninguna apariencia de judicialidad].

⁶⁸ “[...] não existe Estado cívico de direito sem independência do poder judicial, nem Justiça independente sem sujeição concreta a uma lei, nem sujeição concreta à lei sem uma diferenciação real entre lei e sentença judicial. O Estado cívico de Direito descansa sobre a distinção real de diversos poderes. [...] não é possível transferir [aos tribunais] a decisão em matéria política, que é própria do legislador, sem alterar sua posição constitucional” (Schmitt, 1998, p. 77-78). [no existe Estado cívico de Derecho sin independencia del poder judicial, ni Justicia independiente sin sujeción concreta a una ley, ni sujeción concreta a la ley sin una diferenciación real entre la ley y sentencia judicial. El Estado cívico de Derecho descansa sobre la distinción real de diversos poderes (...) no es posible transferirle la decisión en materia política, que es propia del legislador, sin alterar su posición constitucional].

nação, pondo em risco, mais uma vez, a unidade nacional e a governabilidade necessária a qualquer Estado democrático.

Pode-se dizer, assim, que o liberalismo normativista aposta em uma *neutralidade negativa* (Schmitt, 1998, p. 183), que teme e evita toda espécie de decisão política ao deslocar o centro decisório para uma instância externa apolítica, porém frágil. Trata-se de uma aposta infrutífera, pois a objetividade e a independência dependem, exatamente, do princípio contrário, qual seja, da constituição de uma instância forte o suficiente para impor uma decisão política efetiva. É o que Schmitt (1998, p. 186) denomina de *neutralidade em sentido positivo*, que permite e dá lugar a uma decisão política. O juiz que decide amparado em uma lei cujo conteúdo é preciso e determinado apresenta-se, conforme esse segundo sentido, como um ator independente, que não decide politicamente, mas reconhece e afirma no caso concreto – por se limitar aos procedimentos de subsunção e reconhecer que não é tarefa sua decidir casos controversos – a autoridade do legislador. Em resumo, nas palavras de Schmitt,

A maioria das proposições e demandas de despolíticação esquecem a singela verdade de que para se impor a neutralidade no sentido de um objetivismo independente é necessário uma energia e uma força especial que possam fazer frente a agrupações e interesses muito robustos. Quando falta essa qualidade ao Estado, uma outra força ocupa o seu lugar e, como consequência, transforma-se em Estado. Neutralidade, no sentido de realidade e objetividade, não supõe debilidade e falta de política, mas, sim, o contrário. A solução não consiste, por conseguinte, em uma objetividade apolítica, mas em uma política concretamente informada, que tenha presente os interesses da coletividade e que seja capaz de adotar decisões.⁶⁹ (Schmitt, 1998, p. 187-188).

Compreende-se, então, por que, para Schmitt, a função judicial cessa, exatamente, no momento em que surgem os *casos difíceis*, casos nos quais estão em questão preceitos abstratos, duvidosos e controversos. É que, nestas hipóteses, surge a necessidade de uma decisão política soberana. É necessário criar direito novo, optar por uma dentre as diversas opções disponíveis. Nestas situações, não raro, surge uma instabilidade, uma controvérsia entre opiniões e posturas divergentes. Não se trata de um caso simples, no qual todos concordam e no qual não há riscos para a unidade do povo e do Estado. Pelo contrário, quando surgem dúvidas e controvérsias

⁶⁹ [La mayoría de las proposiciones y demandas de despolitiqización olvidan la sencilla verdad de que para imponer la neutralidad en el sentido de un independiente objetivismo precisa una energía y una fuerza especial que permitan hacer frente a agrupaciones e intereses muy robustos. Cuando al Estado le falta esta cualidad, tiene que ocupar el lugar suyo otra fuerza que, como consecuencia, se transforma en Estado. Neutralidad, en el sentido de realidad y objetividad, no supone debilidad y falta de política, sino lo contrario. La solución no consiste, por consiguiente, en una objetividad apolítica, sino en una política concretamente informada, que tenga presentes los intereses de la colectividad y que sea capaz de adoptar decisiones].

quanto ao direito é necessário uma decisão que provenha de uma autoridade com legitimidade popular e força política suficiente para – por maiores que sejam as disputas políticas – assegurar a primazia da vontade geral e, com ela, a identificação democrática do povo com as instituições estatais.

Aliado a isso, é importante enfatizar que, no modelo decisionista de Schmitt, a verdade e a correção moral de uma decisão não possuem valor algum. Partindo de uma forte desconfiança a toda proposta teórica que crê na possibilidade de um processo discursivo racional capaz de fundamentar e gerar decisões corretas e imparciais, Schmitt (1998, p. 90) sustenta que em toda norma e em toda sentença judicial “existe um elemento de pura decisão, que não pode ser derivado do conteúdo da norma”.⁷⁰ O valor e o papel da decisão se situam, apenas e tão-somente, no caráter autoritário de eliminar a dúvida ínsita aos diferentes posicionamentos que divergem entre si. De modo que não é a discussão pública, nem argumentos de ordem moral que irão por fim ao debate e a um conflito entre normas, mas, sim, uma decisão que, em última instância, é arbitrária.

Assim, ao limitar a atuação do judiciário para os casos nos quais é possível realizar um simples procedimento de subsunção, Schmitt não está preocupado com os eventuais erros ou com a ilegitimidade de decisões judiciais envolvendo valores morais substantivos – o que, por exemplo, parece ser a questão crucial para Ely e Habermas. A questão, insista-se, é anterior a isto. Refere-se ao fato de se atribuir a decisão a quem não tem autoridade para decidir, correndo-se o risco de gerar crises, nas quais o defensor da Constituição, submetido às influências que circulam nos bastidores, não consegue restaurar a normalidade.

É partindo de toda essa argumentação crítica em face do parlamento e do judiciário – ambos vistos como poderes incapazes de assegurar a unidade política do Estado – que Schmitt sustenta que o verdadeiro defensor da Constituição, o único capaz de se constituir enquanto uma instância independente e neutra no sentido positivo, é o Presidente da República. Eleito por todo o povo, o Presidente representa “a continuidade e permanência da unidade política e de seu

⁷⁰ [existe un elemento de pura decisión que no puede ser derivado del contenido de la norma]. Segundo José Arruda (2003, p. 61), o decisionismo schmittiano se apresenta sob três formas. O *decisionismo político*, que atribui centralidade ao problema da soberania (quem decide), rechaçando qualquer princípio que recorra à discussão racional como fundamento da política. O *decisionismo jurídico*, que, contra o formalismo normativista, sustenta um conceito político de lei, segundo o qual as normas são sempre fruto de uma decisão do soberano (o monarca ou o povo), que expressa uma vontade política legítima. Por fim, o *decisionismo moral e teológico* nega “a possibilidade de fundamentação racional de normas e valores morais; elas resultam de decisões ‘aus dem Nichts’ (do nada) e não remetem a nenhum fundamento a não ser a decisão de tomá-las como válidas”.

funcionamento homogêneo”⁷¹ (Schmitt, 1998, p. 219), constituindo-se como um efetivo contraponto ao pluralismo desintegrador do parlamento. Enquanto este desagrega o povo, dilui as responsabilidades políticas em procedimentos e categorias abstratas, legitima as negociatas de bastidores, posterga as decisões e paralisa a política, o chefe do Executivo é o legítimo representante da unidade nacional, que assegura a governabilidade ao assumir pessoalmente a responsabilidade de decidir. Além disso, o Presidente tem o poder de convocar o povo para expressar a identidade democrática e a vontade geral por meio de referendos – tal como estabelecia a Constituição de Weimar – e da aclamação⁷² em praça pública, tornando a política algo constante na vida de todos os indivíduos.

Assim, fundado na teoria do poder moderador de Benjamin Constant, Schmitt vislumbra no Executivo a única possibilidade de garantir a governabilidade, a estabilidade e a homogeneidade necessárias a qualquer democracia. É ele o verdadeiro soberano, aquele que detém legitimidade popular e força política suficientes para impor uma decisão nos momentos excepcionais, de turbulência política, nos quais a unidade nacional corre perigo. A possibilidade de dissolver o parlamento, convocar referendos e suspender a vigência dos direitos fundamentais – conforme dispunham, respectivamente, os artigos 25, 73 e 48, da Constituição de Weimar – representavam, para Schmitt, as provas concretas e materiais de que sua tese estava correta. Em suma, o poder Executivo se constitui como um poder neutro, mediador e intermediário entre o parlamento e o governo, capaz de, nos momentos de tensão, manter a unidade política e, assim, assegurar a força da Constituição.

2.3. A democracia comunitária monolítica é uma boa interpretação da nossa prática constitucional?

De acordo com os três pontos levantados na introdução do capítulo como necessários para a definição de uma concepção de democracia, pode-se dizer que a proposta de Schmitt se baseia: (1) em um modelo de comunidade monolítica, no qual há uma identificação absoluta entre indivíduo e coletividade, negando-se qualquer traço de pluralismo e de respeito às diferenças; (2)

⁷¹ [*la continuidad y permanencia de la unidad política y de su homogêneo funcionamiento*].

⁷² “A opinião unânime de cem milhões de indivíduos não é a vontade do povo, e nem a opinião pública. A vontade do povo pode ser muito melhor expressa democraticamente por meio da aclamação (*acclamatio*), da presença óbvia e irrefutável, do que por meio do aparato estatístico, que há meio século vem sendo desenvolvido minuciosamente”. (Schmitt, 1996, p. 17). A aclamação constitui, nesse sentido, uma demonstração *de fato e existencial* da vontade popular ou, mais precisamente, “a voz de assentimento ou repulsa da multidão reunida” [*la voz de asentimiento o repulsa de la multitud reunida*]. (Schmitt, 2001, p. 100).

em um conceito restrito de litígio constitucional, que limita a atuação do judiciário aos casos nos quais é possível decidir com base em um procedimento mecânico de subsunção entre fatos e normas; (3) na idéia de que o Presidente da República é o legítimo defensor da Constituição, único capaz de assegurar a homogeneidade política da nação.

Delimitado o conceito schmittiano de democracia, cumpre agora questionar em que medida essa proposta é adequada e se podemos aceitá-la como uma boa interpretação da nossa prática constitucional. Se as respostas a essas questões forem afirmativas, então, a legitimidade do Supremo Tribunal Federal será tanto maior quanto mais suas decisões refletirem uma interpretação aberta e coerente dessa concepção de democracia.

Inicialmente, é importante demonstrar que, não obstante se tratar de um modelo autoritário, que aparentemente contradiz alguns dos mais basilares princípios estabelecidos na Constituição de 1988, a proposta de Schmitt – ou, pelo menos, algumas interpretações da tradição constitucional por ele inaugurada – encontram forte respaldo na nossa prática política. Nesse aspecto, é significativo que um conceito recorrente na ciência política latino-americana, utilizado para explicar o período de redemocratização em países como o Brasil, ponha em destaque, precisamente, o caráter autoritário – o que Schmitt chamaria de “democrático” – das nossas instituições.

Refiro-me aqui ao conhecido trabalho de Guillermo O’Donnell (1991), no qual ele classifica a democracia brasileira como uma *democracia delegativa*, ou seja, um modelo político de instituições fracas, no qual o presidente eleito recebe uma espécie de delegação em branco para governar e impor as decisões que lhe pareçam mais convenientes, sem a necessidade real de prestar contas aos cidadãos e sem efetivas restrições de órgãos fiscalizadores ou de controle. Trata-se de um modelo personalista, no qual o presidente – incorporando a real vontade do povo – se constitui enquanto uma instância superior às instituições e aos demais interesses políticos organizados. Nesse sentido é que se pode falar que “a democracia delegativa é fortemente majoritária: democracia é a constituição, em eleições limpas, de uma maioria que autoriza alguém a se tornar, por um determinado número de anos, a encarnação e o intérprete dos altos interesses da nação”. (O’Donnell, 1991, p. 31).

Diante de graves crises econômicas, continua O’Donnell, tem-se um estilo de política fundado num forte senso de urgência e no “decretismo” por parte do Executivo, de modo que nada, nem ninguém, pode se contrapor aos “remédios salvadores” propostos pelos candidatos

eleitos. Como resultado, obtém-se decisões com pouca legitimidade, que, não raro, fracassam nos seus objetivos de regular e transformar a sociedade. Os famigerados pacotes econômicos constituem casos bem representativos nesse aspecto. (O'Donnell, 1991, p. 35-40).

A realidade que descreve O'Donnell se reflete diretamente no Supremo Tribunal Federal. O discurso de urgência, o decretismo e a imposição da vontade do Executivo – geralmente, via medidas provisórias – dão a tônica em decisões nas quais um modelo de democracia comunitária monolítica ou delegativa⁷³ é, muitas vezes, acatado pelo tribunal. Prevalece, então, a idéia de que os interesses representados pelo Presidente se identificam com os interesses indiscutíveis do povo brasileiro, elementos essenciais para a manutenção da governabilidade mesmo quando contrariam decisões anteriores do STF ou direitos fundamentais assegurados na Constituição de 1988.

Parece claro, assim, que o modelo autoritário de Schmitt pode ser visto como uma interpretação que se coaduna com a nossa prática constitucional. Uma leitura, portanto, adequada a essa realidade e que encontra elementos – na Constituição, nas decisões dos tribunais e na prática política em geral – que lhe conferem sustentação. Mas esse é apenas um teste preliminar, pois toda a interpretação envolve também um outro aspecto – mais importante do que o primeiro – que demanda uma análise substantiva da proposta teórica. Ou seja, apesar de encontrar amparo na nossa realidade e ser adequada a nossa prática constitucional, podemos justificar e acatar a democracia comunitária monolítica como a melhor interpretação da democracia brasileira? Ou, indo direto ao ponto, por que *não podemos* acatar o modelo de democracia comunitária monolítica? A fim de responder a esta pergunta, formulo a seguir críticas aos três pontos centrais do modelo schmittiano.

(1) A concepção de comunidade de Schmitt levanta questões fundamentais para se pensar a democracia. De fato, é correta a demanda por algum tipo de vínculo comunitário mais forte do que pressupõem as teorias liberais clássicas – que, no fundo, concebem a sociedade como um mero instrumento a serviço de projetos individuais. É também aceitável a sua crítica ao funcionalismo vazio no qual resvalam as concepções procedimentais de democracia. Assim, enquanto o modelo fraco ou aritmético de comunidade leva à representação da política como um

⁷³ Vai além dos limites deste trabalho analisar as relações entre os conceitos de democracia comunitária monolítica e democracia delegativa. Ressalto apenas que, embora formulados a partir de pressupostos, objetivos e realidades diferentes, existe uma conexão entre os dois conceitos, na medida em que, em certo sentido, a idéia de democracia delegativa constitui uma interpretação ou uma versão da tradição constitucional autoritária schmittiana.

mero jogo de interesses, no qual as partes podem recorrer a todos os meios disponíveis para obter maioria, a ausência de limites substantivos confere ampla e perigosa liberdade decisória para a coalizão majoritária predominante em determinado momento. Então, legalidade e legitimidade, lei e justiça se confundem, sendo concebidos, seja qual for o seu conteúdo, como o resultado de um processo legislativo que ocorre conforme os trâmites previstos na Constituição.

É difícil responder a estas contundentes críticas de Schmitt. Mas concordar com suas críticas não implica em aceitar suas alternativas. Primeiro, porque a total submissão dos indivíduos à comunidade é um elemento autoritário, que abre possibilidades para que algumas pessoas sejam tratadas como meios para se atingir determinados fins “comunitários” ou, tal como nos regimes ditatoriais, sejam, literalmente, aniquiladas. No dizer de Pablo Ghetti (2005, p. 521), “o efeito colateral da hostilidade – a inimizade política – sempre presente é o reforço da repressão interna, é a transformação da política em polícia”.

Nesse contexto, aceitar que os cidadãos sejam sacrificados em prol do Estado ou da unidade política é relegar a segundo plano uma dimensão fundamental a qualquer democracia fundada em direitos, qual seja, a dimensão do indivíduo, de um ser humano que merece igual consideração e respeito. Daí a necessidade de rechaçar a supremacia total do Estado, bem como a idéia de que a estabilidade política e a manutenção da ordem estatal – a expressão é de Arruda (2003, p. 67) – constituem “valores intrínsecos”, independentes dos princípios que lhe conferem sustentação. O direito e os indivíduos não podem ser concebidos como instrumentos políticos “a serviço da existência, conservação e manutenção da ordem política” (Arruda, 2003, p. 67-68). Muito pelo contrário, o Estado somente se legitima, tanto no aspecto processual quanto no aspecto substantivo, na medida em que respeita os direitos ou, mais precisamente, na medida em que expressa em seus atos concepções políticas abertas e coerentes de igualdade, democracia e direitos fundamentais.

Em segundo lugar, a idéia de comunidade monolítica possui contornos metafísicos, quer dizer, é compreendida como uma entidade abstrata que detém uma primazia ontológica sobre os indivíduos. Trata-se de um ser orgânico que possui interesses éticos, políticos e morais próprios, os quais podem ser impostos a quaisquer dos seus membros. A comunidade, nesse aspecto, não deixa de ser mais uma ficção em nome da qual se justificam sacrifícios individuais.

Terceiro, em decorrência do ponto anterior, não se pode aceitar como dado o fato de que uma homogeneidade política totalitária é uma característica essencial a toda democracia, bem

como a única maneira de se assegurar a estabilidade e a unidade nacional. Não há nada que comprove essa assertiva. Assim como também não há nada que comprove que o pluralismo leva, necessariamente, à desagregação social. A questão, portanto, não é apenas fático-descritiva, mas também teórica: afinal, que tipo de homogeneidade é essa que elimina as opções individuais? É, realmente, a única possível?

O ponto é que não há, necessariamente, uma incompatibilidade entre vínculos comunitários e garantia de direitos e liberdades individuais. É plenamente viável – e, aliás, necessário – conciliar as duas perspectivas, tal como demonstra o conceito de comunidade liberal analisado no capítulo anterior. Assim, por exemplo, duas pessoas podem ser bem diferentes em termos de concepção religiosa, orientação sexual e ideais políticos, mas, ainda assim, conviver em conjunto, compartilhando determinados princípios comunitários. Tais princípios não precisam, de forma alguma, fundamentar-se na unidade nacional ou na homogeneidade total da comunidade política. O desafio, então, é pensar vínculos comunitários mais restritos e compatíveis com o fato do pluralismo. A garantia de estabilidade política parece ser muito mais viável por esse caminho do que por meio de uma totalidade metafísica excludente, tal como propunha Schmitt.⁷⁴

Finalmente, Schmitt se equivoca ao sustentar um conceito de igualdade excessivamente substantivo. A defesa exacerbada dos valores nacionais se coaduna e justifica uma série de acontecimentos nefastos que presenciamos na história recente. A questão é que, embora algum grau de desigualdade seja inevitável, nem todas as desigualdades são e podem ser justificadas. E é essa a questão que precisa ser enfrentada. Sem dúvida alguma, a aniquilação do diferente, daquele que se insurge contra valores sedimentados ou apresenta condutas que se distanciam de padrões “normais” é algo com o que não podemos compartilhar. A dignidade humana e o princípio de igual consideração e respeito por todos os cidadãos, independentemente de credo, raça, sexo, religião ou nacionalidade, são valores fundamentais a qualquer democracia.

(2) No que tange ao conceito de litígio constitucional, Schmitt também levanta questões importantes para o debate sobre a democracia, tais como o problema da legitimidade dos tribunais, a necessidade de distinção entre lei e sentença judicial e, ainda, o risco de uma falsa neutralização que, em nome da objetividade, encobre e facilita ingerências que se impõem nos

⁷⁴ A tentativa de conciliar interesses comunitários e direitos individuais é um dos pontos centrais do modelo de democracia proposto por Dworkin e será retomada mais adiante.

bastidores, suscitando, contrariamente ao pretendido, uma perigosa politização da justiça. Mais uma vez, contudo, suas alternativas são questionáveis. Ora, após todas as críticas feitas ao positivismo jurídico enquanto teoria semântica, não se pode mais aceitar, sem reservas, o argumento de que as decisões judiciais devem se limitar aos casos “manifestamente inconstitucionais”, ou seja, aqueles nos quais é possível realizar uma simples subsunção entre fatos e normas.

Atualmente, sabemos que a subsunção representa apenas o resultado de um processo interpretativo complexo que envolve necessariamente valores e concepções do intérprete. Por isso, essa é uma representação equivocada ou, pelo menos, muito simplória da atividade judicial, que, na prática, acaba por incentivar a tomada de decisões técnicas e mecânicas, nas quais as razões e as concepções políticas determinantes restam encobertas.

Além disso, é preciso considerar que a definição da natureza de um caso – ou seja, se é um caso *fácil* ou *difícil* – também é fruto de uma atividade interpretativa. De modo que não se trata de uma característica “inata” das controvérsias que chegam ao judiciário, mas, sim, de uma característica que é construída e determinada pelo(s) próprio(s) intérprete(s). Daí ser comum, por exemplo, discussões em torno de qual norma se aplica a um caso concreto, se existe ou não uma lacuna ou, ainda, se a regra é ou não “clara”. Isso demonstra que, mesmo nos “casos fáceis”, podem surgir desacordos entre as partes e, por conseguinte, crises e instabilidades sociais, demandando por uma instituição política capaz de impor uma decisão e restaurar a normalidade.

Em última instância, a distinção entre *casos fáceis* e *casos difíceis*, isto é, entre decisões que operam por simples subsunção e decisões que envolvem preceitos abstratos, lacunosos e indeterminados, é *uma falsa distinção*. Sim, pois se a subsunção expressa sempre o resultado de um processo interpretativo, se a própria definição da natureza de um caso depende de uma interpretação construtiva e se nos “casos fáceis” também existem divergências profundas entre as partes, então, o que diferencia os dois tipos de decisão? A resposta é simples: nada.⁷⁵ Em ambos os casos estão em jogo interpretações construtivas, que dependem de valores e concepções do intérprete. Ao ignorar isso, Schmitt leva o judiciário exatamente para onde queria evitar: para uma falsa neutralização, uma objetividade e uma independência frágeis que possibilitam a tomada de decisões por meio de procedimentos supostamente técnicos e moralmente neutros, mas

⁷⁵ Tirando, é claro, o fato de uma ser representada como um processo de subsunção e outra como, por exemplo, a eliminação de uma lacuna. A questão é que, em ambas as hipóteses, as decisões decorrem de processos interpretativos construtivos da prática constitucional.

que, na realidade, refletem concepções políticas e interesses que não vem à tona e não se submetem à crítica pública.

(3) Por último, nas democracias contemporâneas – refiro-me aqui, particularmente, ao Brasil – não se pode atribuir um papel secundário ao controle de constitucionalidade. Ao fazer isso, o modelo proposto por Schmitt reduz a nada um importante espaço de expressão da cidadania e de controle das ações estatais.⁷⁶ O Presidente da República, nesse modelo, tal como bem alerta o conceito de democracia delegativa, pode decidir livremente, impondo escolhas e direcionamentos à política do país sem quaisquer controles mais efetivos por parte das demais instituições políticas e da sociedade civil organizada.

De outro lado, os direitos fundamentais – e, de fato, numa comunidade monolítica seu valor é diminuto – se tornam promessas vazias estabelecidas na Constituição, que, sempre que as crises e instabilidades políticas determinam ou se assim decide o Presidente, serão deixadas de lado. É por isso mesmo que, mais do que em qualquer outro momento, a intervenção do judiciário se demonstra crucial nas situações críticas, tais como crises econômicas e políticas, nas quais imperam argumentos de “urgência” e “exceção” clamando pela subversão da ordem constitucional. São nesses momentos, ao contrário do que pensava Schmitt, que o controle judicial de constitucionalidade emerge como uma instância decisiva para assegurar direitos e manter a estabilidade democrática.

O modelo de Schmitt, além disso, parece vulnerável à tradicional provocação em torno de *quem controla o defensor da Constituição?* Para Schmitt, como afirma Gasió (1999, p. XXXIV), o limite da atuação presidencial residiria na própria unidade e identidade do povo. A questão é que essa unidade e homogeneidade são problemáticas.⁷⁷ Longe de algo evidente e

⁷⁶ Nesse sentido, José Reinaldo Lopes (1994, p. 33) aponta, com precisão, que, em um Estado democrático, o Judiciário se converte “em uma arena de discussão em que as partes podem racionalizar seus interesses e sua concepção ético-jurídica”, de modo que se torna possível “explicitar conflitos sociais básicos da sociedade brasileira. O valor do Judiciário é garantir que os arranjos e disputas se façam sob a legalidade e dar visibilidade às diferentes reivindicações”. De forma semelhante, Celso Campilongo (1994, p. 118) afirma que “setores antes desorganizados e pouco sensíveis à utilização do Direito enquanto ferramenta de conquista e ampliação da cidadania política – ou seja, a grande maioria da população brasileira – passam a encarar o Judiciário como um espaço relevante de luta política”. Para evidências empíricas dessas assertivas, cf. a pesquisa de Luiz Werneck Vianna e Marcelo Baumann Burgos (2005).

⁷⁷ Segundo Kelsen (1999, p. 63), é questionável o argumento de que o Chefe do Executivo representa a vontade geral do povo unido, porque, afinal, tal vontade não existe e porque “a eleição não oferece nenhuma garantia para a função do chefe de Estado de equilibrar os interesses antagônicos. [...] Ver na eleição uma garantia de independência, como o faz Carl Schmitt, sem dúvida, é possível somente se fecharmos os olhos ante a realidade”. [*la elección no ofrece ninguna garantía para la función del jefe de Estado de equilibrar los intereses antagónicos. [...] Ver en la elección*

fechado, refletem interpretações e interesses de uma maioria (ou de uma minoria) que consegue se impor. O povo homogêneo e unitário, do qual fala Schmitt, é, na verdade, apenas uma parcela do povo, da qual os dissidentes (inimigos) são excluídos.

Dessa forma, assim como um trunfo numérico não confere à maioria legitimidade para decidir sobre tudo, a homogeneidade – por mais que se expresse pela aclamação ou pela votação maciça em referendos – também não autoriza a delegação de amplos poderes ao Presidente. Homogeneidade política, portanto, não é sinônimo de justiça – elemento que, de fato, não se encontra presente entre as análises de Schmitt. Daí que a verdadeira democracia exija muito mais do que a formação de uma identidade comunitária entre os cidadãos. O controle recíproco entre os poderes, o respeito aos direitos individuais e a instituição do controle de constitucionalidade são alguns elementos que podem ser considerados imprescindíveis.

Finalmente, de acordo com Kelsen, citado por Gasió (1999, p. XXXVI), Schmitt aposta em uma indefensável crença metafísico-religiosa segundo a qual o ditador tem acesso privilegiado à verdade, quer dizer, à vontade geral, una e indivisível, do povo. Na concepção de Schmitt, o Presidente é alçado à condição de soberano absoluto do Estado, legislador e juiz de seus próprios atos. O problema é que não existe nada que coloque o Executivo acima dos demais poderes. Assim como o judiciário e o legislativo, o Presidente também está sujeito à influência das negociatas de bastidores, de modo que suas decisões podem refletir interesses particulares e não necessariamente a “vontade geral da nação”. Daí, mais uma vez, a importância de um sistema de freios e contrapesos, isto é, a instituição de mecanismos eficazes de controle das decisões políticas.

São essas as razões que rechaçam o modelo de democracia comunitária monolítica como interpretação da prática constitucional brasileira. Trata-se de um modelo autoritário, que confere poderes quase ilimitados a uma única pessoa, um soberano que, na prática, sob a justificativa de representar os altos interesses da nação, avoca para si o direito de impor as decisões que lhe pareçam mais convenientes. A nossa tradição constitucional – basta lembrar os Atos Institucionais, os Decretos-Lei e, mais recentemente, as Medidas Provisórias – está repleta de episódios como esses, nos quais os “salvadores da pátria” oferecem aos seus eleitores propostas milagrosas – e o *milagre*, como diz Schmitt (1996a, p. 109), é o correspondente

una garantía de independencia, como lo hace Carl Schmitt, sin duda es posible solamente si se cierran los ojos ante la realidad].

teológico para o *Estado de exceção* no campo político – para problemas altamente complexos. Essa talvez seja a grande falha do sistema schmittiano: contrapor à complexidade inerente a realidade social – presentes, por exemplo, no pluralismo político e na falibilidade das instituições – uma resposta unitária e, em certo sentido, simplória, fundada na exigência de homogeneidade política (como um valor em si mesmo) e na delegação de poderes a um único soberano.

É por isso que a nossa prática constitucional demanda um outro modelo de democracia, que respeite o pluralismo e atribua centralidade à garantia dos direitos fundamentais. No próximo capítulo, analisaremos de que maneira o STF se posiciona em relação à democracia comunitária monolítica. Desde já, fica a certeza de que qualquer decisão judicial amparada nesse modelo carece de legitimidade e deve ser, em todos os seus termos, contestada.

3. A premissa majoritária e o modelo de democracia procedimental

3.1. Democracia e desconfiança

No início da década de 1980, John Hart Ely, professor norte-americano, publicou um livro denominado *Democracy and distrust: a theory of judicial review*, no qual propõe uma engenhosa concepção procedimental de democracia. A questão que se coloca Ely é a mesma enfrentada neste capítulo: como é possível compatibilizar o poder dos juízes com a democracia, isto é, com o governo da maioria? Inserindo-se, ainda que não expressamente, na tradição kelseniana do controle de constitucionalidade, o autor sustenta que a única forma de fazer isso é conferir aos tribunais a função de controlar a regularidade do processo legislativo. Este é visto como o ponto central da democracia, uma esfera pública de debates e compromissos, regida por regras processuais que viabilizam a expressão igualitária dos mais variados interesses existentes na sociedade. Como consequência, uma vez atendidos os pressupostos democrático-rationais do procedimento legislativo, obtém-se decisões que podem ser consideradas legítimas.

Ely toma como ponto de partida para a construção de seu modelo teórico o debate constitucional estadunidense entre *textualistas* e adeptos da *interpretação livre*. Segundo afirma, esta é uma dicotomia inoperante, que inviabiliza um debate mais adequado em torno do tema, já que ambas as doutrinas – conforme será demonstrado a seguir – contradizem princípios básicos do sistema político vigente nos EUA e também, poderíamos acrescentar, no Brasil.

Como se sabe, os *textualistas* argumentam em prol de uma atuação passiva dos tribunais, circunscrita ao que, conforme o sentido “natural” das palavras, estabelecem os

dispositivos jurídicos. De um lado, as normas são concebidas como unidades auto-suficientes de sentido, passíveis de aplicação concreta sem a necessidade de se recorrer a qualquer elemento externo ou valorativo. De outro lado, em conformidade com essa perspectiva, o limite da atividade judicial é dado pela “letra expressa da lei”, única garantia de que as opções firmadas pelos constituintes originários e pelos legisladores serão respeitadas. É em virtude dessa concepção semântica estreita das normas jurídicas e dessa ampla deferência ao passado e à história legislativa, que, para o textualismo, somente podem ser declaradas inconstitucionais leis que contrariem “diretamente” algum preceito estabelecido na Constituição.

Segundo Ely (1997, p. 23), essa concepção teórica é muito atraente por duas razões. Primeiro, porque expressa um sentido usual ou cotidiano do direito: a idéia de que os juízes estão adstritos às decisões legislativas e, particularmente, à Constituição. Afinal, “o papel dos juízes é aplicar a lei”. Segundo, ao delimitar com precisão o papel dos tribunais, o textualismo se coaduna com o importante princípio democrático que estabelece que os juízes não possuem autorização constitucional para substituir ou invalidar a vontade dos legisladores. Somente estes, agentes políticos eleitos e sujeitos diretamente ao controle popular, possuem legitimidade para decidir questões políticas controversas e realizar escolhas em torno de quais valores substantivos devem reger a sociedade.

Com esse argumento, o textualismo consagra a democracia representativa e o governo da maioria como o núcleo de todo o sistema político-constitucional, edificando-se sobre o princípio de que todos os cidadãos e todas as instituições estatais – em particular, o judiciário – devem fidelidade aos ditames da maioria. Nesse contexto, os únicos limites aceitáveis às decisões majoritárias são aqueles que tenham sido estabelecidos pelo próprio povo. Somente os próprios cidadãos – diretamente ou por meio de seus representantes – podem inserir na Constituição princípios contra-majoritários. Por isso, ao declarar uma lei inconstitucional, um juiz nada mais faz do que assegurar, no caso concreto, a primazia da vontade popular. “Desta maneira, não são os juízes que controlam o povo, mas a própria Constituição, com a qual o povo controla a si mesmo”.⁷⁸ (Ely, 1997, p. 27).

Não obstante acatar boa parte de seus pressupostos, Ely questiona, de duas formas, essa versão estrita do textualismo. Primeiro, afirma que o excessivo poder de mando atribuído

⁷⁸ [De esta manera, no son los jueces quienes controlan al pueblo, sino la propia Constitución, con lo cual el pueblo se controla a sí mismo].

aos legisladores do passado contradiz o princípio democrático que confere ao povo o direito de auto-governo. Isso ocorre porque, ao declarar uma lei inconstitucional, um juiz textualista atribui uma injustificada primazia à vontade de pessoas que morreram já há algum tempo – no caso dos EUA, às vezes, há um ou dois séculos – retirando dos atuais representantes eleitos a possibilidade de realizar escolhas e tomar decisões políticas. Assim, embora Ely não negue a importância da história legislativa e da intenção dos legisladores, a voz do povo deve refletir, de algum modo, os interesses das pessoas que estão vivas. A estas deve ser assegurado o direito de, no presente, discutir e oferecer soluções aos seus próprios problemas. (Ely, 1997, p. 29-30).

Em seguida, Ely argumenta que, mesmo que se coadunasse com a democracia, a limitação da atuação dos juízes à vontade dos constituintes originários seria uma tentativa infrutífera. Isso porque algumas cláusulas constitucionais – tais como igualdade de tratamento, devido processo legal e dignidade da pessoa humana – são abstratas e convidam os intérpretes a atuar com independência (uma “independência restrita”, conforme as palavras do autor). Daí que não seja possível limitar a aplicação de princípios como esses à intenção dos legisladores. Da mesma forma, também seria equivocada a tentativa de restringir as decisões judiciais a algum mecanismo interpretativo vinculado a categorias genéricas, supostamente compatíveis com os significados “originais” do dispositivo em questão. (Ely, 1997, p. 31-32).

Diante de tais limitações da doutrina textualista, Ely se volta para a corrente não-interpretativa do direito constitucional norte-americano. Os defensores desse ponto de vista – também chamados de adeptos da interpretação livre – argumentam que os juízes devem considerar a Constituição como um documento vivo, isto é, um documento que não pode ser interpretado apenas com base na linguagem expressa de seus dispositivos. Assim, diante da necessidade de suprir a indeterminação dos princípios constitucionais, torna-se inevitável recorrer a elementos externos, integrantes da denominada “Constituição não-escrita”. Entram em cena aqui os valores fundamentais da comunidade, expressos por meio de metáforas, tais como razão, direito natural, tradição ou consenso político, que devem ser “descobertas” ou “reinventadas” pelos juízes e impostos a toda a sociedade. (Ely, 1997, p. 63-95).

Para Ely, as teorias não-interpretativas são inaceitáveis. Por um lado, ao atribuir um poder quase ilimitado aos juízes, ofendem a democracia. Vale dizer, conferem a um corpo de guardiões platônicos, uma elite técnica não eleita, o privilégio de decidir questões eminentemente políticas, cuja legitimidade decisória pertence ao legislativo. Como consequência, o povo perde

autonomia, isto é, o direito de fazer as suas próprias leis. De outro lado, a concepção de que os juízes devem decidir com base em valores substantivos é insustentável, uma vez que não existe nenhuma fonte impessoal de valores a ser descoberta de forma objetiva ou neutra pelos tribunais. Por isso, na realidade, os valores ditos “fundamentais” refletem – ou, pelo menos, sempre correm o risco de refletir – os valores e as opções políticas do próprio juiz.⁷⁹

Começa a se delinear, a partir dessas críticas ao textualismo e à interpretação livre, os pressupostos *empíricos* e *teóricos* – isto é, os dois principais pontos de apoio – da concepção de democracia de Ely. Em relação aos primeiros, o autor norte-americano toma como dado o fato de que, em comparação com o judiciário, o legislativo possui melhores condições de decidir questões políticas. Em suas próprias palavras, os tribunais não se encontram “em condições de incidir decisivamente na maneira como se governa o país” ou, ainda, “entre os tribunais e as legislaturas, é claro que estas últimas se encontram em melhor situação para expressar o consenso”⁸⁰, isto é, os valores compartilhados pelos membros de uma comunidade política. (Ely, 1997, p. 65 e p. 90, respectivamente).

Esse pressuposto empírico é corroborado por um elemento teórico, o qual subscreve a noção positivista de que não há racionalidade possível no âmbito dos valores. É esse o pressuposto implícito na argumentação de Ely, quando ele sustenta que, do fato de inexistir um parâmetro ‘objetivo’ para a tomada de decisões envolvendo conteúdos morais substantivos, decorre como inevitável – ou, mais precisamente, como mais democrático – atribuir tal tarefa aos legisladores. Estes têm a seu favor a racionalidade dos procedimentos democráticos, que, em última instância, permite que os resultados reflitam a vontade da maior parte da população atual do país, gerando decisões legítimas. É a ausência dessa racionalidade democrática que debilita e torna menos confiável a atuação dos tribunais.

A questão central para Ely é como compatibilizar esses dois pressupostos – primazia do legislativo e repulsa às decisões judiciais substantivas – em uma concepção coerente de democracia e de controle de constitucionalidade. Com esse intuito, e buscando uma alternativa ao

⁷⁹ Nas palavras de Ely (1997, p. 64), “[...] penso que em muitos casos sentiremos que, mesmo quando o juiz ou comentarista esteja falando em termos de um método de identificação ‘objetivo’, impessoal, é provável que o que esteja ‘descobrendo’, tenha ou não consciência disso, são os seus próprios valores”. [*pienso que en muchos casos sentiremos que, aun cuando el juez o comentarista esté hablando en términos de un método de identificación ‘objetivo’, impersonal, es probable que lo que esté ‘descubriendo’, sea o no consciente de ello, son sus propios valores*].

⁸⁰ [*en condiciones de incidir decisivamente en la manera como se gobierna el país. (...) entre los tribunales y las legislaturas, es claro que estas últimas se encuentran en mejor situación para reflejar el consenso*].

embate entre textualismo e interpretação livre, o autor sugere uma interpretação procedimental da atuação da Corte de Warren, responsável por decisões importantes na história política norte-americana, dentre elas, a do caso *Brown vs. Board of Education*, que considerou inconstitucional a segregação racial nas escolas.

Para Ely, decisões como essa, ao contrário do que afirmam muitos autores, não podem ser compreendidas, adequadamente, acentuando-se aspectos substantivos, quer dizer, como se o tribunal estivesse descobrindo e impondo às demais instituições políticas valores ditos “fundamentais”. “As sentenças constitucionais da Corte de Warren evidenciam uma estrutura profunda significativamente diferente do enfoque orientado aos valores propiciado pela academia”⁸¹ (Ely, 1997, p. 98).

Nesse aspecto, a Corte tomou decisões referentes ao devido processo legal nas esferas penal e administrativa, assegurando que os procedimentos de todas as atividades inquisitoriais do Estado fossem organizados da forma mais previsível e imparcial possível. A garantia dos direitos individuais, nesses casos, teve o nítido objetivo de assegurar a racionalidade do processo, sem adentrar em questões de conteúdo ou nos seus eventuais resultados.

Outras de suas sentenças se basearam em uma preocupação mais ampla a respeito do processo. Trata-se de decisões atinentes à correção do procedimento legislativo. Segundo Ely, a justificativa dessas decisões se situa na busca por assegurar o *adequado funcionamento do processo democrático*:

A Corte de Warren foi a primeira a atuar seriamente com base nele. Foi também a primeira a avançar até o terreno das restrições ao sufrágio e à má distribuição e, uma vez ali, ocupá-lo com seriedade. Certamente se trataram de decisões intervencionistas, mas tal intervencionismo não esteve orientado pelo desejo de parte da Corte de reivindicar alguns valores substantivos particulares, que houvesse determinado como importantes ou fundamentais, mas sim pelo desejo de assegurar que o processo político – que é onde propriamente se identificam, pesam e ajustam tais valores – estivesse aberto a pessoas de todos os pontos de vista em condições que se aproximam da igualdade.⁸² (Ely, 1997, p. 98).

⁸¹ [Las sentencias constitucionales de la Corte de Warren evidencian una estructura profunda significativamente diferente del enfoque orientado a los valores propiciado por la academia].

⁸² [La Corte de Warren fue la primera en actuar seriamente con base en él. Fue también la primera en avanzar hacia el terreno de las restricciones al sufragio y a la mala distribución y, una vez allí, ocuparlo con seriedad. Ciertamente se trató de de sentencias intervencionistas, pero tal intervencionismo no estuvo animado por el deseo de parte de la Corte de vindicar algunos valores substantivos particulares, que hubiese determinado como importantes o fundamentales, sino más bien por el deseo de asegurar que el proceso político – que es donde propiamente se identifican, pesan y ajustan tales valores – estuviese abierto a personas de todos los puntos de vista en condiciones que se aproximaran a la igualdad].

Por último, a Corte protegeu minorias raciais, estrangeiros e pobres, declarando a inconstitucionalidade de medidas estatais que os tratavam de maneira discriminatória. Essas decisões também não foram tomadas com base em valores substantivos descobertos pelos juízes. O ponto era que se os agentes republicanos haviam optado por determinados princípios políticos, que consideravam importantes para alguns grupos sociais, deveriam estendê-los aos demais grupos ou, ao menos, fornecer uma justificativa adequada para o tratamento diferenciado. Na ausência de tais justificativas, a medida certamente violaria a Constituição.

É com base nessa interpretação das decisões da Corte de Warren⁸³ que Ely formula sua teoria do controle de constitucionalidade. Segundo afirma, a atuação dos tribunais somente pode ser considerada legítima na medida em que: (1) nos casos fáceis, atenham-se à linguagem dos dispositivos constitucionais, limitando-se a assegurar os direitos expressamente previstos na Constituição; e (2) nos casos difíceis, isto é, nos casos que envolvem a interpretação de princípios constitucionais abstratos, orientem-se pela garantia de dois tipos de direitos. São eles: (a) os *direitos de acesso* à esfera política (*access rights*), tais como liberdade de expressão, sufrágio, eleição etc.; (b) os *direitos de igualdade* (*equality rights*), que se referem ao tratamento que a maioria confere às minorias no que tange ao acesso à esfera política. Os direitos de igualdade, nesse sentido, impedem que a maioria trate as minorias – por exemplo, em face da raça, religião ou nacionalidade – de modo diferente do que faz consigo mesma.⁸⁴ (Ely, 1996, p. 06-07).

O conceito-chave para se compreender o modelo de democracia de Ely é o de *representação*. Esse conceito permite ao autor conciliar o poder dos juízes com o poder das instituições republicanas, fornecendo uma base comum de legitimação tanto para o legislativo – por meio das eleições – quanto para o judiciário. O controle de constitucionalidade, assim, passa a ser entendido como um *reforço para a representação*, o que Ely (1996, p. 08) denomina de “representation-reinforcing approach on judicial review”. Significa dizer que, desde que

⁸³ Essa postura da Corte de Warren possui como antecedente uma opinião exarada pelo juiz Harlan Stone no caso *United States vs. Carolene Products Co*, de 1938. Em uma famosa nota de rodapé, o juiz sustentou, conforme a leitura de Ely (1997, p. 100), que é “[...] função apropriada da Corte garantir que o funcionamento da maquinaria do governo democrático seja adequado, assegurando que os canais de participação e de comunicação políticas se mantenham abertos”. [*función apropiada de la Corte garantizar que el funcionamiento de la maquinaria del gobierno democrático sea adecuado, asegurarse de que los canales de participación y de comunicación políticas se mantengan abiertos*]. Além disso, ainda segundo o juiz, o tribunal deveria desconfiar de leis fundadas em critérios raciais, religiosos ou nacionais, a fim de evitar a admissão legal de preconceitos, bem como a opressão a minorias políticas.

⁸⁴ Pode-se acrescentar a esta lista os direitos processuais em sentido estrito, isto é, os direitos necessários para se assegurar a imparcialidade e a equidade dos processos penal e administrativo. É o que, tal como mencionado no primeiro capítulo, Dworkin denomina de *devido processo legal adjetivo*.

amparados em tais fundamentos, as decisões judiciais contra-majoritárias não ofendem a democracia. Muito pelo contrário, são instrumentos essenciais para se assegurar que o processo democrático se mantenha em contínuo e adequado funcionamento.

Nesse contexto, pode-se dizer que os tribunais assumem uma dupla função. Primeiro, ao assegurar os direitos de acesso, *mantêm abertos os canais de mudança política*, evitando que as maiorias bloqueiem a rotatividade do poder ou impeçam a livre expressão de idéias e valores dissidentes. A segunda função se refere aos direitos de igualdade, os quais permitem uma *ampla representação das minorias*, impedindo que uma coalizão majoritária negue aos demais cidadãos princípios que assegura a si mesma. Em resumo, o modelo de Ely tem o intuito de fazer a democracia funcionar, garantindo “o acesso de todos os grupos ao processo e assegurando, além disso, que a coalizão majoritária dominante não prescreva um conjunto de regras para ela mesma e outro, menos favorável, para os grupos que dela não fazem parte”⁸⁵ (Ely, 1996, p. 09).

Segundo o autor, essa concepção do controle de constitucionalidade é superior ao textualismo e à interpretação livre, pois é plenamente compatível com a democracia representativa. Assim, reconhece a centralidade do governo majoritário e do poder legislativo e, ao mesmo tempo, atribui importância à atuação dos tribunais, conferindo-lhes uma atividade pertinente, quer dizer, consentânea com sua condição de órgãos alheios à política e especializados em processos. E essa função, de vigilante do processo democrático, pode ser realizada pelos juízes em melhores condições do que quaisquer agentes políticos. (Ely, 1997, p. 113).

Após o exame dos principais elementos que constituem o modelo de democracia procedimental proposto por Ely, cumpre, a seguir, aprofundar a análise, trazendo à tona alguns dos problemas e limites da teoria.

3.2. Três críticas a Ely

(1) Comunidade estatística e igualdade política

A primeira crítica que se pode dirigir a Ely se refere ao modelo de comunidade aritmética pressuposto em suas análises. De acordo com essa concepção, a política se assemelha a um mercado, no qual cada um dos participantes age conforme seus próprios interesses e luta para

⁸⁵ [the access of all groups to the process and insuring, further, that the dominant majority coalition will not prescribe one set of rules for itself and another, less favorable set for groups that are not part of that coalition].

impô-los no curso do processo democrático. Em conseqüência, as decisões coletivas refletem uma mera conjunção estatística e ocasional de vontades particulares, sem representar algo em comum e sem representar algum tipo de integração comunitária mais profunda. A unidade de agência é o próprio indivíduo, de modo que a liberdade e a igualdade políticas são sempre analisadas sob o prisma individual, isto é, de cidadão por cidadão.

Nesse contexto, as instituições políticas são organizadas de tal maneira que a concorrência entre os diversos partidos possa ocorrer de forma livre e sem coerções injustificadas. Daí que os tribunais – os árbitros do jogo – nunca intervenham para ditar resultados substantivos, limitando-se a assegurar o bom funcionamento do “mercado político” (Ely, 1997, p. 129) por meio de decisões que protejam as minorias e mantenham abertos os canais de mudança.

Não obstante essa característica, seria um equívoco dizer que o modelo de Ely se fundamenta – lembrando aqui as críticas de Schmitt ao liberalismo – em um conceito de lei puramente formal ou em um funcionalismo vazio que legitima a onipotência e a tirania da maioria. É que, como visto, desde que necessárias ao adequado funcionamento da democracia, Ely acata a existência de limites à vontade majoritária, o que se pode denominar, seguindo Dworkin (1990, p. 326), de *disposições restritivas (disabling provisions)*. Nesse sentido, a proteção constitucional ao direito ao voto e às liberdades de expressão, de imprensa e de associação pode ser compreendida como uma garantia fundamental do processo democrático, uma vez que assegura o diálogo e a livre contraposição entre idéias e concepções diferentes. Nas palavras de Ely (1997, p. 133), direitos dessa índole “são decisivos para o funcionamento de um processo democrático aberto e efetivo” e, por isso, não podem ser modificados pela maioria que detém o poder.

Além desses, isto é, dos direitos liberais clássicos, a imparcialidade e a igualdade democráticas exigem mais uma classe de disposições restritivas, representadas pela proteção judicial das minorias. Nesse aspecto, ao desconfiar permanentemente das classificações legislativas que tomam por base, por exemplo, critérios raciais, o judiciário assegura aos negros a participação no mercado político em igualdade de condições. É por isso que, para Ely, afigura-se como legítima a decisão do caso *Brown vs. Board of Education*, que pôs fim à segregação racial nas escolas americanas. Segundo o autor, com essa decisão, a Suprema Corte aboliu uma

discriminação sistemática, cuja principal consequência era minar o poder político das populações negras. (Dworkin, 1990, p. 328).

Os problemas e as contradições da teoria de Ely começam a aparecer, com maior nitidez, quando ele se refere a outras minorias. As mulheres, por exemplo, não representam uma minoria passível de proteção pelos tribunais, pois constituem um grupo numericamente grande, dotado de educação e poder político suficientes para proteger seus próprios interesses na esfera pública legislativa.⁸⁶ Mais do que isso, no atual estágio da luta feminista, os canais políticos encontram-se amplamente abertos para a discussão de temas relacionados à questão de gênero. O problema é que as mulheres não aproveitam as oportunidades políticas – ou melhor, a força política numérica – que têm ou, ainda, optam por perseguir outros objetivos que não os da luta feminista. Enfim, trata-se de um grupo político que não sofre nenhum bloqueio institucional no acesso à esfera política e que, por isso, possui totais condições de defender e de lutar por seus próprios interesses no curso do processo democrático. (Ely, 1997, p. 198-204).

É com base nessa concepção, que Ely (1996b, p. 289) questiona o reconhecimento do direito constitucional ao aborto na famosa decisão da Suprema Corte americana no caso *Roe vs. Wade*, de 1973. Segundo afirma, (1) não há na Constituição norte-americana nenhuma previsão expressa do direito à privacidade – fundamento central da decisão; e, de outro lado, (2) as mulheres não constituem uma minoria política que requer proteção, ao passo que os fetos não possuem nenhuma representatividade no legislativo, demandando uma atenção especial por parte dos tribunais nas questões que envolvem seus interesses.⁸⁷

Como entender a distinção que Ely propõe entre os negros e as mulheres? Por que somente o preconceito racial atinge a igualdade política? A discriminação fundada no sexo não infringe, realmente, a igual distribuição do poder político? Se os tribunais devem atentar para o primeiro, por que não devem fazê-lo em relação ao segundo tipo de discriminação? Em termos mais concretos, se é correta uma sentença que proíbe a segregação racial nas escolas, por que é

⁸⁶ Ely discute também a questão dos homossexuais. Cf. Ely (1997, p. 196-198 e p. 283, nota 92) e Dworkin (1985, p. 96-99).

⁸⁷ Vale destacar que Ely defende a liberdade de escolha das mulheres no que concerne ao aborto e, nesse sentido, concorda com o conteúdo da decisão proferida em *Roe*. Os seus argumentos sustentam apenas que, por envolver valores políticos controversos e dada a situação de que os principais interessados têm voz ativa e força política equivalentes, o legislativo é o espaço mais adequado para a discussão pública e racional a respeito do tema. Já na década de 1990 (o artigo citado acima foi publicado na década de 1970), em uma carta dirigida a juízes da Suprema Corte, Ely (1996c) contestou a possibilidade de o tribunal rever o precedente. Em sua opinião, *Roe* contribuiu bastante para a ampliação da igualdade entre homens e mulheres e muitas expectativas haviam sido construídas em torno da decisão, de modo que seria um equívoco revê-la tantos anos depois.

equivocada uma decisão que assegura a liberdade das mulheres sobre o próprio corpo? O princípio igualitário que justifica a primeira decisão não deveria também justificar a segunda?

A resposta a essas perguntas nos remete à concepção de igualdade política que o autor subscreve em suas análises. Para Ely, coerente com o modelo de comunidade aritmética que sustenta sua teoria, a igualdade somente pode ser caracterizada como *igualdade de poder político*. Ou seja, grupos políticos são iguais na medida em que possuem um número aproximado de membros e na medida em que esses membros possuem condições semelhantes de acesso e participação na esfera legislativa. Assim, retomando o exemplo, pode-se dizer que o poder político dos negros é bastante inferior ao das mulheres, o que autoriza os tribunais a adotar uma postura mais “passiva” no que tange às questões de gênero e, em sentido contrário, a desconfiar, com maior intensidade, de regulamentações que se baseiam em critérios raciais.

O problema dessa proposta é que, como afirma Dworkin (1996, p. 27), o ideal de igualdade política que lhe serve de amparo é insustentável. Vale dizer, não oferece uma interpretação adequada e convincente a respeito do que seja, de fato, a igualdade política e, particularmente, de quais critérios podem ser utilizados para “medir” o poder político. Pergunta-se, então: tratar as pessoas como iguais implica em equiparar e tratar como igual o poder político? De qual poder político se está falando?

Para responder a essa questão é necessário estabelecer algumas distinções. Primeiro, deve-se considerar que a igualdade política pode ser analisada a partir de duas dimensões. A dimensão *vertical* – quando se compara o poder dos cidadãos com o dos governantes – e a *horizontal*, quando, ao contrário, considera-se a distribuição do poder político entre os próprios cidadãos. Aliado a isso, a igualdade política pode ser medida com base em dois critérios distintos: impacto e influência. A *igualdade de impacto* se refere à possibilidade de o indivíduo, diretamente, escolher ou votar em prol de determinadas decisões. Já a *igualdade de influência* se refere à possibilidade de alguém induzir ou guiar outras pessoas para que estas escolham ou votem em determinados candidatos ou decisões. (Dworkin, 1990, p. 332).

De imediato, percebe-se que a *igualdade de impacto* não pode ser concebida na dimensão *vertical*. É inerente ao sistema representativo que os atos políticos de algumas pessoas – os deputados, os Senadores e o Presidente da República, por exemplo – tenham maior impacto do que o dos demais cidadãos. A votação de uma Emenda Constitucional, que depende do voto direto dos Congressistas, e a promulgação de uma Medida Provisória pelo Chefe do Executivo

são exemplos dessa assertiva. De outro lado, a igualdade de impacto também não pode ser concebida sob a dimensão *horizontal*. Imagine-se que, em determinado Estado, assegura-se voto igual para todos os cidadãos (uma pessoa, um voto), mas, ao mesmo tempo, permite-se a censura a opiniões de determinados grupos. Nesta situação hipotética, o impacto de cada um na esfera política continua sendo o mesmo, mas alguns direitos importantes – tais como liberdade de expressão e imprensa – seriam violados. Não obstante, a igualdade política manter-se-ia intacta. Assim, enquanto na dimensão vertical, a igualdade de impacto não é factível, uma vez que algum grau de desigualdade de impacto é necessário, na dimensão horizontal, configura-se como um ideal pouco exigente, compatível, inclusive, com regimes ditatoriais. (Dworkin, 1990, p. 332-333).

Resta-nos, então, pensar a igualdade como uma questão de *influência*. Na dimensão *vertical*, constitui-se um ideal de pouca valia. Isso ocorre porque uma igualdade de influência vertical exigiria que os representantes estivessem completamente atrelados às vontades de seus eleitores, assegurando-se, ainda, mecanismos efetivos de *recall* e uma comunicação freqüente entre eles. A questão que Dworkin (2000, p. 194-195) levanta é que essas são promessas pouco factíveis e contradizem boa parte da prática política das democracias contemporâneas. Basta lembrar dos agentes políticos não eleitos, insensíveis (em certa medida) à influência dos cidadãos, tais como juízes e dirigentes de instituições como o Banco Central. Aliado a isso, é de se notar que algum grau de independência é aceitável e necessário para a atuação dos representantes e agentes públicos.

Finalmente, a igualdade política parece mais atrativa se concebida como igualdade de influência numa dimensão *horizontal*. Sob essa perspectiva, podem-se justificar de maneira adequada direitos importantes, tais como o sufrágio universal e as liberdades de expressão e associação, assegurando-se a todos um grau similar de influência. Podem-se, também, justificar algumas diferenças ínsitas ao regime representativo – como no caso da maior influência política que exercem os representantes em comparação com os demais cidadãos. Por último, assim concebido, o ideal de igualdade fornece bases teóricas para se considerar como injusto o fato de algumas pessoas, por terem mais acesso a recursos culturais ou econômicos, exercerem maior influência na política. É o caso, por exemplo, de grandes empresários que contribuem com quantias vultosas para campanhas de candidatos ligados aos seus interesses. Mas, precisamos realmente do ideal de igualdade política para apontar a injustiça de fatos como esses? Ou ainda: a

igualdade de influência horizontal oferece um instrumental teórico adequado para enfrentarmos esse problema?

Vejamos. A questão das relações entre riqueza e política pode ser explicada de duas formas. *Primeiro*, afirmando que qualquer contrariedade ao ideal de igualdade política (concebida como influência) é reprovável em si mesma, independentemente da origem dos recursos daquele que tem mais que os outros. *Segundo*, sustentando que a desigualdade de renda fere princípios de igualdade distributiva. De acordo com esta perspectiva, a maior influência na política é apenas uma das conseqüências da desigualdade de renda e, sem dúvida, um dos mais nefastos instrumentos utilizados para perpetuá-la. A diferença entre as duas proposições é que a primeira concebe a igual influência como um valor intrínseco, que independe da justa distribuição da riqueza. Já a segunda considera a influência como um valor dependente, concentrando-se nas origens dos recursos que permitem o desequilíbrio na influência política. (Dworkin, 1990, p. 333; 2000, p. 195).

A fim de mostrar por que a primeira proposição – que consagra o ideal de igualdade de influência na perspectiva horizontal – deve ser descartada, Dworkin (1990, p. 334) imagina uma sociedade na qual os recursos foram divididos de forma mais ou menos justa. Ainda assim, isto é, apesar da distribuição igualitária dos recursos, alguns indivíduos, pelo fato de serem mais motivados, mais qualificados ou, talvez, mais carismáticos, continuam exercendo maior influência na política. A primeira explicação veria com maus olhos essa maior influência, vendo-a como um defeito na organização política e na própria democracia. Já a segunda, nada teria a objetar, uma vez que, com a distribuição justa dos recursos, a desigualdade de influência decorre apenas de escolhas e projetos de vida individuais.

Recorrendo a outro exemplo (Dworkin, 1990, p. 334), pode-se dizer que a primeira proposição explicaria as desigualdades entre mulheres e homens na nossa sociedade, afirmando que estes exercem maior influência na esfera política do que aquelas. Já a segunda proposição diria que a menor influência das mulheres é fruto de uma combinação de injustiças econômicas, estereótipos sociais e preconceitos arraigados na comunidade. Mais uma vez, numa sociedade ideal, na qual essa injusta distribuição de recursos não existe, não parece correto considerar uma eventual desigualdade de influência – seja para as mulheres ou para os homens – um defeito na organização social.

O argumento de Dworkin, portanto, é no sentido de demonstrar que questões como as analisadas – a maior influência política dos mais ricos e dos homens – não podem ser compreendidas, de modo satisfatório, com base no princípio de igual influência. A questão é que a igualdade de poder político é sempre reflexo de um outro tipo de desigualdade, mais ampla, que se situa nas injustiças sociais, culturais e econômicas. Nesse sentido, quando alguém menciona a desigualdade de poder político, está sempre, de uma forma ou de outra, chamando a atenção para algo mais profundo, isto é, para os diversos fatores sociais que contribuem para a manutenção daquela desigualdade. Por isso, numa sociedade igualitária, na qual os recursos fossem distribuídos de forma justa, a desigualdade de influência continuaria presente como fruto de diferenças de interesses, reputação ou de talentos individuais. E, muito provavelmente, qualquer tentativa de eliminar essa “desigualdade” remanescente confrontaria com outros valores importantes para a democracia.⁸⁸

Retomando a questão dos negros e das mulheres na teoria de Ely, podemos, agora, sustentar que a concepção de igualdade que está por trás dos seus argumentos é a de igual influência na dimensão horizontal. Para Ely, desde que asseguradas as condições para que um grupo possa exercer igual influência política – como no caso das mulheres – não é necessário nenhuma interferência externa no “mercado político”. Os grupos, sob tais condições, têm plena capacidade de defender seus direitos e interesses na esfera legislativa.

Essa concepção possui dois problemas. Primeiro, ao restringir a igualdade à “distribuição do poder político”, Ely relega a segundo plano os reais fundamentos que se encontram no cerne das desigualdades das mulheres na nossa sociedade. E, ao ignorar a existência desses fatores, fornece uma interpretação inaceitável do ideal de igualdade que rege a democracia. Sem dúvida, a igualdade de consideração e respeito exige mais do que uma obscura “igualdade de influência”, que acaba por justificar diferenciações arbitrárias – tal como faz Ely – entre grupos sociais como os negros e as mulheres. Ou seja, não é a maior ou menor “quantidade” de poder político que um grupo detém que o caracteriza, respectivamente, como uma maioria ou uma minoria política. Essa é uma descrição insatisfatória e insuficiente da igualdade e da

⁸⁸ É o caso, por exemplo, de uma medida que, com o intuito de tornar a influência igual, restringisse as liberdades de expressão e de associação de determinados membros da comunidade. A respeito, também analisando outras possíveis medidas para equiparar a influência política dos cidadãos, cf. Dworkin (2000, p. 197).

democracia. De modo que precisamos de um ideal mais amplo que justifique de forma mais adequada e forneça bases teóricas mais consistentes para a proteção das minorias.⁸⁹

De outro lado, é curioso o fato de Ely reconhecer que a manutenção de uma visão de mundo machista, aceita inclusive pelas mulheres, pode ser fruto da própria amplitude com que os homens exercem o poder e a dominação na sociedade. Nas suas palavras, “um preconceito suficientemente difundido pode bloquear sua própria correção, não somente ao manter-se oculto às suas vítimas, mas também ao persuadi-las de sua correção”⁹⁰ (Ely, 1997, p. 200). Mas, para Ely, e esse é o segundo ponto, a questão somente pode ser enfrentada pelas próprias mulheres. É uma questão de opção. Afinal, numa comunidade estatística, não há nenhum compromisso individual com princípios igualitários, nem muito menos com a melhoria das condições de vida da coletividade. O compromisso de cada um é, apenas e tão-somente, com seus próprios interesses. E o compromisso da comunidade é apenas com a garantia da “igual influência horizontal”. Daí que, uma vez asseguradas a igual influência e a abertura dos canais políticos, se as mulheres não se protegem dos efeitos da discriminação sexual, não é porque *não podem* fazê-lo, mas, sim, porque, por uma ou outra razão, *preferem* não fazê-lo. (Ely, 1997, p. 204, grifei).

O modelo de comunidade estatística, aliado à concepção de igualdade de influência, assim, constituem ideais pouco atrativos, pois, em última instância, renegam qualquer tipo de integração entre indivíduo e comunidade, reforçando a visão da política como um mero jogo de interesses. Como afirma Dworkin (1990, p. 334),

Uma comunidade política atrativa requer que seus cidadãos se engajem na política como conseqüência de uma preocupação intensa e compartilhada pela justiça e correção dos seus resultados. Encoraja os cidadãos a ter orgulho ou vergonha do êxito ou fracasso da comunidade como se fossem de si próprios [...]. Não obstante, o ideal de igual influência despreza essa pretensão. Quando as pessoas ficam aborrecidas por não ter muita influência, ou se ressentem por não tê-la em grau suficiente, sua preocupação coletiva é apenas uma questão de aparência. Elas continuam pensando que o poder político é um recurso independente em lugar de uma responsabilidade coletiva.⁹¹

⁸⁹ Essa questão será retomada na análise do modelo de democracia constitucional substantiva proposta por Dworkin.

⁹⁰ [Un prejuicio lo suficientemente difundido puede bloquear su propia corrección, no sólo al mantener ocultas a sus víctimas, sino también al persuadirlas de su corrección.]

⁹¹ [An attractive political community wishes its citizens to engage in politics out of a shared and intense concern for the justice and rightness of the results. It encourages citizens to take pride or shame in the community's success or failure as if it were their own. (...) The ideal of equal influence defies that ambition, however. When people are fastidious not to have too much influence, or jealous that they do not have enough, their collective concern is only a matter of show; they continue to think of political power as a discrete resource rather than a collective responsibility].

Em síntese, uma concepção adequada de democracia requer (1) um outro ideal de comunidade, não limitado à ocasional confluência estatística da vontade de sujeitos particulares, e (2) uma outra interpretação do ideal de igualdade, não restrita à “distribuição” de poder político. Nesse sentido, é necessário pensar que outras condições substantivas são essenciais para se fundar uma política efetivamente republicana e comunitária. Assim como a questão dos negros, a questão das mulheres não é apenas de interesse dos membros de cada um dos respectivos grupos sociais. O tratamento desigual e a discriminação sistemática a alguns dos membros da comunidade ferem princípios que estão no cerne da Constituição. A responsabilidade, nestes casos, não é de pessoas individualmente consideradas, mas, sim, de toda a coletividade.

(2) Processo e substância nas decisões judiciais

A segunda crítica se refere ao conceito procedimentalista de litígio constitucional adotado por Ely. Segundo o autor, o papel dos tribunais é o de reforçar a representação, assegurando a regularidade do processo democrático. Mais precisamente, os tribunais devem manter a democracia em movimento, protegendo os canais de mudança política e facilitando a representação das minorias. Tudo isso, *sem adentrar em questões de substância*. Vale dizer, ao decidir conforme a teoria de Ely, os tribunais não precisam recorrer a nenhum elemento de conteúdo, limitando-se a juízos “objetivos” acerca da regularidade do processo democrático.

Assim, retomando o exemplo utilizado acima, o tribunal tem total legitimidade para declarar inconstitucional a segregação racial nas escolas, uma vez que se trata de um tipo de discriminação que atinge a igualdade no processo democrático. No entanto, o mesmo tribunal não tem autoridade para assegurar às mulheres o direito ao aborto. Afinal, por um lado, seria “inventar” um direito não previsto na Constituição⁹² e, por outro, implicaria em estabelecer como obrigatório para toda a sociedade um valor substantivo que os juízes consideram como “fundamental”.

Ora, essas duas decisões podem mesmo ser explicadas a partir da disjunção entre “processo” e “substância”? Dito de outro modo, é possível que os tribunais decidam questões polêmicas como as mencionadas sem recorrer a argumentos substantivos? Ou, ainda, os juízes podem avaliar a correção do processo democrático com base apenas em argumentos

⁹² Em relação aos pressupostos semânticos da teoria de Ely, cf. as críticas formuladas ao positivismo jurídico no primeiro capítulo. Nesta parte do trabalho, evitando repetir o que já foi dito, concentro-me no debate a respeito da distinção entre processo e substância.

procedimentais? Há, realmente, uma diferença importante entre os fundamentos das decisões no caso *Brown* e no caso *Roe*? Quer dizer, a primeira visou apenas ao processo, enquanto a segunda impôs um valor substantivo? Em que sentido? É possível diferenciar *processo* de *substância* ou, ainda, identificar o primeiro critério com “objetividade” e o segundo com “subjetividade”, isto é, ausência de racionalidade?

Todas essas questões devem ser respondidas de forma negativa: não, os juízes não podem decidir casos controversos, nem podem avaliar a correção do processo democrático sem recorrer a argumentos substantivos. E, não, não é possível distinguir processo e substância da forma como propõe Ely. Isso ocorre por várias razões. Primeiro, porque toda interpretação e toda decisão judicial pressupõe uma concepção política de fundo que a sustenta. Nesse sentido, uma sentença que considera os homossexuais uma minoria política que merece proteção (ou vice-versa) depende, necessariamente, de algum critério para medir o poder político ou, ainda, de uma concepção de igualdade política. E, eis a questão, essa teoria de fundo que, explícita ou implicitamente, sustenta a decisão é, ela própria, uma teoria substantiva. Uma teoria que, refletindo alguma interpretação de princípios controversos de moralidade política, prescreve como necessária, obrigatória ou fundamental a observância de tais princípios.

A própria teoria de Ely depende de valores substantivos. É o caso, discutido acima, da idéia de igual influência. Por isso, para acatar esse modelo de democracia procedimental em suas decisões, os juízes devem, também, aceitar os pressupostos substantivos que lhe conferem amparo. Como afirma Dworkin,

Ely insiste em que o papel adequado do Supremo Tribunal é policiar o processo da democracia, não rever as decisões substantivas tomadas por meio desses processos. Isso poderia ser persuasivo se a democracia fosse um conceito político preciso, de modo que não pudesse haver lugar para discordância quanto a ser ou não democrático um processo. [...] Mas nada disso é verdade, como Ely reconhece. Deve-se ler seu argumento, portanto, como supondo que *uma concepção de democracia é a concepção certa* [...] e que a tarefa do Tribunal é identificar e proteger essa concepção certa. Está longe de ser claro, porém, que essa suposição seja *compatível* com o argumento de Ely contra o que ele chama de teorias da revisão constitucional de ‘valor fundamental’. Ele diz, como parte desse argumento, que não pode haver direitos políticos substantivos a serem descobertos pelo Tribunal porque não há nenhum consenso quanto a quais direitos políticos substantivos as pessoas têm, ou mesmo se elas têm algum. Ele pode supor que há uma resposta correta para a questão do que é realmente a democracia, embora não haja nenhum consenso quanto ao que é essa resposta? (Dworkin, 1985, p. 82-83, grifei).

Há aqui – e é para esse aspecto que Dworkin está chamando a atenção – uma incongruência entre os pressupostos e os objetivos da teoria de Ely. De um lado, seu objetivo é formular uma teoria procedimental, sem oferecer ou impor qualquer valor substantivo aos juízes no processo decisório. Afinal, tais opções valorativas devem ser feitas, de forma democrática, pelos próprios cidadãos ou pelos seus representantes legitimamente eleitos. De outro lado, e aqui surge o problema, a mesma teoria carrega consigo uma série de valores substantivos – particularmente, uma concepção de democracia e uma concepção de igualdade política – que não podem ser deixados de lado no processo de decisão.

Essas são *as concepções corretas* que Ely recomenda que os tribunais acatem, se, realmente, querem vigiar o processo democrático de forma legítima. Mas, como se sabe, a igualdade e a democracia são, também, *valores controversos*, em relação aos quais se está longe de obter qualquer consenso. Eis, então, o paradoxo: os juízes não podem recorrer a argumentos de substância – pois, neste âmbito, não é possível consenso ou racionalidade – mas, ao mesmo tempo, para que isso seja possível, precisam reconhecer a validade de *uma única* concepção normativa de democracia e de igualdade política.

Assim, Ely tenta evitar que os juízes tomem decisões de substância, “mas faz isso apenas porque a própria teoria decide essas questões, e os juízes somente podem aceitar a teoria se aceitam as decisões de substância encerradas nela”. (Dworkin, 1985, p. 96). No mesmo sentido, Habermas (1997, vol. I, p. 328) afirma que

O ceticismo de Ely discorda, não somente de uma jurisprudência de valores, como também de uma interpretação de princípios, no sentido de uma interpretação construtiva de Dworkin. Ora, tal atitude não é conseqüente, na medida em que Ely tem que pressupor a validade de princípios e recomendar ao tribunal uma orientação por princípios procedimentais dotados de conteúdo normativo. O próprio conceito do procedimento democrático apóia-se num princípio de justiça, no sentido do igual respeito por todos [...].

A principal conseqüência dessa crítica é que um modelo decisório procedimental não apresenta, em si mesmo, nenhum elemento que o caracterize como “mais objetivo”, “mais seguro” ou “mais legítimo” do que um modelo que afirme a necessidade de os juízes recorrerem a argumentos de substância. Não há, nesse aspecto, nenhuma diferença relevante entre os dois tipos de litígio constitucional. Ambos apresentam pretensões de veracidade e algum tipo de conteúdo normativo, cuja anuência é pressuposto necessário para sua aplicação na prática.

O que há, isto sim, é, à semelhança do que faziam as teorias positivistas, uma tentativa infrutífera de manter os valores substantivos afastados dos fundamentos das decisões judiciais. Tal como a sujeira que se varre para debaixo do tapete, a “objetividade” que propõe Ely é apenas *aparente*. Uma fuga ilusória, que não elimina a presença dos “valores fundamentais”. Muito pelo contrário, como resultado dessa falsa e aparente “objetividade”, obtém-se decisões técnicas e moralmente neutras, nas quais os juízes, sem assumir a responsabilidade por seus argumentos, ocultam do debate público os reais fundamentos de suas interpretações.

Em conclusão, pode-se afirmar que a definição do processo justo depende de elementos substantivos. Mesmo que os juízes adotem um modelo procedimentalista, é inevitável que apontem quais direitos as pessoas têm. É dessa definição prévia que decorre a justiça ou injustiça do processo democrático. De modo que, se alguém pretende defender um modelo procedimental de democracia precisa fornecer – e até agora, é verdade, não eliminamos totalmente essa possibilidade – outros argumentos. É com esse intuito, buscando identificar e avaliar outros possíveis fundamentos para as teorias procedimentais, que será analisado a defesa de Ely em torno da primazia do legislativo e, logo em seguida, a concepção habermasiana de política deliberativa.

(3) Primazia do legislativo?

O argumento da primazia do legislativo pode ser resumido da seguinte forma: “Os juízes devem, em suas decisões, subscrever um modelo procedimental de democracia. E assim devem fazer, porque esta é a melhor interpretação da nossa prática constitucional e dos princípios democráticos que asseguram aos cidadãos o direito de auto-governo. O cerne da questão é que, em comparação com os tribunais, *o legislativo possui melhores condições para decidir questões políticas*. Os tribunais, nesse sentido, padecem de um *déficit* democrático. Ao passo que a racionalidade que rege os procedimentos legislativos assegura que os seus resultados reflitam a vontade da maior parte da população”.

A fim de testar esse argumento – que constitui um dos pontos centrais da teoria de Ely – é necessário elucidar (1) quais são ou qual a natureza das condições que colocam o legislativo em melhor posição para decidir e (2) que tipo de “questão política” pode ser decidido de modo mais correto pelos legisladores.

Começando pelo primeiro ponto, podem-se cogitar duas justificativas da superioridade decisória do legislativo. A *primeira* afirma que, em função das próprias características do processo legislativo, que permite vasto acesso à informação e uma ampla análise dos diversos pontos de vista, suas decisões apresentam maior probabilidade de serem corretas (Dworkin, 1985, p. 26-27). Ora, esse pressuposto não é verdadeiro, sendo muito difícil afirmar que os legisladores possuem mais acesso a informações do que os juízes ou, ainda, melhores condições de analisar os diversos pontos de vista.

Nesse sentido, não se pode ignorar que o procedimento judicial assegura uma ampla expressão e debate de opiniões e argumentos. Tome-se como exemplo uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. O requerente aduz as suas razões na petição inicial, que, por sua vez, são contraditadas pelas informações da autoridade responsável pelo ato normativo. Além disso, manifestam-se o Advogado Geral da União e o Procurador Geral da República. O próprio julgamento é realizado por meio de um debate público entre os Ministros e, muitas vezes, com a sustentação oral de advogados dos requerentes. Sem falar na possibilidade de participação de entidades da sociedade civil como *amicus curiae*, realização de audiência pública ou, ainda, a oitiva de peritos na matéria (Cf. a Lei n.º 9868/99, art. 2º a 9º).

De outro lado, as exigências de fundamentação, expressas em votos escritos nos quais são apontadas as principais razões que os sustentam, são muito mais fortes no processo judicial do que no processo legislativo. Dificilmente, um eleitor tem acesso às razões utilizadas por seu representante na votação de uma matéria do seu interesse. Por sua vez, os juízes estão adstritos a razões de coerência, isto é, de integridade do direito, que delimitam suas decisões e impedem modificações injustificadas de posicionamento. Nesse quesito, os parlamentares possuem, também, uma liberdade maior, podendo alterar seus votos, sem grandes exigências de justificação.

Esses argumentos, é importante ressaltar, não justificam – e nem têm a pretensão de justificar – a transferência total de poder para os juízes ou, enfim, uma suposta superioridade dos tribunais para decidir questões controversas. Não se trata disso. O objetivo aqui é apenas o de demonstrar que não há, em princípio, nenhum elemento que comprove a “superioridade epistemológica” (Dworkin, 1990, p. 331) do procedimento legislativo em relação ao procedimento judicial. Por isso, a observância da regra da maioria não constitui, em si mesma, uma garantia de que as decisões serão mais justas ou corretas. Significa dizer, em poucas

palavras, que “os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos”. (Dworkin, 1985, p. 27).

Contudo, há, ainda, um outro argumento, segundo o qual a superioridade legislativa se dá pelo fato de, periodicamente, os cidadãos avaliarem os legisladores (Dworkin, 1985, p. 28-29). Dessa forma, se os representantes não atuam com destreza, contradizendo princípios considerados importantes pelos cidadãos, estes têm a possibilidade de votar em outros candidatos nas eleições seguintes. Em sentido contrário, os juízes não se sujeitam a nenhum tipo de controle popular, podendo, muitas vezes, tomar decisões que contrariam os interesses da coletividade. Os juízes, enfim, são irresponsáveis politicamente.

Mais uma vez, o argumento não consegue justificar a superioridade legislativa. Uma das razões para tanto se situa no fato de superestimar o poder político de um cidadão individualmente considerado. Ora, o impacto ou a influência que alguém exerce na escolha de um deputado – que, digamos, precisa de duzentos mil votos para se eleger – é muito pequeno. É claro que as eleições constituem um espaço relevante para o debate público e que o voto constitui um instrumento essencial, em qualquer democracia, para a escolha e avaliação das condutas dos representantes. Entretanto, daí a dizer que isso aproxima os legisladores dos cidadãos, ou que torna sua conduta mais controlável quando em comparação com a dos juízes, vai uma longa distância.

De outra sorte, mesmo que acatássemos o argumento de que as decisões legislativas se sujeitam a um controle popular mais intenso, seria necessário ponderar os limites e as implicações desse controle. Nesse sentido, vale considerar que os legisladores estão sujeitos à maior pressão para votar contra interesses minoritários. Afinal, eles dependem dos votos de eleitores – sem falar, no compromisso com os financiadores de campanha – para se reeleger. Precisam da maioria para que possam ser reconduzidos ao cargo nas próximas eleições. Por isso, tendem a seguir as opiniões majoritárias no que concerne aos debates em torno dos direitos de grupos minoritários ou, ao menos, como bem sustenta Dworkin (1986, p. 449), “[...] parecem menos inclinados a tomar decisões bem fundadas sobre os direitos das minorias do que as autoridades que são menos vulneráveis nesse sentido”. É claro que os juízes também podem ser tirânicos e tomar decisões equivocadas. Mas, de forma alguma, a sua posição é, em princípio, menos privilegiada do que a dos legisladores. (Dworkin, 1986, p. 448-450).

Em seguida, cumpre perguntar: em que sentido os juízes são irresponsáveis politicamente? A esse respeito, não se pode dizer que não existe nenhum mecanismo de controle das decisões judiciais. A própria previsão de recursos, que permite às partes um novo julgamento da causa, é uma forma direta de controle. A jurisprudência, além disso, não é estática e, mesmo no Supremo Tribunal Federal, há uma constante evolução dos entendimentos firmados. São os próprios cidadãos, partes interessadas em centenas de processos, que, pouco a pouco, vão aduzindo novas razões e, assim, convencendo os juízes a modificar posições antes consolidadas. Ademais, resta sempre a possibilidade – embora muito reduzida em casos polêmicos nos quais é difícil obter maioria (cf. Dworkin, 1985, p. 17-18) – de o legislativo rever decisões judiciais consideradas equivocadas.

Aliado a isso, é necessário conferir aos juízes algum tipo de independência, uma vez que, muitas vezes, as decisões judiciais têm por objetivo assegurar direitos contra-majoritários. É importante, nesse aspecto, distinguir dois tipos de decisão política. As decisões *sensíveis à escolha* são aquelas que podem ser resolvidas por meio de um simples procedimento majoritário, pois a solução correta depende, essencialmente, da distribuição das preferências no seio da comunidade política. É o caso de uma decisão envolvendo a escolha entre a construção de um estádio ou de uma estrada, em relação à qual é decisivo saber o número de pessoas beneficiadas, bem como a preferência de cada uma delas. Outras questões são *insensíveis à escolha*, pois as opiniões e preferências são substancialmente irrelevantes para se tomar a decisão. O fato de a maioria dos membros de uma comunidade defender a pena de morte como a melhor forma de prevenção da criminalidade ou, ainda, acreditar na inferioridade da raça negra não é um argumento que pode ser oferecido a favor da correção moral destas propostas políticas.⁹³ (Dworkin, 1990, p. 331; 2000, p. 204-205).

Essa distinção é importante, pois torna mais clara a discussão a respeito da “irresponsabilidade política” dos juízes. Nesse sentido, o fato de os tribunais não se sujeitarem a um controle popular direto possui intrínsecas relações com a função de decidir questões

⁹³ “É evidente que as pessoas irão discordar sobre quais questões são sensíveis e quais, se é que há alguma, são insensíveis à escolha. Mas a discussão de segunda ordem de se alguma questão específica, de primeira ordem, é sensível ou insensível à escolha é, em si mesma, uma questão insensível à escolha. Não faz sentido dizer que uma questão particular é sensível à escolha se, e apenas se, a maior parte das pessoas pensa que ela é ou quer que ela seja.” Cf. Dworkin (2000, p. 204-205). [*Of course people will disagree about which issues are choice-sensitive and which, if any, are choice-insensitive. But the second-order question whether any particular first-order question is choice-sensitive or insensitive is itself choice-insensitive. It makes no sense to say that a particular question is choice-sensitive if, but only if, a majority of people think it is or want it to be.*]

insensíveis à escolha. Com efeito, tais instituições são encarregadas da difícil missão de assegurar direitos fundamentais contra-majoritários, observando a integridade do sistema jurídico, mesmo quando a maioria da população pensa de forma contrária e mesmo quando o respeito aos direitos atingem o bem-estar geral. A independência, portanto, surge como uma garantia necessária de que, em tais casos, a decisão se baseará em argumentos racionais e imparciais, decorrentes da melhor interpretação da prática constitucional como um todo.

Além disso, a distinção entre os dois tipos de decisão política auxilia a compreender melhor ou, ainda, a situar no seu devido lugar o argumento da primazia do legislativo. É que esse argumento somente pode ser válido no que concerne às questões sensíveis à escolha. Nestas hipóteses, que envolvem, em regra, argumentos de política, é essencial considerar os desejos e as intenções dos eleitores ou dos representantes legitimamente eleitos. Não há, retomando o exemplo, nada que obrigue os governantes a, como decorrência de princípios de moralidade política, construir um estádio de futebol. A regra da maioria, então, pode ser considerada como um critério razoável para a decisão.

Resumindo o exposto, pode-se afirmar que: (1) não há nada que assegure, em princípio, uma maior correção das decisões legislativas quando comparadas às decisões judiciais; (2) a maior independência dos juízes é uma garantia fundamental numa sociedade como a nossa, fundada no respeito às diferenças e no pluralismo político; (3) os tribunais, nesse sentido, devem se limitar, prioritariamente, a decidir questões insensíveis à escolha, isto é, aquelas cuja resolução depende de argumentos de princípio; (4) o âmbito de atuação prioritária do legislativo se circunscreve às questões sensíveis à escolha, ou seja, questões que dependem de argumentos de política e nas quais a vontade da maioria e a consulta aos interessados é um critério essencial; (5) é somente em relação a estas últimas que se pode falar em uma primazia legislativa.

Dessa forma, não há como acatar, sem reservas, a idéia de que o legislativo possui melhores condições para decidir questões políticas. Além da ausência de elementos que evidenciem uma superioridade intrínseca do processo legislativo, tal argumento somente é válido se a expressão “questões políticas” for delimitada pelo conceito de “questões sensíveis à escolha”. E, assim compreendido, o argumento não oferece razões fortes o suficiente para que os tribunais subscrevam o modelo procedimental proposto por Ely. Afinal, resta-lhes a importante função de decidir, sob fundamentos substantivos, as questões insensíveis à escolha.

Por último, cumpre acentuar que o argumento da primazia do legislativo traz à tona um outro problema da teoria de Ely, qual seja, o de centralizar a política no legislativo. Trata-se de uma concepção muito restrita, que ignora as diversas faces e a amplitude que assume a cidadania e a luta por direitos numa sociedade democrática. Essa concepção, por isso, torna-se vulnerável às críticas de Schmitt ao parlamento. Um modelo de democracia não pode ignorar a força dos acordos de bastidores e das influências econômicas que, muitas vezes, determinam quais decisões devem ser tomadas. A questão é que uma concepção que aposta todas as suas fichas no legislativo e na representação política corre o risco de legitimar essa deplorável possibilidade fática. A racionalidade legislativa, como bem demonstrou Schmitt, *não se sustenta em si mesma*. De modo que é necessário buscar outro tipo de apoio, isto é, mecanismos capazes de, na prática, assegurar a correção e a justiça das decisões políticas. Em certo sentido, esta é uma das grandes contribuições de Habermas ao debate em torno da democracia procedimental.

3.3. Política deliberativa e democracia radical em Habermas

Como visto, o modelo de democracia procedimental de Ely apresenta inúmeros problemas. Primeiro, assenta-se sobre uma concepção semântica do direito e em um ceticismo valorativo auto-anulador. Segundo, concebe a política como um mero jogo de interesses, no qual as decisões resultam de uma confluência ocasional entre as diversas vontades individuais. Essa associação entre a política e o funcionamento do mercado é corroborada pela definição da igualdade política como igual influência horizontal. Terceiro, restringe a política ao âmbito legislativo, atribuindo a esta instituição uma primazia insustentável.

A importância de Habermas se situa no fato de o seu modelo procedimental de democracia superar todas essas limitações. Partindo de uma concepção pós-positivista do direito – acatando, com algumas diferenças em relação à Dworkin, o ideal de integridade – o filósofo alemão sustenta que uma concepção atraente de democracia precisa reconhecer a co-originariedade entre autonomia privada e autonomia pública. Com base nesse ideal, o autor dilui a soberania do povo em processos democráticos amplos, que incluem não apenas o sistema político formal, mas também os espaços públicos não-institucionalizados. A interface entre essas duas esferas, isto é, entre as decisões políticas formais e as reivindicações que emergem das relações sociais espontâneas, constitui, para Habermas, o cerne de um regime, efetivamente, democrático. Nesse contexto, a função do tribunal constitucional é a de assegurar essa interface,

protegendo, de um lado, o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos e, de outro, evitando tomar decisões paternalistas que ameacem essa autonomia.

A fim de compreender melhor os principais fundamentos do procedimentalismo habermasiano, proponho dividir a exposição em três partes. Primeiro, a inserção do paradigma procedimental como alternativa às crises dos modelos de Estado liberal e social. Segundo, a questão da democracia propriamente dita, na qual Habermas apresenta seu modelo como uma superação do debate entre liberais e republicanos. E, por último, a discussão a respeito do papel dos tribunais.

(1) Os paradigmas jurídicos

Habermas apresenta o paradigma procedimental como uma alternativa ao debate sobre a crise do modelo do Estado liberal e, particularmente, do Estado social.⁹⁴ A questão que o autor se coloca é como pensar o direito em sociedades altamente complexas e diferenciadas, nas quais não se pode mais, com sucesso, recorrer a fundamentos de ordem metafísica e/ou religiosa como instrumento de legitimação da ordem jurídica. Aliado a isso, assiste-se a uma crescente colonização das relações sociais espontâneas pela racionalidade do mercado e pelo tecnicismo das burocracias estatais. A conjunção entre esses dois elementos – ou seja, a dissolução das eticidades tradicionais e a colonização do mundo da vida – traz consigo uma grave crise de *legitimação* e de *eficácia* do direito, que se revela, particularmente, nas relações de dependência criadas entre os cidadãos e uma Administração Pública que se auto-programa e na reduzida capacidade de controle, gestão e imposição fática das diretivas estatais.

Nesse contexto, surge um dilema crucial para qualquer concepção do direito, pois

Ou ela articula, de modo convincente, uma compreensão do direito que se liga com um projeto constitucional talhado segundo o formato de sociedades complexas; ou abandona definitivamente qualquer compreensão normativa do direito, o que significa perder de vez a esperança de que o direito venha a transformar a força imperceptível de convicções – formadas sem violência e compartilhadas intersubjetivamente – em poder social integrador, o qual é capaz de superar, em última instância, qualquer tipo de violência pura e simples, pouco importando a máscara que ela utiliza para ocultar-se. (Habermas, 1997, v. II, p. 127).

⁹⁴ O paradigma procedimentalista do direito “visa fornecer elementos para sair do impasse criado pelo modelo do Estado social” (Habermas, 1997, v. II, p. 147).

Diante dessas duas opções, e opondo-se a propostas fatalistas como a do *direito reflexivo* – as quais, em última instância, eliminam o potencial integrador e normativo do direito⁹⁵ – Habermas pretende formular um modelo adequado à complexidade ínsita às sociedades contemporâneas, mas sem abrir mão de um forte núcleo normativo, transformador e, enfim, emancipatório do direito. O grande desafio, então, é fornecer um modelo capaz de resgatar e reinterpretar, sob nova roupagem e sob novos fundamentos, a idéia de uma comunidade jurídica democrática integrada por cidadãos livres e iguais.⁹⁶

Com esse intuito, o autor discute e aponta os equívocos das interpretações desse ideal oferecidas pelos paradigmas liberal e social do direito. O *paradigma liberal* adota a limitação do poder do Estado como princípio norteador. Com esta limitação, objetiva-se assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade, isto é, uma ampla liberdade negativa por meio da qual cada pessoa pode agir sem qualquer constrangimento externo. Em consequência, a sociedade civil, identificada com as ações espontâneas que se auto-regulam no mercado, é vista como um espaço no qual os indivíduos convivem de forma harmoniosa, com ampla liberdade para seguirem seus projetos particulares de vida.

De outro lado, reconhecendo que o “espaço privado da liberdade” é compatível com profundas desigualdades fáticas, o *paradigma do Estado social* reformula a estratégia para assegurar autonomia aos indivíduos. Ganham relevo, doravante, os direitos sociais – tais como educação, saúde e previdência social – que passam a ser concebidos como condição necessária

⁹⁵ Construída como alternativa à crise do Estado social, as propostas do direito reflexivo consagram um modelo de normas flexíveis, moldadas de acordo com os contextos de aplicação. O sistema político e o sistema jurídico são compreendidos como sistemas incapazes de impor aos demais o direcionamento de suas ações, devendo se limitar, por isso, a estabelecer as condições contextuais necessárias ao funcionamento autônomo de cada um deles. Assim, as normas estatais devem se circunscrever à garantia das possibilidades de negociação e diálogo, bem como das premissas essenciais para a decisão autônoma de cada subsistema social. A respeito, cf. Faria, (1999, p. 186-199, 219-228, 284-291) e Roth (1996). Para Habermas (1997, v. II, p. 148), “[...] quem afirma que esse caminho de realização do sistema dos direitos sob condições de uma sociedade complexa, que segue o paradigma procedimental do direito, privilegia uma determinada forma de direito, isto é, o direito reflexivo, do mesmo modo que o paradigma liberal e o do Estado social tinham privilegiado respectivamente o direito formal e o direito material, não está fazendo jus ao paradigma procedimental. Pois a escolha da respectiva forma jurídica tem que continuar referida ao sentido original do sistema de direitos, que é o de assegurar *uno actu* a autonomia pública e privada das pessoas privadas, de tal modo que todo ato jurídico possa ser entendido como uma contribuição para a configuração política autônoma dos direitos fundamentais, ou seja, como elemento de um processo constituinte duradouro”. Cf., ainda, Habermas (1997, v. II, p. 74-84).

⁹⁶ “Na verdade, Habermas quer estatuir os fundamentos normativos para o projeto socialista. Se compreendermos o socialismo como o estabelecimento de condições necessárias de vida emancipadas, então, tais condições são traduzidas pela auto-organização democrática de uma comunidade jurídica. Ou seja, a democracia passa a ser o núcleo normativo desse projeto, na medida em que estatui as condições para que uma dada sociedade possa estabelecer o seu próprio projeto concreto de uma forma de vida emancipada”. (Dutra, 2005, p. 237).

para o desenvolvimento da liberdade. Assim, a liberdade não mais é concebida em seu aspecto negativo – isto é, como não-interferência do Estado. Ao contrário, passa a pressupor a intervenção estatal, de modo a redistribuir riqueza e assegurar um patamar mínimo de sobrevivência para todos os cidadãos.

Para Habermas (1997, vol. II, p. 144-145), enquanto o primeiro paradigma ignora a força das desigualdades fáticas⁹⁷, o problema do modelo social é que ele converte os cidadãos em clientes de pesadas máquinas burocráticas, comprometendo-se a própria autonomia que deveria ser garantida. As regulamentações sociais, nesse sentido, são ambivalentes, pois na mesma medida em que viabilizam a autonomia, criam laços paternalistas entre os cidadãos e o Estado. É o caso, por exemplo, das mulheres, em relação às quais uma série de novos direitos, tais como proteção à gestante no mercado de trabalho ou o direito ao divórcio, trouxeram conseqüências negativas como, respectivamente, redução do nível de emprego e sobrecarga com as conseqüências da separação. (Habermas, 1997, vol. II, p. 163).

Assim, tanto o modelo liberal quanto o modelo social apresentam limitações, seja, em relação ao primeiro, pelo fato de conceber a esfera econômica privada como um espaço isento de poder, seja, no que concerne ao segundo, por ignorar a ambivalência das políticas sociais. Em ambos os casos, conforme afirma Habermas (1997, vol. II, p. 145-146), a raiz do problema reside na equivocada concepção dos sujeitos individuais como meros destinatários da ordem jurídica. Nesse sentido, tanto os direitos liberais como também os direitos sociais têm como principal objetivo assegurar a *autonomia privada* de indivíduos que *recebem*, negativa ou positivamente, um benefício estatal. Por outras palavras, ao compartilhar de um modelo de justiça fundado na distribuição, “[...] ambos os paradigmas configuram uma mesma representação do cidadão enquanto ‘destinatário de bens’, equiparando, por um lado, bens e direitos, e desprezando, por outro lado, o papel do cidadão enquanto ‘autor’ do direito”. (Cittadino, 2000, p. 209).

A questão é que a autonomia somente pode ser assegurada – e é, por isso, que os dois modelos falham em seus objetivos – na medida em que os membros de uma comunidade se compreendam não apenas como destinatários, mas também como autores das normas jurídicas. Isto é, não apenas como sujeitos privados que recebem benefícios estatais, mas,

⁹⁷ Ou seja, “[...] que as desigualdades sociais decorrentes de uma ‘sociedade de direito privado’ simplesmente revelam que assegurar aos sujeitos de direito um âmbito de ação imune a interferências indevidas não garante – como pressupunha o paradigma do direito liberal – o direito universal a iguais liberdades individuais”. (Cittadino, 2000, p. 207-208).

concomitantemente, como cidadãos autônomos que exercem direitos e “participam da prática de legislação” (Habermas, 1997, vol. II, p. 159). Retomando o exemplo citado, pode-se dizer que nenhuma norma pode assegurar a igualdade entre os sexos ou a emancipação feminina, sem que, ao mesmo tempo, tenha em conta reforçar a “posição das mulheres na esfera pública [...], promovendo a sua participação em comunicações políticas, nas quais é possível esclarecer os aspectos relevantes para uma posição de igualdade”. (Habermas, 1997, vol. II, p. 169).

De acordo com essa perspectiva, há umnexo interno, isto é, uma relação de co-originariiedade entre as autonomias privada e pública, de maneira que somente se pode viabilizar uma delas na exata medida em que se assegura a outra. Nas palavras do autor,

Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela *deve* sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso. Uma vez que a garantia da autonomia privada através do direito formal se revelou insuficiente e dado que a regulação social através do direito, ao invés de reconstituir a autonomia privada, se transformou numa ameaça para ela, só resta como saída tematizar o nexo existente entre formas de comunicação que, *ao emergirem*, garantem a autonomia pública e a privada. (Habermas, vol. II, p. 147, grifo conforme o original).

O desafio, então, é articular um modelo procedimental que, ao fornecer novos fundamentos para a democracia e para o direito, possibilite sair do dilema no qual se encerram os paradigmas mencionados. Neste novo modelo, seria possível assegurar tanto os direitos liberais clássicos quanto a existência de serviços públicos essenciais. A grande diferença é que na medida em que os cidadãos se auto-compreendem como autores e destinatários do direito ou, mais precisamente, na medida em que sejam asseguradas as condições processuais necessárias para a gênese legítima do direito, pode-se constituir uma estrutura democrática efetiva, capaz de manter sob o controle de uma esfera pública atuante, de um lado, o sistema econômico capitalista e, de outro, a lógica tecnicista de burocracias que se auto-programam.

(2) Liberais, republicanos e a teoria discursiva da democracia

No paradigma procedimental do direito, o indivíduo participante do mercado e o cliente das burocracias estatais – sujeitos, respectivamente, dos paradigmas liberal e social – cedem lugar a um conjunto de cidadãos autônomos que, participando ativamente dos canais de discussão pública, levam adiante o projeto de constituir uma comunidade de livres e iguais. O

ponto, agora, é analisar qual concepção de democracia viabiliza o nexos interno entre autonomia privada e pública e possibilita a constituição legítima da ordem jurídica.

Com esse objetivo, Habermas analisa dois modelos de democracia: o liberal e o republicano. A diferença fundamental entre os dois, segundo o autor, situa-se na interpretação do processo democrático. Na *concepção liberal*, ele é visto como uma esfera na qual os indivíduos expressam interesses privados capazes de vincular ou direcionar a atuação do Estado. Já para os *republicanos*, a política assume uma outra dimensão. Ela é entendida como um processo crucial para a organização societária, na medida em que funda um compromisso ético que exige reciprocidade entre os cidadãos. A política, nesse sentido, não se resume a um papel de mediação entre Estado e sociedade civil – que, no modelo liberal, confunde-se com a esfera econômica e competitiva de interesses individuais – mas se orienta pela consecução do bem comum e pelo objetivo de viabilizar um grau mais elevado de integração social. “Na concepção republicana o espaço público e político e a sociedade civil como sua infraestrutura assumem um significado estratégico. Eles têm a função de garantir a força integradora e a autonomia da prática de entendimento entre os cidadãos” (Habermas, 1995, p. 40).

Dessas diferentes interpretações do processo democrático decorrem outras distinções importantes entre os dois modelos. Por um lado, os liberais conferem primazia aos direitos negativos de sujeitos enclausurados na esfera privada, adotando o mercado e as ações estratégicas – isto é, aquelas orientadas para a obtenção de poder e sucesso – como paradigma da política. De outro lado, os republicanos enfatizam as liberdades positivas, a solidariedade de sujeitos comprometidos com os interesses da coletividade e, finalmente, a política como um diálogo voltado para o entendimento. Assim, enquanto o primeiro modelo submete as decisões estatais aos direitos subjetivos e aos interesses individuais, o segundo aposta no processo democrático como principal mecanismo de legitimação da ordem jurídica. (Habermas, 1995, p. 40-43).

Contrapondo-se ao primeiro modelo, Habermas afirma que a interpretação do processo democrático fornecida pelo liberalismo é insustentável, pois submete, completamente, a política ao fluxo de interesses individuais e egoístas, relegando a autonomia política a segundo plano. Daí a superioridade do republicanismo, o qual acentua o viés solidário inerente à intersubjetividade dos contextos de participação em práticas discursivas coletivas. Não obstante, há um idealismo excessivo na pressuposição republicana de virtudes cívicas ou de uma

vinculação ética entre os indivíduos. Nesse sentido, “o erro consiste em um *estreitamento ético dos discursos políticos*”. (Habermas, 1995, p. 44, grifo conforme o original).

Habermas não nega a importância de tais vínculos comunitários. A questão é que em sociedades pós-tradicionais, marcadas por um amplo pluralismo político e social, o processo democrático não pode se restringir às ações éticas e virtuosas voltadas para o bem comum, nem muito menos pode se amparar em um suposto consenso de valores comunitários compartilhados. De um lado, não se pode obter um discurso racional “que neutralize o poder e exclua a ação estratégica”, pois essa faz parte da “pluralidade de formas de comunicação nas quais uma vontade comum pode se formar”⁹⁸ (Habermas, 1995, p. 44-45). De outro lado, Habermas (1997, vol. II, p. 35) considera que as tradições não podem ser consideradas como um amparo para a política, pois elas próprias podem (e devem) ser objeto de questionamento no curso do processo discursivo democrático. Ou seja, a tradição e os discursos éticos não valem por si mesmos, mas precisam, também, sustentar-se em argumentos capazes de lhes conferir validade – o que, em última instância, só pode ser feito no curso do processo democrático. Nesse quesito, portanto, o autor acata os argumentos liberais que atribuem a primazia da justiça sobre o bem, recorrendo a uma concepção da política fundada na neutralidade em relação às diversas concepções de vida boa.

Na perspectiva de Habermas, torna-se essencial buscar outro fundamento para a política. Um fundamento que não seja nem tão *idealista* como o republicano – que pressupõe uma auto-compreensão ético-comunitária – e nem tão *fatalista* como o liberal, que concebe a política como uma competição entre sujeitos privados que agem de maneira estratégica. O autor, então, propõe uma terceira via, que se concentra nas condições processuais que viabilizam a formação de decisões legítimas. Assim,

A teoria do discurso toma elementos de ambas as partes e os integra no conceito de um procedimento ideal de deliberação e de tomada de decisões. Esse procedimento democrático estabelece uma conexão interna entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de autocompreensão e discursos relativos a questões de justiça, e fundamenta a suposição de que sob tais condições obtêm-se resultados racionais e equitativos. Conforme essa concepção a razão prática se afastaria dos direitos universais do homem (liberalismo) ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade (comunitarismo) para se situar naquelas normas de discurso e de formas de argumentação que retiram seu conteúdo normativo do fundamento de

⁹⁸ Como afirma Delamar Dutra (2005, p. 195), para Habermas, a “[...] ação estratégica orientada em função de interesses, deverá estar incluída, por uma questão fatural, histórica e de realismo político, no tratamento da questão da legitimidade do poder e do direito”.

validade da ação orientada para o entendimento, e, em última instância, portanto, da própria estrutura da comunicação lingüística. (Habermas, 1995, p. 46).

Partindo dessa perspectiva, Habermas afirma que a legitimidade de uma ordem jurídica deve se assentar no que denomina de *princípio da democracia*.⁹⁹ De acordo com este princípio, “[...] somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva” (Habermas, 1997, vol. I, p. 145). A questão que se coloca o autor é pensar quais as condições que possibilitam, na prática, aproximar a formação da vontade política do ideal normativo consagrado no princípio da democracia. Mas, então, quais são essas condições?

A primeira delas se refere ao que o autor chama de *sistema de direitos*. Trata-se daqueles direitos sem os quais não é possível que os cidadãos participem do processo democrático em igualdade de condições. Em primeiro lugar, entram em cena três classes de direitos que asseguram a autonomia privada. São eles: (a) direitos a iguais liberdades subjetivas de ação; (b) direitos que asseguram a cada um o *status* de membro igual e autônomo da comunidade jurídica; (c) direitos que asseguram a possibilidade de recorrer aos tribunais. De outro lado, assegura-se a autonomia política dos cidadãos por meio de (d) direitos de igual participação na formação da vontade política e da criação do direito legítimo. Por último, Habermas se refere (e) a direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que forem necessários para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos mencionados acima. (Habermas, 1997, vol. I, p. 159-160).

Esses direitos são previstos de forma abstrata, de modo que o autor afirma que são os próprios cidadãos que, em cada contexto histórico e em cada comunidade, devem, no próprio processo democrático, estabelecê-los de modo mais concreto. Nesse sentido, o sistema de direitos pode ser compreendido como um *pressuposto imprescindível* para a instauração de uma comunidade jurídica de membros livres e iguais, isto é, uma comunidade que pretende estabelecer normas jurídicas legítimas conforme o princípio da democracia.¹⁰⁰ Assim, se, por um lado, o princípio da democracia depende do *medium*, isto é, da linguagem do direito, para se

⁹⁹ O princípio da democracia se fundamenta no *princípio do discurso*, que se refere à validade das normas de ação em geral. Nesse sentido, “o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica” (Habermas, 1997, vol. I, p. 158). A respeito, cf. Dutra (2005, p. 222-233).

¹⁰⁰ “Resumindo, é possível constatar que o direito a iguais liberdades subjetivas de ação, bem como os correlatos dos direitos à associação e das garantias do caminho do direito, estabelecem o código jurídico enquanto tal. Numa palavra: não existe nenhum direito legítimo sem esses direitos”. (Habermas, 1997, vol.I, p. 162).

expressar, por outro lado, o direito somente se legitima na medida em que o princípio da democracia é respeitado no curso do processo legislativo. Como afirma Habermas (1997, vol. I, p. 158), “a gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de *modo co-originário*”.

Com essa argumentação, Habermas (1997, vol. I, p. 165) funda a legitimidade do sistema jurídico sem precisar, tal como faziam os liberais, submeter os resultados das decisões a direitos subjetivos firmados *a priori*. De fato, o sistema dos direitos é previsto de forma abstrata e, mais importante, é compreendido como um conjunto de *condições possibilitadoras* da própria autonomia política. Isso significa que o sistema dos direitos não traz consigo restrições externas à soberania popular, por exemplo, apontando conteúdos necessários para as decisões. Ao contrário, o sistema dos direitos consagra *elementos constitutivos* da soberania popular, sem os quais não se pode falar nem em democracia e nem em legitimidade do direito. Assim, “na concepção de Habermas, a função essencialmente protetora de tais direitos não se situa, prioritariamente, em restringir o poder do Estado, mas, ao contrário, no nível mais profundo de 'empoderar' (*empowering*) os indivíduos para participar [do processo de] auto-regulação democrática”.¹⁰¹ (Schneider, 2000, p. 118).

Por outro lado, Habermas também não precisa recorrer a pressupostos ético-comunitários, tal como idealizado pelo republicanismo. No modelo habermasiano, a integração social e a solidariedade se fundamentam nas próprias condições democráticas do processo legislativo. E tais condições – que podem ser identificadas com condições universais de justiça – prescindem de qualquer vínculo comunitário mais estreito ou de quaisquer valores tradicionais. Isso implica em afirmar que, em uma sociedade pós-convencional, a única base comum a todos os cidadãos é o direito e os princípios democráticos estabelecidos na Constituição. (Cittadino, 2000, p. 177).

Assim, para além de sujeitos particulares e de uma comunidade eticamente integrada, Habermas procura situar a política na *intersubjetividade* dos processos de formação da vontade democrática. A soberania popular, nesse sentido, não mais é representada por um sujeito, tais como o indivíduo liberal ou a comunidade ética republicana, mas é *diluída* em uma esfera

¹⁰¹ [On Habermas' conception, the essentially protective function of such rights does not lie primarily in restricting the power of the state, but instead at the deeper level of empowering individuals to participate in this democratic self-rule].

pública ampliada, constituída de espaços públicos autônomos, que funcionam como uma “caixa de ressonância” (Habermas, 1997, vol. II, p. 91) para os diversos interesses e demandas existentes na sociedade. Ou seja,

A soberania do povo retira-se para o anonimato dos processos democráticos e para a implementação jurídica de seus pressupostos comunicativos pretensiosos para fazer-se valer como poder produzido comunicativamente. Para sermos mais precisos: esse poder resulta das interações entre a formação da vontade institucionalizada constitucionalmente e esferas públicas mobilizadas culturalmente, as quais encontram, por seu turno, uma base nas associações de uma sociedade civil que se distancia tanto do Estado como da economia (Habermas, 1997, vol. II, p. 24).

Surge aqui um ponto central para a teoria discursiva da democracia, qual seja, a busca por ampliar os canais de debate público. Nesse aspecto, longe da crença no “legislador racional”, o procedimentalismo habermasiano funda uma política descentralizada, que não gira apenas em torno do Estado e dos seus procedimentos institucionalizados. A questão essencial, para Habermas, é intensificar a força de canais públicos informais de expressão da vontade política, que estejam em constante conexão e confronto com os procedimentos deliberativos estatais, tais como o parlamento. (Habermas, 1995, p. 47-48).

Esses espaços públicos informais, que se desenvolvem mais ou menos espontaneamente, asseguram que as necessidades e interesses sociais se transformem em demandas politicamente relevantes, passíveis de reconhecimento público. Então, conforme os termos empregados por Habermas, há uma interação entre poder comunicativo e poder administrativo, de modo que as decisões institucionalizadas deste último passam a refletir a voz e os interesses canalizados pelo primeiro. Em outras palavras,

A geração informal da opinião desemboca em decisões eleitorais institucionalizadas e em decisões legislativas por meio das quais o poder gerado comunicativamente se transforma em poder passível de ser empregado em termos administrativos. [...] As implicações normativas saltam à vista: a força da integração social que tem a solidariedade social, não obstante não mais poder ser extraída somente das fontes da ação comunicativa, deve poder desenvolver-se com base em amplamente diversificados espaços públicos autônomos e em procedimentos de formação democrática da opinião e da vontade políticas, institucionalizadas em termos de Estado de Direito; e, com base no meio do Direito, deve ser capaz de afirmar-se também contra os outros dois poderes – o dinheiro e o poder administrativo. (Habermas, 1995, p. 48).

O cerne do modelo habermasiano, pode-se dizer, é a interação entre poder comunicativo (espaços públicos autônomos) e poder administrativo (sistema político formal).

Protegido pelo sistema de direitos, esse constante fluxo comunicativo que se move da periferia para o centro do sistema político, assegura a legitimidade das decisões políticas. Nesse contexto, assegura-se aos cidadãos tanto a autonomia privada – que lhes garante um desenvolvimento adequado de suas próprias convicções – quanto a autonomia pública, por meio da qual podem participar dos diversos espaços de formação da vontade política.

E este é, sem dúvida, um dos grandes avanços do modelo de Habermas quando comparado com a teoria de Ely. Com efeito, ao alargar a esfera política, Habermas fornece elementos processuais capazes de manter sob controle o procedimento legislativo, afastando a incidência dos acordos e das negociações de bastidores. Significa dizer que a racionalidade do processo legislativo não é auto-suficiente, de maneira que a única forma – sem recorrer a elementos substantivos – de potencializar ao máximo a soberania popular é incrementar a força de uma sociedade civil atuante e influente sobre o processo decisório institucional. Assim,

[...] para impedir, em última instância, que um poder ilegítimo se torne independente e coloque em risco a liberdade, não temos outra coisa a não ser uma esfera pública desconfiada, móvel, desperta e informada, que exerce influência no complexo parlamentar e insiste *nas condições da gênese do direito legítimo*. (Habermas, 1997, vol. II, p. 185, grifo conforme o original).

Em resumo, ao diluir a soberania do povo em uma extensa rede de processos comunicativos, Habermas pretende fundar uma democracia genuína, na qual o povo tenha condições efetivas de exercer o poder político e, ainda, manter olhares atentos sobre o governo. Com esse modelo, o autor pretende superar os equívocos tanto do liberalismo quanto das propostas republicanas, oferecendo uma alternativa que trata as autonomias pública e privada em uma relação de complementaridade. Finalmente, a teoria discursiva da democracia apresenta fundamentos importantes para um paradigma jurídico procedimental, no qual os cidadãos são concebidos não apenas como destinatários, mas também como autores do direito. É nesse sentido que, para Habermas, a política deliberativa constitui uma alternativa aos entraves gerados pelo confronto entre os paradigmas liberal e social do direito, possibilitando o desenvolvimento de sujeitos verdadeiramente autônomos.

(3) Paternalismo, autonomia e os tribunais constitucionais

No modelo procedimentalista habermasiano, o tribunal constitucional assume a função de *vigiar a gênese democrática do direito*, assegurando uma interface efetiva entre o poder comunicativamente gerado nos espaços públicos informais e o poder administrativo que integra o sistema político institucionalizado. Com esse objetivo, o tribunal deve agir de maneira ofensiva no que concerne à garantia do sistema de direitos que ampara as autonomias privada e pública dos cidadãos, evitando, porém, a tomada de *decisões paternalistas* que possam ameaçar a autonomia política individual.¹⁰² Nesse sentido, Habermas (1997, vol.I, p. 347) afirma que os tribunais não podem

[...] assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na ‘comunidade dos intérpretes da constituição’ – o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor.

Como se pode observar, tal como no modelo de Ely, para Habermas, o papel do tribunal constitucional é o de assegurar o adequado funcionamento do processo democrático, entendido este de forma mais ampla, para abarcar não apenas o procedimento legislativo em sentido estrito, mas também os espaços públicos informais. Nesse contexto, os juízes não podem, sob qualquer justificativa, substituir os cidadãos na realização de escolhas em torno de valores políticos controversos, nem muito menos na definição de critérios para a distribuição adequada de bens coletivos. Em uma sociedade democrática, na qual os indivíduos são considerados, ao mesmo tempo, como autores e destinatários do direito, questões como essas somente podem ser decididas, de forma legítima, no interior de processos democráticos abertos à participação de todos os interessados. A função dos tribunais, nesse contexto, é a de, no máximo, atuar como um tutor, que zela pela observância dos princípios que asseguram a legitimidade do processo político decisório.

A fim de melhor elucidar a questão, é importante acentuar que o receio de Habermas em relação ao paternalismo judicial não é uma formulação teórica abstrata ou especulativa. Muito pelo contrário, possui um destinatário certo: o tribunal constitucional alemão. Nesse sentido,

¹⁰² “Somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos.” (Habermas, 1997, vol. I, p. 326, grifo conforme o original).

pode-se dizer que a crítica ao paternalismo do tribunal envolve duas dimensões. A primeira delas se refere à *compreensão metodológica* subscrita pelos juízes da Corte Constitucional. Entra em cena aqui a idéia de que a Constituição é uma “ordem concreta de valores”, que podem ser ponderados em cada caso concreto. Partindo dessa concepção, o tribunal assume uma postura decisionista, submetendo a dimensão especificamente deontológica dos direitos constitucionais a critérios decisórios funcionalistas e consequencialistas (Habermas, 1997, vol. I, p. 314-330). Como afirma Ingeborg Maus (2000, p. 200),

A transformação da Constituição em uma ‘ordem concreta de valores’ confere às determinações constitucionais individuais (por meio da ‘abertura’ de suas formulações) uma imprecisão tal que é capaz de suprir e ampliar voluntaristicamente os princípios constitucionais positivados. No sopesamento de valores do TFC [*Tribunal Federal Constitucional*] manifestam-se vários critérios óbvios de eficiência que não encontram no texto constitucional o menor ponto de apoio: o controle de constitucionalidade das leis e a relevância constitucional de processos são exercidos, por exemplo, por meio da verificação da ‘aptidão funcional das empresas e do conjunto da economia’, da ‘capacidade funcional do Exército’ ou especificamente da ‘manutenção da capacidade operativa das instituições penais’, enquanto as disposições constitucionais específicas que lhes dizem respeito podem ficar em segundo plano. As garantias constitucionais escritas são contrapostas deste modo à reserva das idiossincrasias não-escritas dos aparatos econômicos e políticos.

Aliado a isso, o TFC parece se situar acima da própria Constituição, assumindo a postura de um soberano que detém o monopólio de dizer o direito, mas que, ao mesmo tempo, não está vinculado, nem adstrito, às regras constitucionais. É o que se depreende da concepção, subscrita em suas decisões, de que existem “direitos suprapositivos”, aos quais, na prática, somente os juízes do tribunal têm acesso. Tais “direitos”, vale notar, conferem limites à atuação de todas as instâncias políticas, *incluindo* o legislador constitucional. Na precisa crítica de Maus (2000, p. 192), essa concepção metodológica equivocada permite ao TFC *usurpar dos cidadãos o direito de decidir* – ou seja, a soberania e a autonomia populares –, transformando a Constituição em um “texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos. O TFC, em muitos de seus votos de maioria, pratica uma ‘teologia constitucional’”.

O paternalismo judicial, portanto, decorre de uma concepção metodológica decisionista e do fato de, em determinadas decisões, o tribunal minar a autonomia decisória dos cidadãos. A alternativa, então, seria adotar uma teoria da aplicação do direito semelhante a do

direito como integridade – a qual Habermas toma como ponto de apoio para criticar Robert Alexy e o TFC – mas reinterpretando-a sob uma ótica procedimental.

Assim, os juízes podem (e devem) levar os direitos a sério, rechaçando teorias que defendem a ponderação de valores, mas a justificativa para tanto se desloca para a proteção das condições que viabilizam a gênese democrática das leis. A diferença está, portanto, nos fundamentos, pois para o filósofo alemão, *mesmo uma jurisprudência construtiva*, no sentido de Dworkin, *quando carregada de elementos substantivos* – o que, vale ressaltar, em nada se assemelha à teologia constitucional do TFC – *corre o risco de minar a autonomia política dos cidadãos*.

E aqui retornamos à pergunta feita ao final do primeiro capítulo: afinal, Hércules respeita a democracia? Isto é, o controle de constitucionalidade realizado conforme a teoria do direito como integridade atenta contra a liberdade dos cidadãos? Em termos mais concretos, retomando exemplos já mencionados, decisões como a dos casos *Brown* (segregação nas escolas) e *Roe* (aborto) feriram as autonomias dos negros, mulheres e demais cidadãos americanos? Ou, ainda, a decisão do STF na ADIN n.º 2.010 – a ser analisada no próximo capítulo – que assegurou o direito dos inativos a não pagar contribuição previdenciária, atinge a autonomia dos aposentados, pensionistas e outros cidadãos brasileiros? Em que sentido?

A concepção teórica proposta por Dworkin traz importantes elementos para esse debate. Como se pretende demonstrar a seguir, em sentido diverso do que pensa Habermas, decisões como as mencionadas são fundamentais para se assegurar e fortalecer tanto a autonomia política dos cidadãos quanto o próprio funcionamento da democracia. Pode-se dizer, assim, que a interpretação procedimentalista do ideal de uma comunidade de livres e iguais, que se organiza por meio do direito, fracassa em seus objetivos, pois, se bem compreendida, pressupõe um outro modelo de democracia, que traz consigo elementos substantivos necessários à efetivação daquele ideal. Em poucas palavras, fundar o controle de constitucionalidade em bases substantivas não significa atentar contra a soberania popular, mas, muito pelo contrário, é a melhor forma de proteger e incrementar a autonomia dos cidadãos.

4. Uma alternativa: a democracia constitucional substantiva

4.1. Comunidade e democracia

Assim como Habermas, Dworkin assenta sua concepção de democracia no ideal de uma comunidade de sujeitos livres e iguais que regem suas relações com base no direito. À diferença do primeiro, contudo, o autor norte-americano fornece uma outra interpretação desse ideal. Nesse aspecto, recorrendo a fundamentos de ordem substantiva, particularmente, ao que denomina de “princípio de igual consideração e respeito”, Dworkin não se limita a estabelecer as condições processuais para a gênese democrática do direito. O foco de sua análise, por isso, volta-se, precipuamente, para o *resultado* das decisões políticas, atribuindo menor importância àquilo que Ely e Habermas consideram essencial: a *forma* e os *autores* das decisões.

A democracia, então, passa a ser entendida como o governo do povo e para o povo *como iguais*. Isso significa que, como explica Schneider (2000, p. 103),

O objetivo mais fundamental de uma democracia genuína não é aprovar leis conforme certas exigências processuais, mas tratar ‘todos os membros da comunidade, como indivíduos, com igual consideração e respeito’. Como tal, nenhum arranjo que serve para promover este objetivo fundamental – como a proteção de direitos por uma constituição, ou a interpretação da constituição por um judiciário não eleito – pode ser classificado como antidemocrático *per se*. Pelo contrário, muitos dispositivos constitucionais que parecem ter como propósito restringir a democracia, na verdade, aprimoram-na.¹⁰³

A fim de oferecer contornos mais precisos a esse pressuposto inicial, Dworkin (1990, p. 328-329) busca edificar a democracia em torno de um modelo de ação coletiva que supere os limites e as insuficiências das propostas liberais clássicas. Estas, como já mencionado, recorrem a um ideal de *comunidade estatística*, isto é, uma comunidade na qual a unidade de agência comum é fruto de uma mera e ocasional confluência de vontades individuais, sem qualquer consciência de se estar realizando uma atividade enquanto grupo. Acatando premissas republicanas, Dworkin afirma que a democracia não pode se fundamentar nesse ideal de comunidade. É necessário – e aqui também estamos dando razão, de alguma forma, a Schmitt – algum tipo de integração mais profunda, ou seja, uma unidade de agência verdadeiramente *comunitária*, que possibilite aos

¹⁰³ [The most fundamental aim of genuine democracy is not to pass laws in accordance with certain procedural requirements, but to treat ‘all members of the community, as individuals, with equal concern and respect’. As such, no arrangement that serves to further this fundamental aim - such as the protection of rights by a constitution, or the interpretation of the constitution through an unelected judiciary - can be classed as counter-democratic *per se*. On the contrary, many constitutional provisions that seem aimed at limiting democracy, actually enhance it].

indivíduos reconhecer a existência do grupo como entidade ou fenômeno distinto de uma simples reunião de vontades particulares. Se o paradigma do primeiro modelo é a competição no mercado, no segundo, o paradigma é uma orquestra, na qual os músicos agem conforme um senso cooperativo muito mais intenso e determinante para as próprias ações individuais.

Assim, uma democracia é dita *estatística*, quando considera que as decisões políticas decorrem da reunião de votos e interesses dos cidadãos individualmente considerados. Nesse modelo, os procedimentos legislativos e a regra da maioria exercem papel fundamental, pois são condições necessárias para que os diversos interesses possam se expressar, prevalecendo, ao final, a decisão que conta com o apoio do maior número de indivíduos. Por sua vez, uma democracia *comunitária* considera que a responsabilidade pela tomada de decisões coletivas é da própria comunidade, enquanto entidade distinta dos sujeitos particulares que a integram. (Dworkin, 1990, p. 330; 1996, p. 19-20).

A adoção de um ou outro modelo traz conseqüências importantes para o debate a respeito da democracia. É que, enquanto a concepção estatística se limita a estabelecer as condições necessárias para a formação democrática da vontade majoritária, a concepção comunitária vai além e procura firmar princípios que, fundados no ideal de igual consideração e respeito, possibilitam a constituição de um senso comunitário capaz de intensificar a responsabilidade coletiva pelas decisões políticas. Dito de outro modo, não é suficiente, para uma concepção comunitária de democracia, assegurar, simplesmente, o respeito à vontade majoritária e ao procedimento legislativo. As instituições estatais, nesse sentido, devem se comprometer com ideais substantivos, assegurando que eles se reflitam em todas as suas decisões.

Nessa perspectiva, Dworkin sugere que, numa democracia comunitária, as instituições políticas devem se estruturar de acordo com o que determinam três princípios básicos. São eles: participação, interesse e independência. Tais princípios consagram o núcleo substantivo do modelo de democracia constitucional analisada neste tópico. Vejamos.

De acordo com o *princípio da participação*, cada indivíduo deve ter assegurado um papel que lhe permita marcar alguma diferença no processo decisório. Ninguém pode, de fato, integrar uma comunidade se não lhe é garantido o direito de participar ou de contribuir de algum modo no processo de tomada de decisões. Além disso, a atribuição de uma função participativa nos negócios coletivos deve ser consistente com o tratamento igualitário do indivíduo em questão. Significa dizer que, no que tange ao processo político, a função de cada membro da

comunidade não pode ser delimitada com base em critérios arbitrários, que atentem contra a igualdade de consideração e respeito. Assim formulado, o princípio da participação justifica e protege elementos essenciais para qualquer democracia, tais como o sufrágio universal, a possibilidade de qualquer cidadão se candidatar para cargos políticos e as liberdades de expressão e manifestação. (Dworkin, 1990, p. 338).

Neste ponto, Dworkin fornece novas bases para se pensar a igualdade no processo político. Com efeito, o ideal que rege o princípio da participação não demanda igual influência para todos os indivíduos – princípio este que somente faz sentido em uma democracia estatística. O ponto central da análise de Dworkin, muito pelo contrário, é pensar mecanismos que possibilitem o tratamento de cada um como membro igual de um projeto político comunitário. Nesse contexto, os cidadãos não precisam de igual influência para obter vantagens individuais, mas reclamam por igual participação como um requisito fundamental do ato de *fazer parte*, como um membro igual, de uma comunidade fraterna.

Assim, o voto censitário ou a censura, por exemplo, não representam injustiças pelo fato de diminuir o impacto ou a influência de determinadas pessoas no processo político. O que ocorre, nestes e em outros casos, é a atribuição injustificada de um *status* inferior a determinados indivíduos, que, então, na exata medida em que deixam de ser considerados como membros iguais da comunidade, perdem o direito de integrar os debates públicos e de marcar alguma diferença no processo político.

Complementando o primeiro princípio, o *princípio de interesse* (*principle of stake*) consagra a idéia de que a democracia não é apenas o governo *do* povo, mas é também o governo *para* o povo. Surge aqui um princípio de justiça substantiva, segundo o qual as decisões coletivas devem refletir igual consideração e respeito pelos interesses e perspectivas de *todos* os membros da comunidade. A maioria governante, portanto, deve tratar as minorias como se fossem parte de seu próprio grupo político.

O conceito-chave aqui é o de *reciprocidade*, compreendido como a necessidade de cada um dos membros tratar os seus pares como detentores de igual consideração e respeito. Para que esse ideal seja cumprido, não é suficiente uma justa distribuição do poder político, para que cada um, por exemplo, exerça igual influência na esfera política. É necessário, muito mais do que isso, uma distribuição igualitária dos recursos, pois uma maioria que toma decisões visando

perpetuar as desigualdades, não trata os seus semelhantes de forma igualitária. (Dworkin, 1990, p. 339).

Por último, o *princípio da independência* é o que diferencia a integração comunitária, pressuposta pelo modelo de Dworkin, da homogeneidade política que está no cerne da concepção de Schmitt. O ponto em questão é que, ao mesmo tempo em que viabiliza um vínculo comunitário mais acentuado do que as teorias liberais clássicas, o autor norte-americano aponta para a importância de se assegurar uma esfera na qual os indivíduos possam formular, sem a interferência ou a coerção de decisões coletivas, seus próprios juízos morais e éticos. A integração comunitária – tal como já demonstrado na análise do conceito de *comunidade liberal*, realizada no primeiro capítulo – é limitada aos aspectos especificamente coletivos, isto é, aos atos políticos formais. De modo que questões relacionadas à moralidade sexual, por exemplo, não fazem parte da vida em comum, garantindo-se a cada um dos membros da comunidade o direito de realizar escolhas com independência perante as convicções prevalecentes na comunidade. Em suma,

O princípio de independência, então, insiste em que um governo democrático não pode determinar o que os seus cidadãos pensam sobre questões de julgamento político, moral ou ético, mas deve, ao contrário, assegurar condições que os encorajem a formular, com base em convicções individuais e reflexivas, suas próprias concepções a respeito destes temas. (Dworkin, 1990, p. 340).¹⁰⁴

Participação, interesse e independência constituem, dessa forma, o cerne do modelo de democracia constitucional substantiva fundado em uma unidade de agência coletiva comunitária. Esse modelo fornece uma melhor interpretação da nossa prática constitucional. Justifica de maneira mais consistente o modelo consagrado na Constituição de 1988, o qual, fundado na existência de cláusulas pétreas, não pode ser entendido apenas como um modelo majoritário. A igualdade de consideração e respeito e a dignidade da pessoa humana, sem dúvida, constituem o núcleo normativo básico de todo o nosso sistema constitucional. E é esse núcleo, ao fundamentar a obrigatoriedade da comunidade política tratar todos os seus membros como iguais, que deve ser protegido e respeitado por todas as decisões estatais, sejam elas emanadas do legislativo, do executivo ou do judiciário.

¹⁰⁴ [The principle of independence therefore insists that a democratic government must not dictate what its citizens think about matters of political or moral or ethical judgment, but must, on the contrary, provide circumstances that encourage citizens to arrive at beliefs on these matters through their reflective and finally individual conviction].

Partindo desse pressuposto, e visando tornar ainda mais claros os fundamentos da concepção de democracia ora em análise, no tópico seguinte veremos de que maneira o modelo proposto por Dworkin supera alguns dos principais entraves dos modelos vistos anteriormente.

4.2. Democracia constitucional vs. três modelos concorrentes

(1) Democracia constitucional e homogeneidade política

Em comparação com a proposta de Schmitt, o modelo de Dworkin traz elementos capazes de promover a integração e a responsabilidade coletivas, mas sem a necessidade de pressupor a diluição total do indivíduo na esfera comunitária. Como já mencionado, esta se limita aos aspectos políticos, sendo assegurados aos sujeitos particulares independência para formular, reflexivamente, suas próprias convicções éticas. Por isso, torna-se plenamente aceitável conciliar o que pareciam, sob a ótica de Schmitt, perspectivas antagônicas: de um lado, pluralismo e direitos individuais e, de outro, integração comunitária e unidade política.

É, também, o compromisso com o pluralismo e com os direitos individuais que rechaça a idéia de se atribuir a um poder neutro, representado por um líder carismático que incorpora os interesses da nação, a tarefa de proteger a homogeneidade política. No modelo de democracia constitucional substantiva, é a própria comunidade que assume o papel de guarda da Constituição, confiando a cada um de seus membros e às instituições estatais – particularmente, no que tange às questões insensíveis à escolha, ao judiciário – a tarefa de zelar pelo respeito aos princípios substantivos que asseguram que todos serão tratados com igual consideração e respeito.

(2) Processo, substância e disposições restritivas

De outro lado, o modelo de democracia constitucional substantiva nos permite compreender e justificar, de forma mais adequada, as disposições constitucionais restritivas à vontade majoritária. É possível, nesse sentido, ampliar a proposta de Ely, segundo a qual tais disposições somente se justificam na medida em que – tal como a proteção constitucional à liberdade de expressão – são necessárias para o próprio funcionamento da democracia, isto é, para o aprimoramento das condições que possibilitam uma expressão mais fidedigna dos diversos interesses sociais e da vontade da maioria. Ora, essa concepção é muito restrita e, como visto, gera diferenciações insustentáveis no que tange ao tratamento de minorias políticas.

Em um modelo comunitário, as disposições restritivas também são fundamentais para impulsionar a democracia, mas por uma outra razão: assegurar que as decisões coletivas reflitam igual consideração e respeito pelos membros da comunidade. Mais precisamente, as disposições restritivas são democráticas na exata medida em que garantem que os cidadãos *participem* do processo decisório como iguais, tenham seus *interesses* contemplados nos atos da comunidade e, finalmente, tenham relativa *independência* perante a vontade coletiva, de modo que possam, em determinadas questões, formular e defender seus próprios entendimentos.

Nesse contexto, é a própria democracia que sai fortalecida quando os tribunais protegem os interesses de minorias como os negros, as mulheres e os homossexuais. É insustentável, portanto, a distinção feita por Ely entre tais grupos, uma vez que o fundamento de decisões judiciais desse tipo não é “distribuir o poder político”, mas, sim, assegurar o tratamento igualitário a cada um dos membros da comunidade política. Ou seja, garantir que nenhum grupo social seja tratado pelas majorias eleitas como membros de *status* inferior – considerando os princípios da participação, interesse e independência – em comparação com os demais integrantes da comunidade.

E essa, vale ressaltar, é uma análise necessariamente substantiva, isto é, que pressupõe um juízo em torno do próprio conteúdo dos atos e leis impugnadas. Daí ser de pouca valia a distinção entre processo e substância, pelo menos, no sentido de que os juízes devem apenas se ocupar (“objetivamente”) da regularidade do primeiro. Os casos constitucionais, ao contrário do que argumenta Ely, devem ser tratados como controvérsias substantivas acerca de qual a melhor interpretação dos princípios envolvidos, evitando-se, dessa forma, a adoção de fundamentos obscuros tais como os que recorrem ao processo, à intenção dos legisladores e à “letra da lei”.

(3) Primazia do legislativo

Numa democracia constitucional substantiva, à diferença do modelo de Ely, a racionalidade que rege o procedimento legislativo é vista com desconfiança, isto é, como uma instituição que não é auto-suficiente e que, por isso, demanda algum outro tipo de apoio ou mecanismo capaz de corrigir falhas e desvios. A esse respeito, vimos que Habermas aposta na ampliação do processo democrático, que passa a incluir espaços públicos autônomos e informais, responsáveis por canalizar os diversos interesses sociais até o sistema político formal. Esta é, para

o autor alemão, a única forma de qualificar o debate público e manter o poder administrativo sob o olhar firme da sociedade civil organizada.

O modelo proposto por Dworkin, em princípio, não se opõe à proposta de Habermas. Afinal, quanto maior a amplitude dos espaços de debate público, maiores serão as condições para que, enquanto membros iguais da comunidade, todos tenham a possibilidade de marcar alguma diferença no processo político, tal como assegura o princípio da participação. A questão é que, para o modelo constitucional de democracia, a ampliação do processo democrático não é suficiente para suprir as limitações do procedimento legislativo. Nesse sentido, é fundamental a configuração de um forte sistema de freios e contrapesos, no qual os limites à atuação das instituições majoritárias sejam fixados a partir do compromisso coletivo com o ideal de igualdade.

É com esse intuito que os tribunais surgem como instituições responsáveis por, dentre outros aspectos, proteger interesses minoritários que não possuem força política suficiente para obter adesão às suas propostas na esfera republicana formal. Dessa maneira, o poder judiciário se constitui como um importante elemento impulsionador da democracia, capaz de conferir visibilidade e ampliar o debate em torno de demandas até então ignoradas pelo processo legislativo. Mais do que isso, o tratamento judicial desloca a discussão para o plano dos princípios, evitando que questões relevantes sejam submetidas a barganhas e compromissos políticos, tal como, não raro, ocorre no legislativo. (Dworkin, 1996, p. 29-31).

Não se trata, é importante deixar claro, de afirmar a absoluta superioridade deliberativa dos procedimentos judiciais ou de sustentar que os juízes devem decidir todas as questões políticas. A questão é, apenas, a de que não se pode ignorar que os tribunais constituem instâncias estratégicas de luta por direitos. Muitas vezes, por mais amplos que sejam os espaços públicos informais ou por mais organizadas que sejam as associações civis, determinadas demandas não serão reconhecidas como prioritárias no âmbito legislativo.

Mesmo nessas hipóteses, portanto, para falar como Habermas, podem prevalecer interesses ilegítimos, fundados na lógica tecnicista das burocracias que se auto-programam ou, ainda, na racionalidade sistêmica do mercado. Torna-se necessário, então, conceber o judiciário como parte do fluxo comunicativo que caracteriza a democracia. Significa dizer que os tribunais também integram o processo democrático e podem assegurar, por meio de suas decisões,

interesses e demandas advindas do seio da sociedade civil organizada, controlando, em termos substantivos, a atuação legislativa.

Como bem sustenta Dworkin (1985, p. 32),

Membros de minorias organizadas, teoricamente, têm mais a ganhar com a transferência [de poder para os juízes], pois o viés majoritário do legislativo funciona mais severamente contra eles, e é por isso que há mais probabilidade de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum. Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas.

Em conclusão, pode-se dizer que o modelo de democracia constitucional substantiva aposta no judiciário – e não apenas na ampliação do processo discursivo de formação da vontade majoritária – como uma instância decisiva para suprir as limitações do procedimento legislativo. Mais precisamente, os tribunais exercem papel fundamental no sentido de assegurar que o *resultado* do processo democrático sempre reflita os ideais substantivos que estão no cerne da melhor interpretação da prática constitucional brasileira.

(4) Constitucionalismo e soberania popular

Resta, por último, analisar o argumento habermasiano, segundo o qual o controle de constitucionalidade fere a autonomia política dos cidadãos. Como visto, esse argumento envolve dois aspectos: a compreensão metodológica do tribunal e a substituição dos cidadãos pelos juízes no processo decisório.

No que concerne ao primeiro ponto, a crítica de Habermas se coaduna com o posicionamento defendido neste trabalho, particularmente, com as críticas ao pragmatismo jurídico. A divergência, portanto, gira em torno do segundo ponto. É que, para Habermas, a teoria do direito como integridade somente se sustenta se for reinterpretada sob uma ótica procedimental. Assim, um modelo de democracia que pressupõe – tal como na proposta de Dworkin – princípios substantivos, e que confere, de certa forma, maior poder aos juízes, atenta contra a autonomia política individual, legitimando uma atuação paternalista dos tribunais constitucionais. Nesse sentido, há sempre um custo ou uma perda de ordem moral (Dworkin, 1996, p. 21) quando uma decisão contradiz o que pensa a maioria dos cidadãos ou o que foi expresso por estes no curso do processo democrático.

Segundo Dworkin, o argumento de autores como Habermas, se bem compreendido, pressupõe o modelo comunitário de ação coletiva. De fato, numa democracia de massa, o poder político de um cidadão individualmente considerado é muito pequeno, sendo irrisório o impacto que, em regra, as decisões coletivas – tomadas por agentes eleitos ou não – causam na sua liberdade política. Além disso, ainda considerando o indivíduo como unidade de agência, é muito provável que determinadas restrições à vontade da maioria tenham o condão de incrementar – e não de debilitar – sua autonomia. Por isso, e é para esse aspecto que Dworkin está chamando a atenção, não podemos sustentar que a perda de liberdade gerada pelas decisões judiciais é individual, no sentido estatístico do termo. (Dworkin, 1996, p. 21).

Mas, sem dúvida, podemos afirmar que determinadas decisões judiciais atingem a autonomia política da comunidade enquanto ente distinto de cada um de seus membros. De acordo com esse ponto de vista – que pressupõe o modelo comunitário de ação coletiva – são os cidadãos, *como um todo*, que perdem autonomia política. Assim, mesmo que alguns indivíduos ganhem com aquela decisão, o resultado será um arrefecimento do grau de controle que o povo exerce sobre o governo. Valendo-se dos termos de Habermas, pode-se dizer que, em tais casos, diminuem-se as condições que possibilitam o fluxo democrático que corre da periferia para o centro do sistema político, reduzindo-se, por conseguinte, o âmbito de controle do poder administrativo por parte do poder comunicativamente gerado nos espaços públicos autônomos.

Se for assim, isto é, se o argumento pressupõe a concepção comunitária de ação coletiva, então, a definição de autonomia política *depende* de uma definição prévia em torno de quais condições ou quais princípios asseguram que os indivíduos sejam tratados como membros iguais de uma comunidade. Vale dizer, quais as condições que permitem aos indivíduos reconhecer a legitimidade de uma decisão coletiva mesmo quando não a apoiaram e mesmo quando não tenham votado a favor de sua adoção. Ou, em sentido contrário, as condições que, ao assegurar que cada um seja tratado como igual, permitem que mesmo na hipótese em que uma decisão amplia sua autonomia política individual – atribuindo, por exemplo, maior peso aos votos dos brancos – o cidadão possa reconhecer que a autonomia da comunidade, como um todo, foi diminuída.

Assim, a questão do auto-governo somente pode ser explicada recorrendo a algum conceito de *associação moral*, tal como o fornecido pela concepção de democracia constitucional substantiva. Isso significa que a melhor forma de assegurar a autonomia política não é protegendo

as condições processuais para a gênese legítima do direito. É necessário muito mais do que isso. Daí a importância de se garantir que os resultados das decisões reflitam igual consideração e respeito pelos membros da comunidade. Os princípios de participação, interesse e independência constituem, nesse sentido, pré-condições básicas para que a comunidade seja autônoma e para que a soberania popular possa ser exercida em toda a sua plenitude.

Assim, nós podemos, agora, sustentar uma forte conclusão: não só que a liberdade positiva não é sacrificada sempre que, ou apenas porque, a premissa majoritária é ignorada, mas que a liberdade positiva é ampliada quando aquela premissa é rejeitada por completo em prol de uma concepção constitucional de democracia. Se é verdade que o auto-governo somente é possível no interior de uma comunidade que reúne as condições de associação moral – porque só dessa forma estamos autorizados a nos referir ao governo ‘do povo’ em um forte sentido comunitário em lugar de um sentido estatístico estéril – [então,] nós precisamos de uma concepção de democracia que insiste que não há democracia a menos que tais condições sejam asseguradas.¹⁰⁵ (Dworkin, 1996, p. 24).

É, por isso, que decisões judiciais como a dos casos *Brown, Roe* e da ADIN n.º 2.010 – que assegurou o direito dos inativos a não pagar contribuição previdenciária – não atingem a autonomia política dos cidadãos americanos ou brasileiros. Muito pelo contrário, tais decisões refletem o compromisso da comunidade com o ideal de que todos os seus membros merecem igual consideração e respeito. Declaram princípios que, longe de minar a autonomia política, fomentam e criam as condições necessárias para sua efetiva afirmação na realidade concreta.

Com essa argumentação, Dworkin mostra como os ideais que estão na base do modelo procedimental de democracia podem ser compreendidos de forma mais adequada e protegidos de modo mais amplo se acatarmos a concepção de democracia constitucional substantiva. Portanto, constitucionalismo, direitos fundamentais e controle de constitucionalidade representam pressupostos essenciais – e não elementos que se opõem – à afirmação da democracia. É esse o modelo, em síntese, que nos permite dizer que, mais do que respeitar, Hércules é responsável pela promoção e aprimoramento da democracia.

¹⁰⁵ [So we can now state a strong conclusion: not just that positive liberty is not sacrificed whenever and just because the majoritarian premise is ignored, but that positive liberty is enhanced when that premise is rejected outright in favor of the constitutional conception of democracy. If it is true that self-government is possible only within a community that meets the conditions of moral membership, because only then are we entitled to refer to government by 'the people' in a powerful communal rather than a barren statistical sense, we need a conception of democracy that insists that no democracy exists unless those conditions are met].

5. Uma concepção de legitimidade

Após o longo percurso percorrido, desde as críticas ao positivismo e ao pragmatismo, passando pelas concepções de democracia de Schmitt, Ely e Habermas, podemos, finalmente, sumarizar a concepção de legitimidade que norteará as análises das decisões do Supremo Tribunal Federal no próximo capítulo.

No que concerne à compreensão metodológica, isto é, à teoria da aplicação do direito, é fundamental que o STF respeite o ideal de integridade e seus corolários. De acordo com essa perspectiva, o tribunal precisa levar a dimensão deontológica dos direitos a sério, concebendo-os como trunfos políticos que asseguram o tratamento de cada indivíduo como um membro igual da comunidade política. Enquanto agente da comunidade, o STF possui o importante encargo de defender a Constituição, reconhecendo os direitos morais das partes que recorrem a juízo e estabelecendo limites precisos à atuação dos demais poderes do Estado. Essa difícil missão somente pode ser, legitimamente, cumprida, na medida em que os casos controversos sejam decididos com base em argumentos de princípio, fundados em uma interpretação coerente da prática e do sistema constitucional como um todo.

Além disso, o ideal de integridade demanda por uma expressão aberta dos reais fundamentos que amparam as interpretações fornecidas pelos juízes. Estas não podem se sustentar em argumentos semânticos, técnicos ou moralmente neutros. É preciso, nesse aspecto, que os julgadores reconheçam a dimensão moral envolvida em boa parte dos casos constitucionais, permitindo, assim, que o debate público e o controle popular sobre suas decisões sejam amplos e abertos a todos os interessados.

Essa teoria da aplicação do direito se ampara em uma concepção de democracia constitucional substantiva, segundo a qual as decisões judiciais devem refletir igual consideração e respeito por todos os membros da comunidade política. As instituições estatais, nesse sentido, estão vinculadas a determinados princípios substantivos, de maneira que a constitucionalidade de uma norma ou de um ato político decisório não pode ser avaliada apenas sob o prisma do procedimento ou do autor da decisão. Ganham importância, aqui, os princípios da participação, interesse e independência, que, juntos, configuram as condições básicas para que os cidadãos sejam tratados de forma igualitária.

Assim, desde que os princípios fundamentais que estão no cerne da concepção de democracia constitucional sejam violados – atendendo-se, é claro, as exigências de integridade –

o tribunal está autorizado a interferir e a declarar a inconstitucionalidade da norma submetida ao controle judicial. O controle de constitucionalidade, portanto, é fruto de uma análise substantiva, que independe da forma ou dos autores responsáveis pela edição da lei impugnada, ressalvada a obrigação de, conforme o princípio da equidade, considerar, entre os argumentos em jogo, a vontade majoritária e a opinião pública.

É essa concepção de democracia – ou, pelo menos, uma interpretação coerente e aberta desta concepção – que o STF deve subscrever em suas decisões, impondo limites à vontade da maioria sempre que o tratamento igualitário e o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos tenham sido violados.

Em resumo, podemos considerar que a atuação do STF será tanto mais legítima quanto mais a Corte subscreva em suas decisões a teoria do direito como integridade e o modelo de democracia constitucional substantiva. O próximo (e último) passo é analisar em que medida, na prática concreta, o tribunal acata ou não esta concepção e até que ponto sua atuação pode ser considerada legítima.

CAPÍTULO III

A LEGITIMIDADE POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

1. Introdução

Neste capítulo, analiso algumas das mais importantes decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no período compreendido entre os anos 1990-2005. A escolha das decisões privilegiou casos em que se confrontavam, de um lado, fortes interesses majoritários, geralmente aglutinados em torno do poder Executivo federal e, de outro, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988.¹⁰⁶ Trata-se daqueles momentos de alta relevância, nos quais estavam em jogo questões complexas e politicamente delicadas, tais como: os planos econômicos, as crises fiscais, o racionamento de energia, as medidas provisórias, as propostas de reforma do Estado, as privatizações, os direitos dos servidores públicos, a regulamentação do processo eleitoral, as normas de contenção aos movimentos dos sem-terra, dentre outros.

Em todos esses casos, o tribunal se deparou com medidas de urgência, com situações excepcionais e, ainda, com propostas que se apresentavam como necessárias e inevitáveis. Mais do que nunca, então, pode-se encontrar, nessas ações profundamente controversas, nas quais foram decididas questões fundamentais para o direito e para a organização do sistema constitucional do país, um ponto privilegiado para um exame crítico da atuação do STF, formulando-se juízos mais concretos a respeito da legitimidade política dessa instituição.¹⁰⁷

A concepção de legitimidade que norteia o trabalho, tal como explicitado ao longo dos capítulos anteriores, funda-se em dois pilares básicos: (1) um modelo de democracia constitucional substantiva, pautado na idéia de direitos como trunfos políticos que impõem

¹⁰⁶ Ao todo, foram consultadas, aproximadamente, cem decisões. Desta amostra inicial, foram selecionados os casos paradigmáticos analisados neste capítulo. O termo inicial do período de análise coincide com a posse do primeiro governo eleito, pelo voto direto, após a promulgação da Constituição de 1988.

¹⁰⁷ Sobre o STF, cf. os trabalhos de Castro (1997), Vianna *et al.* (1999), Colombo (2001) e Vieira (2002). Enquanto os dois primeiros fornecem importantes dados quantitativos a respeito da atuação do tribunal, os dois últimos privilegiam análises qualitativas em torno dos fundamentos de suas principais decisões, muitas das quais também discutidas a seguir.

limites à vontade da maioria e asseguram a cada membro da comunidade igual consideração e respeito; e (2) uma teoria da aplicação do direito estruturada sobre o conceito de integridade, segundo o qual uma fundamentação adequada e legítima das decisões judiciais deve recorrer a argumentos de princípio, fundados em uma interpretação coerente da prática constitucional.

O objetivo central da análise, assim, é verificar em que medida algumas das mais importantes decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no período 1990-2005 se aproximam dos modelos de democracia e de decisão judicial propostos como os mais corretos; ou, em sentido contrário, distanciam-se dessa concepção normativa de legitimidade ao subscrever ou pressupor modelos concorrentes. Nesse sentido, duas perguntas são fundamentais para a análise da legitimidade política da jurisdição constitucional brasileira:

(1) qual concepção de democracia o STF subscreve em suas decisões? Uma concepção comunitária monolítica, procedimental ou constitucional substantiva?

(2) qual teoria da aplicação do direito o STF subscreve em suas decisões? Uma teoria positivista, uma concepção pragmática ou uma teoria fundada no direito como integridade?

As respostas a essas inquietantes questões serão formuladas, com detalhes, ao longo do texto e, posteriormente, sistematizadas na conclusão do trabalho. Adiantar as respostas seria como contar o final de uma história, condicionando a leitura e retirando daqueles que pretendem vivenciá-la a surpresa, o atrativo e, talvez, interpretações próprias de cada “capítulo”. Por isso, e por enquanto, basta dizer que a versão do *romance judicial brasileiro* contada a seguir toma como ponto de partida um caso emblemático: o Plano Collor...

Ao final, espera-se tornar ainda mais clara a exposição da teoria adotada como marco teórico, evidenciando sua relevância para uma interpretação crítica da realidade constitucional do país e demonstrando, a partir de suas categoriais centrais, os problemas e as principais questões que afligem e minam a legitimidade política do Supremo Tribunal Federal. Somente assim, quer dizer, com uma aproximação mais detida em torno dos fundamentos das decisões do STF, parece possível uma leitura crítica da nossa tradição judicial, de maneira que, no futuro, não se repitam os erros e os equívocos do passado.

2. Um ponto de partida: o plano Collor (ADIN n.º 223-6/1990)

A ADIN, impetrada pelo PDT, questionava a constitucionalidade da Medida Provisória n.º 173, de 18.03.1990, que proibia a concessão de liminares e a execução, antes do

trânsito em julgado, de sentença em mandados de segurança e ações ordinárias e cautelares contra os diplomas legislativos que instituía o Plano Collor, especificamente, as MPs n.ºs 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168, todas publicadas em 15.03.1990. Na prática, três dias após o anúncio das novas medidas econômicas, incluindo o bloqueio de depósitos bancários, a MP n.º 173/90 veio impedir que uma “chuva de liminares” pusesse por água abaixo o sucesso do plano.

Logo no início do seu pronunciamento, o Min. Paulo Brossard, sorteado como relator, apontou para a gravidade e a importância do caso, sintetizando o dilema perante o qual o STF deveria se posicionar: “a Constituição ontem promulgada solenemente e jurada publicamente está em vigor e a todos obriga ou é mero ornamento, a ser observada *si et in quantum*, conforme as conveniências e oportunidades?” (ADIN n.º 223, p. 35).

Segundo o ministro, a MP infringia o art. 5º, XXXV, da CF, que estabelece que nenhuma lesão ou ameaça a direito individual pode ser subtraída, por lei, do exame do judiciário. Ao vedar a concessão de liminares em sede de mandado de segurança – ação também prevista no rol dos direitos fundamentais – o governo privava os cidadãos de um dos principais instrumentos, ao lado do *habeas corpus*, para a proteção dos seus direitos e, sem dúvida, um dos mais eficazes e céleres. Ficavam esses, então, sujeitos à demora inerente ao trânsito em julgado das decisões:

Tirar do mandado de segurança a providência cautelar e impedir sua execução enquanto não transitar em julgado a sentença dele concessiva, é atrofiar o instituto ao ponto de reduzi-lo a um simulacro, deixando direitos individuais sem proteção real e reduzidos, por sua vez, a promessa vã, e isto não me parece que possa prevalecer em face da Constituição, da qual é guarda o Supremo Tribunal Federal [...]. (ADIN n.º 223, p. 43).

Em seguida, o relator pontuou que medidas como essas foram tomadas nos mais graves períodos de exceção da história do país, particularmente, no Estado Novo – quando o mandado de segurança foi suprimido da Constituição e vedado, no CPC de 1939, contra atos do Presidente da República, dos Ministros, Governadores e Interventores – e no regime militar pós-1964, no qual se excluía da apreciação judicial as normas previstas nos Atos Institucionais. Finalmente, o ministro acentuou que, na vigência da Constituição de 1988, tais medidas de exceção somente poderiam ser admitidas na ocorrência de estado de sítio ou estado de defesa, o que não era o caso. Com base nesses argumentos, concedeu em parte a cautelar para suspender a proibição de liminares no que concerne ao mandado de segurança.

Argumentando no mesmo sentido, e tendo votado de forma a suspender toda a vedação inconstitucional imposta pela MP n.º 173, o Min. Celso de Mello lembrou a existência de precedentes do STF, segundo os quais o art. 5º, XXXV, da CF, veda até mesmo a criação de obstáculos institucionais ao acesso à justiça. Lembrou, ainda, que existem no ordenamento jurídico diversos mecanismos que possibilitam um adequado controle de eventuais concessões irregulares e abusivas de medidas cautelares.

Não obstante a força dos argumentos descritos acima, o ponto de vista que iria prevalecer não era esse. A guinada no julgamento começou a ser delineada pelo curioso voto do Min. Sepúlveda Pertence. Inicialmente, o Min. acentuou a violação à garantia de acesso ao judiciário, não só no que tange ao direito individual assegurado a todos os cidadãos, mas também na afronta ao princípio da separação dos poderes, consubstanciada na limitação injustificada das funções judiciais.

O Min. reconheceu ser “inegável certa tendência ao abuso das virtualidades da tutela cautelar [...]” (ADIN n.º 223, p. 52), o que tornaria legítimas as pretensões de limitar seu uso, comumente empregadas no direito brasileiro (Leis n.ºs 2.770/56, 4.348/64, 5.021/66, 7.969/89). O problema era que – ao contrário das leis já existentes – a regulamentação instituída pela MP n.º 173 era por demais genérica e imprecisa, envolvendo um número muito grande de diplomas legislativos, de modo que ficava difícil verificar “até onde as restrições são razoáveis [...] e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a conseqüente afronta à jurisdição legítima do Poder Judiciário” (ADIN n.º 223, p. 54-55).

Logo após se referir a esses argumentos, que pareciam apontar pela inconstitucionalidade da medida, o Min. recorreu, sem muitas mesuras, a argumentos pragmáticos:

Não é preciso enfatizar, estamos num juízo cautelar da maior delicadeza, num momento econômico da maior gravidade, ao qual a suspensão indiscriminada da medida provisória poderia trazer *conseqüências* da maior seriedade para a política econômica em desenvolvimento. (ADIN n.º 223, p. 55, grifei).

Assim, sem fundamentar devidamente esse ponto de vista ou, ao menos, sem fornecer maiores elementos que pudessem confirmar o juízo – sem dúvida, meramente especulativo – de que a suspensão liminar de uma medida provisória inconstitucional traria graves (quais?) conseqüências para a política econômica do país, o Min. Sepúlveda Pertence

votou pelo indeferimento do pleito. Na verdade, seu voto foi no sentido de “conciliar” as duas opções, opostas entre si, mencionadas pelo relator no início da ação. Disse, nessa perspectiva, que a “solução” estava no controle difuso, pois, no caso concreto, os juízes poderiam declarar a MP n.º 173 inconstitucional e, eventualmente, conceder liminares contra o Plano.¹⁰⁸

Na mesma linha, o Min. Sydney Sanches afirmou que, desde que razoáveis e ditadas pelo interesse público, as restrições à concessão de liminares poderiam ser admitidas e que tais restrições eram comuns no direito brasileiro, sem nunca terem sido questionadas perante o STF. O ponto central da sua argumentação pode ser encontrado na seguinte passagem:

E aqui fico entre dois perigos. O perigo de eventual lesão a direitos individuais e o perigo de perecimento da Nação, diante da devastação econômica e da decadência social que a vinham afligindo. [...] Diante desse quadro, pergunto a mim mesmo: qual o mal maior? Permitir expressamente as medidas liminares que porão por terra um plano político-econômico, que, se tem as imperfeições próprias da elaboração humana, não deixa de ter o nobre propósito de tentar um retorno à estabilidade econômica e social e um recomeço de desenvolvimento? Ou tolerar, temporariamente, que essas medidas não sejam permitidas [...]? (ADIN n.º 223, p. 63).

O Min. Sanches, então, atento ao que denominou de “profundo sentimento de brasilidade” (ADIN n.º 223, p. 63), optou por aquela que, segundo ele, era a alternativa mais prudente para os interesses da nação: o indeferimento da liminar. E, se o Min. Pertence viu no controle difuso e nos juízes singulares a solução para o caso, o Min. Sanches apostou suas fichas no Congresso Nacional, onde a medida seria discutida pelos representantes democraticamente eleitos. Finalmente, o Min. afirmou que, se a medida provisória fosse suspensa, o STF estaria incentivando a concessão de liminares por todos os juízes do país e, desse modo, contribuindo para “jogar por terra as esperanças de todo o Povo, de uma recuperação econômica e social [...]” (ADIN n.º 223, p. 64).

Como se observa, são nítidos os contornos consequencialistas da decisão. O interessante é que o próprio Min. Sanches reconheceu ser impossível, “a esta altura, um prognóstico a respeito” do sucesso ou fracasso do plano econômico. Apesar disso, o Min. deixou

¹⁰⁸ “Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva”. (ADIN n.º 223, p. 55).

claro que votava “com a consciência jurídica tranqüila. E com a consciência política estuada na fé e na esperança de um Brasil melhor para todos os brasileiros [...]” (ADIN n.º 223, p. 64).

Os demais ministros aderiram aos votos de Sepúlveda Pertence e Sydney Sanches, apontando fundamentos semelhantes, especialmente, a tradição – não por coincidência fruto de regimes ditatoriais – de leis restritivas de medidas liminares no país (Cf. votos dos Min. Octávio Gallotti, Aldir Passarinho, Moreira Alves e Néri da Silveira) e razões de ordem pragmática, tais como “graves danos às providências adotadas pelo Governo” e “resultados danosos para a economia pública” (Min. Aldir Passarinho, ADIN n.º 223, p. 68) ou, ainda, a necessidade de “preservar um plano econômico-financeiro tipicamente de emergência” dotado de manifesto “interesse público” (Min. Moreira Alves, ADIN n.º 223, p. 73).

Por último, o então Presidente da Corte, Min. Néri da Silveira, afirmou que não caberia ao STF, no caso, emitir juízos sobre a conveniência e o atendimento aos interesses da república por parte do plano econômico em questão. A decisão do tribunal, por isso, deveria se limitar a verificar se a medida afrontava ou não a Constituição e as garantias individuais, o que, para ele, não ocorria no caso, uma vez que a MP não infringia expressamente qualquer dispositivo constitucional. Assim, não obstante ter recusado os argumentos pragmáticos dos demais ministros, Néri da Silveira também indeferiu a liminar, recorrendo à nebulosa justificativa de que “não convém interdite esta Corte seus efeitos, antes de o Poder Legislativo acolhê-la ou rejeitá-la, em seu mérito, sendo certo que, *prima facie*, não conflita com letra expressa da Constituição” (*sic*) (ADIN n.º 223, p. 75).

Esta decisão é paradigmática e evidencia os principais problemas e questões que o STF iria enfrentar nos anos seguintes. Mais do que isso, na decisão tomada na ADIN n.º 223, foram delineadas, ainda que de forma embrionária, a auto-compreensão do papel da Corte nas decisões envolvendo grandes interesses majoritários, bem como a concepção de democracia pressuposta e subscrita pelo tribunal.

Nesse sentido, é importante destacar aqui cinco aspectos, a serem retomados e aprofundados no decorrer do capítulo.

Em primeiro lugar, nesta decisão, veio à tona a *tensão entre integridade e pragmatismo* – expressa pelo relator logo no início do seu voto – tendo a Corte subscrito, conforme os fundamentos da maioria dos votos, a segunda corrente. Esse posicionamento, inaugurado na ADIN n.º 223, seria ainda retomado, com algumas oscilações, pela Corte.

O segundo ponto a ser acentuado é a *debilidade dos argumentos pragmáticos*. Além de meramente especulativos, constituem, muitas vezes, o que se pode chamar de *argumentos bilaterais*. Significa dizer – tal como reconhece o próprio STF nos casos que envolvem o que se denomina de *risco bilateral*, a serem analisados com mais detalhes a seguir – que, na maior parte das vezes, as conseqüências consideradas “danosas” em relação a um lado da decisão, reproduzem, sem muita dificuldade, a mesma característica se analisadas no sentido oposto. No caso em tela, por exemplo, o risco de “perecimento da nação” pode ser encontrado, sem muito esforço, não só em relação a um eventual fracasso do Plano Collor, mas também, em sentido contrário, em relação às pessoas proibidas de retirar dinheiro das contas para emergências, negócios e viagens já agendadas ou, ainda, em termos mais genéricos, a uma possível descrença da população nas instituições estatais.

A análise de qual o *mal menor*, tal como proposta pelo Min. Sidney Sanches, representa, assim, uma discussão perigosa, que leva a argumentação judicial para o campo da arbitrariedade e da ausência de controle democrático. Afinal, não existem critérios claros para delimitar ou ponderar qual, de fato, é o “mal menor”. Não raro, a análise é realizada com base em argumentos especulativos a respeito das conseqüências da decisão, tendo como principal efeito, no caso concreto, chancelar atos que atentam contra os direitos fundamentais.

Em terceiro lugar, pôde-se observar como o requisito do *periculum in mora* é utilizado como uma *reserva argumentativa pragmática*. Daí o estranhamento que pode causar o fato de alguns Ministros chegarem a reconhecer a existência do direito pleiteado e da inconstitucionalidade da medida, mas, contraditoriamente, se renderem ao pragmatismo – particularmente ao peso das circunstâncias e dos juízos especulativos *ad terrorem* – fundamentando seu entendimento na suposta inexistência de *periculum in mora*. É a este requisito que os Ministros recorrem – e encontram amparo – para inserir no debate judicial considerações de ordem pragmática. Como será demonstrado, trata-se de um requisito muito fluido e utilizado pela Corte de forma um pouco obscura, de acordo com o que determinam as conveniências.

Em quarto lugar, na ADIN n.º 223, já começa a se delinear a *concepção de democracia sustentada pelo STF*. A tese central, que se pretende defender ao longo do capítulo, é a de que, longe de uma demarcação aberta, coerente e bem fundamentada, o tribunal opta por um ou outro modelo, conforme mudam as circunstâncias e a força dos ventos governamentais. A

oscilação entre concepções diferentes, então, surge como uma estratégia pragmática – tal como ocorreu no caso em análise – para não-decidir ou, quando muito, para obter decisões conciliatórias, que atentam contra a integridade dos direitos fundamentais.

Por último, todas essas questões resvalam no *problema dos direitos*. Afinal, o STF leva os direitos a sério? Também neste quesito, verifica-se um posicionamento ambíguo da Corte, ora se posicionando firmemente em proteção aos direitos, rechaçando considerações pragmáticas, ora adotando uma postura de hostilidade para com direitos importantes, como no caso do direito de irrestrito acesso ao judiciário. Sem dúvida, essa postura pragmática viola frontalmente a teoria do direito como integridade e a concepção de democracia constitucional substantiva, pondo em xeque a legitimidade do tribunal.

Os cinco aspectos apontados constituem o cerne da argumentação a ser desenvolvida e serão utilizados como norte para a análise das decisões seguintes.

3. Democracia e medidas provisórias

3.1. Reedição de MP rejeitada pelo Congresso Nacional (ADIN n.º 293-7/1990)

Em votação unânime, o STF impôs ao governo Collor uma grande derrota, assinalando claramente os limites constitucionais da atuação do Executivo e da vontade majoritária. Diferente de outras decisões envolvendo medidas importantes para o governo, o Supremo se posicionou firmemente, declarando inconstitucional a reedição de uma medida provisória que fora expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional. Trata-se da MP n.º 190, de 31 de maio de 1990, que restabeleceu – com leve mudança de redação – preceitos da MP n.º 185, de 04 de maio de 1990 (rejeitada pelo Congresso no dia 30 de maio de 1990). A norma objeto de impugnação, mais uma vez, referia-se ao controle de decisões judiciais contrárias aos interesses do governo. Conferia competência extraordinária – por cento e oitenta dias, a contar da publicação da MP – ao presidente do TST, para suspender a execução de decisões dos TRTs em dissídios coletivos de natureza econômica ou jurídica, de modo a evitar “lesão à ordem ou à economia públicas”. O objetivo expresso da medida era criar um mecanismo de controle dos aumentos salariais e, com isso, evitar pressões inflacionárias indesejáveis.

O relator, Min. Celso de Mello, deixou claro, em seu voto, que a medida provisória constitui um instrumento de uso excepcional, que momentaneamente derroga o princípio da separação dos poderes. Por isso, a própria Constituição prevê uma série de mecanismos de

controle dessa atividade presidencial. Dentre elas, a sua imediata apresentação ao legislativo, inclusive com a convocação extraordinária no caso de edição durante período de recesso, perda de eficácia *ex tunc* após o período de trinta dias e, mais importante, o controle jurisdicional de constitucionalidade, já admitido pelo STF no julgamento da ADIN n.º 37-3. Segundo o Min., “o que se pretende evitar, com esse sistema de garantias, é que o exercício *indiscriminado* dessa excepcional competência do Poder Executivo se converta numa prática legiferante ordinária e substitutiva dos procedimentos comuns de formação das leis” (ADIN n.º 293, p. 60).

No caso concreto em análise, o Presidente da República assumiu, nitidamente, o propósito de desconsiderar o exposto pronunciamento negativo do Congresso Nacional, arvorando-se à condição de legislador absoluto e de fato e, conseqüentemente, violando os princípios da separação de poderes e do Estado democrático de direito. A limitação ao poder e o sistema de freios e contrapesos estabelecidos na Constituição de 1988 representam garantias incondicionais a favor das liberdades civis e do exercício dos direitos individuais, de modo que seu desrespeito afronta o cerne do novo modelo constitucional, consagrando o uso autoritário das competências estatais. O Min. Celso de Mello concluiu seu pronunciamento incisivamente, trazendo à tona, mais uma vez, a tensão entre integridade e pragmatismo:

[...] não me preocupa a relação dilemática por alguns proposta, que chega até mesmo a proclamar, pelo alegado receio da restrição da ordem econômico-social, a virtual possibilidade de desrespeito ao ordenamento constitucional como condição de êxito do Plano Econômico. [...] *A Constituição*, Sr. Presidente [...], *não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias*. A supremacia de que ela se reveste, *enquanto for respeitada*, constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. A esta Corte incumbe a tarefa, *magna e eminente*, de velar por que essa realidade não seja desfigurada. (ADIN n.º 293, p. 73, grifos conforme o original).

Os demais ministros aderiram integralmente ao voto do relator – mesmo aqueles que, na ADIN n.º 223, haviam recorrido a argumentos pragmáticos em prol do sucesso do plano econômico¹⁰⁹ – para suspender a eficácia da MP n.º 190/1990. Destaque para o voto do Min. Paulo Brossard, que apontou como falso o argumento do “ou isto ou o caos”, discurso, este, que recusava qualquer controle das recentes medidas governamentais. “Esse raciocínio – concluiu o

¹⁰⁹ Nesse sentido, o voto do Min. Sepúlveda Pertence, que afirmou: “como o eminente Relator, Senhor Presidente, concluo o meu voto sem temor da responsabilidade por eventuais tropeços que uma suspensão liminar como esta possa eventualmente trazer à execução desta ou daquela política governamental em andamento” (ADIN n.º 293, p. 79).

Min. – que de forma mais ou menos velada, mais ou menos ostensiva, tem sido difundido, importa, em verdade, e de fato, em suspender a Constituição” (ADIN n.º 293, p. 80-81).

Contudo, essa decisão histórica (e isolada) não foi corroborada por decisões posteriores do STF. O princípio estabelecido – de que o Congresso é o poder competente para legislar e que o uso de medidas provisórias não pode converter o Executivo em poder legiferante absoluto e de fato, cabendo ao STF a guarda da Constituição – foi deixado de lado. Como se verá a seguir, em duas decisões importantes, o STF subscreveu uma outra concepção de democracia – que iria determinar boa parte dos seus posicionamentos posteriores – centrada muito mais na atuação do Executivo do que no procedimento legislativo como o local, por excelência, de discussão pública da lei.

3.2. Reedição de MP não apreciada pelo Congresso Nacional (ADIN n.º 295-3/1990)

Impetrada pelo Conselho Federal da OAB, a ação questionava, mais uma vez, a proibição de concessão de liminares contra o plano Collor, desta feita, prevista pela MP n.º 186, de 23 de maio de 1990, terceira reedição da MP n.º 173, considerada constitucional no julgamento da ADIN n.º 223-6-DF, conforme exposto acima.

Novamente relator, o Min. Paulo Brossard, verificando que a questão substantiva já havia sido declarada constitucional pelo STF, remeteu aos argumentos por ele mencionados nas ações anteriores e centrou seu voto no ponto em relação ao qual o Supremo ainda não havia se manifestado: a possibilidade ou não de reedição de MP após os trinta dias de vigência constitucional.

Nesse sentido, iniciou sua argumentação comparando a MP com o decreto-lei, previsto na CF de 1967. Enquanto este tinha vigência de sessenta dias, não podia ser alterado ou emendado pelo Congresso e era considerado tacitamente aprovado após o decurso *in albis* do prazo, a MP vige por 30 trinta dias, pode ser alterada ou emendada pelo Congresso e após o decurso do prazo perde sua eficácia retrospectivamente. Assim, enquanto o decreto-lei admitia apenas uma forma de rejeição (a expressa) e duas formas de aprovação (expressa e tácita), a Constituição de 1988 admitiu apenas uma forma de aprovação da MP (a expressa) e duas formas de rejeição, a expressa e a tácita ou presumida (após o decurso do prazo sem manifestação pelo Congresso).

Lembrando do julgamento da ADIN n.º 293-7, o relator afirmou que o STF já havia decidido pela impossibilidade de reedição de MP expressamente rejeitada pelo Congresso. Para ele, a Constituição não diferenciava entre rejeição tácita e expressa, de modo que o resultado, em ambas as hipóteses, seria o mesmo: a caducidade da medida e a perda de sua eficácia, tal como estabelecia o art. 62, parágrafo único, da CF, segundo o qual “as medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias de sua publicação”, cabendo ao Congresso disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.¹¹⁰

Assim, no regime anterior o tempo corria a favor do Executivo, uma vez que, passados sessenta dias sem a manifestação do Congresso, o decreto-lei era considerado tacitamente aprovado. Daí ser comum a maioria parlamentar obstruir as votações, de modo a não correr o risco de uma rejeição expressa. Já no regime democrático pós 1988, segundo o Ministro, ocorreria o inverso: “a maioria, exatamente por ser maioria, é que tem de comparecer, dar número e votar a medida para que ela possa converter-se em lei, sob pena da sanção constitucional ser inevitável e inexorável” (ADIN n.º 295, p. 25).

Em seguida, o relator refutou a comparação com o direito italiano – onde se acata a reapresentação do decreto-lei – afirmando que se trata de um regime parlamentar, no qual o governo é mais flexível e pode ser responsabilizado diretamente, ao reeditar um decreto-lei desaprovado, com a perda de confiança do parlamento. Além disso, a Constituição brasileira proíbe expressamente – o que não ocorre na Itália – a reapresentação, na mesma sessão legislativa, de projeto de emenda constitucional e de projeto de lei rejeitados, salvo, neste último caso, mediante proposta da maioria absoluta da Câmara ou do Senado (art. 60, § 5º; art. 67, CF). “Ora, o que não se permite em relação a projeto de lei, *a fortiori*, não há de tolerar-se quanto à medida provisória” (ADIN n.º 295, p. 26).

O Min. Brossard apontou, ainda, que reeditando medidas provisórias não aprovadas no prazo de trinta dias, o Executivo se arvora à condição de legislador de fato, assumindo para si uma competência privativa do Congresso Nacional. O prazo de trinta dias, então, torna-se um limite inócuo, sem qualquer sentido prático, uma vez que as MPs podem ser indefinidamente

¹¹⁰ Este artigo foi alterado, posteriormente, pela Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001. O objetivo declarado da Emenda era conter o abuso na edição de medidas provisórias. Dentre outras inovações, excluiu determinadas matérias do seu âmbito de regulamentação (art. 62, § 1º) e fixou em sessenta dias o prazo máximo de vigência, facultada uma única reedição por igual período. Findo este prazo sem a manifestação do Congresso – o que é difícil ocorrer, uma vez que, após quarenta e cinco dias da sua edição, a MP entra em regime de urgência, sobrestando todas as deliberações legislativas em pauta – a medida perde eficácia (art. 62, §§ 3º, 6º e 7º).

renovadas. Ademais, ressaltou o relator, com a impossibilidade de reedição, o Presidente não fica à mercê do Congresso, já que tem a seu dispor o pedido de urgência para a apreciação de projetos de sua iniciativa (art. 64, §§ 1º e 2º, CF).

Por último, o Min. acentuou que, no caso em tela, a vedação da concessão de liminares pelo prazo de trinta meses, contados a partir de 15 de março de 1990, tal como estabelecido pela MP n.º 186, ultrapassa o prazo máximo – de trinta dias – estabelecido na Constituição para as restrições a direitos fundamentais na vigência do estado de sítio e do estado de defesa. Dessa forma,

[...] as duas medidas constitucionais [estado de sítio e estado de defesa] que ensejam as maiores restrições aos direitos e garantias individuais [...] não podem exceder 30 dias de cada vez, mesmo quando admitida mais de uma prorrogação. Enquanto isso, de uma só vez, por 30 meses (!), as medidas provisórias 173, 181, 182 e 186, que se vêm sucedendo, e nenhuma delas convertida em lei, praticamente congelaram o exercício de todos os direitos e garantias individuais, exceção feita ao direito de locomoção, ao tirar do mandado de segurança a sua dimensão histórica. [...] [Assim,] a ação constitucionalmente assegurada como direito individual fundamental, destinada a custodiar todo e qualquer direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, lesado ou ameaçado, será recolhida ao cemitério das inutilidades, sob as bênçãos do STF. (ADIN n.º 295, p. 28-29).

Não obstante a força dos argumentos do relator, os demais Min. – salvo Celso de Mello e Carlos Velloso¹¹¹ – adotaram o entendimento oposto, declarando a constitucionalidade material e formal da Medida Provisória em questão. Assim, quanto à vedação de concessão de liminares, reproduziram-se os fundamentos adotados na ADIN n.º 223; e, quanto à possibilidade de reedição de medidas provisórias, foram apresentados argumentos – em sua maior parte, analisando a questão sob um ponto de vista semântico e moralmente neutro – pouco convincentes, tais como: (a) o art. 62 é silente a respeito do tema; (b) os requisitos de relevância e urgência podem subsistir ou se fazer presentes em períodos posteriores, justificando e tornando necessária a reedição; (c) se fosse a intenção do Constituinte limitar a reedição de MPs, teria feito expressamente, tal como o fez em relação aos projetos de lei; (d) impedir a reedição seria consagrar o poder de obstrução da minoria, pois bastaria esta obstruir a votação para que a medida não fosse convertida em lei; e, enfim, (e) o juízo do Congresso sobre a MP apenas ocorre quando o faz expressamente.

¹¹¹ O Min. Carlos Velloso considerou a MP n.º 186 inconstitucional no que concerne à proibição de concessão de liminares, posicionando-se, entretanto, favorável à reedição de MPs pelo Executivo.

Como se vê, o princípio adotado na decisão anterior foi deixado de lado. O modelo de democracia subscrito na ADIN n.º 293-5, pautado em um sistema de freios e contrapesos, em relação ao qual a produção normativa se centra no poder legislativo e é controlada, em termos substantivos, pelo judiciário, cedeu ao modelo subscrito na ADIN n.º 223. Mais uma vez, então, o tribunal assegurou a primazia do Presidente da República como defensor da Constituição, reconhecendo-o como legítimo portador dos interesses nacionais, legitimado, inclusive, a suspender a vigência dos direitos fundamentais, tal como pontuou o relator, ou, ainda, a interpretar autenticamente a ordem jurídica, tal como será demonstrado a seguir. A democracia, segundo esse modelo delegativo ou comunitário monolítico, gira em torno do Presidente da República, verdadeiro defensor da Constituição e da unidade nacional, sendo o parlamento e o judiciário meros apêndices de sua atuação.

3.3. Interpretação autêntica da ordem jurídica (ADIN n.º 605/1991)

A teoria pragmática e a concepção de democracia monolítica foram reafirmadas pelo STF no julgamento da ADIN n.º 605. A ação foi impetrada pelo PDT contra a medida provisória n.º 299, de 01-10-1991, que fornecia a “interpretação autêntica” do artigo 16, da Lei n.º 8.031/90, referente ao Plano Nacional de Desestatização. Este artigo, em sua redação original, estabelecia e limitava, em três incisos, as formas operacionais pelas quais poderiam ser realizados os pagamentos das alienações de estatais.

Diante de tal limitação, contrária aos interesses do governo, a MP n.º 299, no seu artigo primeiro, firmou o entendimento de que o citado artigo 16 assegurava “aos titulares de créditos e títulos o direito de utilizá-los na aquisição de bens privatizados, não limitando as formas operacionais, as formas de pagamento e os bens, inclusive creditórios, que poderão ser aceitos em permuta daqueles bens [as empresas estatais privatizadas]”.

O problema é que, como ressaltou o PDT na Inicial, a possibilidade de compensação de créditos com a União como forma de pagamento da alienação de empresas estatais, tal como estabelecido pela MP n.º 299, havia sido expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional, no processo de deliberação sobre a MP n.º 155, que deu origem à Lei do Programa Nacional de Desestatização.

Dito de outro modo: o governo editou uma MP (n.º 155), regulamentando as privatizações. O Congresso aprovou a MP, instituindo a Lei n.º 8.031/90, mas rejeitou a

possibilidade de pagamento das alienações via compensação de créditos com a União. Descontente com a situação, o governo editou, pouco mais de um ano depois, uma nova MP (n.º 299), restabelecendo a norma, não diretamente – inserindo um novo inciso no art. 16, da Lei n.º 8.031/90, por exemplo – mas se valendo do subterfúgio de “interpretar” o citado preceito (na certa, o estratagema foi utilizado com o intuito de se esquivar do precedente criado pelo STF, na ADIN n.º 293, julgada no ano anterior).

Convém mencionar, ainda, a título de informação sobre o caso, que, apesar da ausência de previsão legal e da rejeição expressa pelo Congresso, foram promulgadas uma série de normas regulamentares posteriores prevendo a possibilidade de compensação de créditos nas privatizações. Dentre elas, o Decreto n.º 99.463/90¹¹², que regulamentava a Lei n.º 8.031/90, e as Resoluções n.ºs 05, 06 e 07, da Comissão Diretora do Programa Nacional de Desestatização. Estas últimas serviram de base ao edital de privatização da USIMINAS, cujo leilão estava marcado para ocorrer no dia seguinte à sessão do STF ora em análise.

Em seu voto, o relator, Min. Celso de Mello, demonstrou a possibilidade jurídico-constitucional da edição de leis interpretativas, vale dizer, leis que estabeleçam o sentido pelo qual deve ser interpretado outro diploma legislativo. Citando a doutrina a respeito do tema, o Min. pontuou que se admite a interpretação autêntica de uma norma desde que ela seja emitida pela mesma fonte que a originou.

O problema evidente era que, no caso em tela, a interpretação autêntica foi formulada por uma medida provisória, emitida não pelo legislativo – fonte originária da lei em questão – mas pelo Presidente da República. O Min. afastou essa objeção com base em dois argumentos: (1) no direito brasileiro, as MPs possuem a mesma “autoridade hierárquica que se reconhece à lei em sentido formal” (ADIN n.º 605, p. 470); (2) as MPs situam-se na gênese do processo legislativo, uma vez que podem ser convertidas, após a apreciação do Congresso, em leis no sentido pleno do termo, representando, em última instância, “a expressão final, unitária e integradora do pronunciamento do Estado” (ADIN n.º 605, p. 471).

¹¹² Este Decreto, manifestamente inconstitucional, pois promulgado usurpando competência do legislativo, foi questionado perante o STF na ADIN n.º 589-8/600. Com base numa frágil distinção entre ilegalidade e inconstitucionalidade, a Corte não conheceu da ação. A ementa foi assim redigida: “I. Se o ato regulamentar vai além do conteúdo da lei, pratica ilegalidade. Nesse caso não há falar em inconstitucionalidade. Somente na hipótese de não existir lei que preceda o ato regulamentar, é que poderia este ser acoimado de inconstitucional [...]. II. Ato normativo de natureza regulamentar que ultrapassa o conteúdo da lei não está sujeito à jurisdição constitucional concentrada. Precedentes do STF: ADINs n.º 311-DF e 536-DF”. (ADIN n.º 589, p. 61).

Em seguida, e logo após refutar o argumento do autor de que a MP violava o princípio da irretroatividade das leis, o Min. reconheceu a relevância da tese de que o Presidente não poderia, via medida provisória, reintroduzir no ordenamento jurídico norma expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional. Como exposto acima, no julgamento da ADIN n.º 293-7, sendo relator o próprio Celso de Mello, o STF considerou inconstitucional essa possibilidade, consagrando o princípio de que o Executivo não pode usurpar as competências constitucionais deferidas ao Congresso, alçando-se à condição de legislador de fato através da edição indiscriminada de medidas provisórias. Contudo, mais uma vez, não era esse o princípio que iria prevalecer no caso...

Com efeito, em que pese o exposto reconhecimento de que a MP era inconstitucional e que violava diretamente decisão anterior do STF, o Min. Celso de Mello recorreu ao requisito do *periculum in mora* para indeferir a liminar. Segundo afirmou, a iminência do leilão da USIMINAS – marcado para o dia seguinte à sessão de julgamento – não era evidência daquele requisito, pois “mesmo deferido o provimento cautelar, ainda assim poderá o leilão ser realizado” (*sic*) (ADIN n.º 605, p. 478).

O Min. sustentou esse ponto de vista argumentando que os regulamentos inconstitucionais, mencionados acima, continuariam em vigor, seja para assegurar a realização do leilão, seja para permitir as formas de pagamento ilegais e instituídas ao arripio da Constituição pelos citados decretos e resoluções consagrados pela interpretação autêntica da MP n.º 299/91. E assim, de forma no mínimo estranha, concluiu o Min. pelo indeferimento da liminar:

De todo esse contexto decorre, a meu juízo, Sr. Presidente – na medida em que ainda persistem eficazes os atos estatais referidos que admitem outras formas de pagamento além daquelas previstas no art. 16 da Lei n.º 8.031/90, cuja interpretação autêntica a medida provisória ora impugnada pretendeu veicular – a absoluta inocuidade do provimento cautelar ora postulado, eis que, venha ele a ser deferido, ou não, não impossibilitará a realização do leilão das ações da USIMINAS S.A., já designado para o dia 24/10 do corrente. (ADIN n.º 605, p. 478).¹¹³

¹¹³ Representativo e bastante esclarecedor acerca do posicionamento tomado pelo STF no caso foi o voto do Min. Sydney Sanches. Aderindo aos argumentos do relator, ele afirmou que “[...] mesmo suspensa a norma legal em questão, outras normas poderiam atuar e permitir a realização do leilão. E, ainda que assim não fosse, teria que optar, entre dois males [...] o de permitir o leilão, ou de não admiti-lo. Penso que o mal maior seria o de suspendê-lo nessas circunstâncias, com todos os preparativos que ocorreram e tendo ocorrido tantos interessados nacionais e internacionais. Vejo como mal menor a não suspensão do leilão, pois nada impede que venha, depois, a ser anulado, se se concluir pela inconstitucionalidade” (ADIN n.º 605, p. 490).

Os demais ministros aderiram ao voto do relator, indeferindo, por unanimidade, a liminar requerida. Destaque para o voto do Min. Ilmar Galvão, que, ao lado do Min. Marco Aurélio, embora com fundamentos diversos, foi o único a não acatar a plausibilidade jurídica da tese do PDT.¹¹⁴ Segundo ele, ao excluir, no processo de conversão da MP n.º 155 na Lei n.º 8.031/90, a possibilidade de compensação de dívidas, o Congresso, “na verdade, não vedou a utilização dos mesmos títulos, já que nenhuma norma, nesse sentido, foi introduzida na Lei n.º 8.031/90” (ADIN n.º 605, p. 479). Assim, as formas operacionais previstas para o pagamento das alienações de empresas estatais não eram taxativas e excludentes de outras possibilidades. “Se tal ocorresse, estar-se-ia diante de norma profundamente restritiva ao interesse dos credores da dívida externa, valendo por declaração explícita de que o pagamento da dívida externa é assunto fora de cogitação para o Governo brasileiro, o que não é lícito admitir seja verdadeiro” (ADIN n.º 605, p. 479). Na alegórica conclusão do seu voto, o Min. deixou claro que, sendo meramente interpretativa, a MP em questão limitava-se a esclarecer o sentido da lei, de forma que não contrariava seu texto, não inovava e, enfim, não reintroduzia matéria rejeitada pelo Congresso.¹¹⁵

Nesse caso, portanto, ao admitir a possibilidade de interpretação autêntica de lei por medida provisória, o tribunal subscreveu uma concepção de democracia que gira em torno da vontade do Presidente da República. Segundo esse modelo, o Executivo encarna os interesses da nação e, por isso, mesmo diante de inconstitucionalidades manifestas, nenhum dos poderes a ele pode se opor. Mais do que isso, o STF renegou o seu poder de guarda da Constituição, atribuindo a responsabilidade sobre o caso para as “autoridades competentes”, tal como afirmou um dos Ministros, sustentando que nada poderia ser feito pelo tribunal para impedir a privatização da USIMINAS.¹¹⁶

Outro aspecto importante refere-se à não observância do importante e histórico precedente estabelecido no julgamento da ADIN n.º 293-7/600-DF. O pior é que a Corte negou vigência aos princípios estabelecidos naquela decisão, sem qualquer fundamentação séria e consistente. Contraditoriamente, quase todos os Ministros reconheceram o peso e a validade

¹¹⁴ Como visto, o relator, Min. Celso de Mello, acatou – ao menos em parte – a argumentação jurídica do autor da ADIN, mas indeferiu o pleito com base na ausência de *periculum in mora*.

¹¹⁵ Vale ressaltar que a maior parte dos ministros negou expressamente essas conclusões do Min. Ilmar Galvão, reconhecendo que, efetivamente, uma lei interpretativa inova, criando direito novo (Cf., nesse sentido, os votos de Octávio Gallotti, Néri da Silveira, Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso).

¹¹⁶ “Se há riscos na realização do negócio, estando *sub judice* aspectos fundamentais da disciplina dele, é risco que este Tribunal, neste momento, não tem força para obviar. As autoridades competentes é que hão de assumi-lo, com todas as responsabilidades daí decorrentes” (voto do Min. Sepúlveda Pertence, ADIN n.º 605, p. 488).

daquela decisão para o caso presente, mas negaram a sua aplicação com base em argumentos pragmáticos que, no fundo, visavam garantir a governabilidade e o sucesso do programa de privatização proposto pelo então presidente Fernando Collor.

A questão das medidas provisórias, sem dúvida, passa por uma discussão em torno de qual o modelo de democracia assegurado pela Constituição de 1988. A ausência desse debate no curso das decisões do STF é uma das principais causas das posturas assumidas. Estas, convém acentuar, caracterizam-se muito mais – como se poderá verificar ao final – pela *oscilação inconsistente entre posicionamentos opostos*, do que pela linearidade de uma postura favorável aos interesses do governo e do Executivo ou uma desejável coerência de princípio fundada na melhor interpretação do sistema constitucional como um todo. Nesse contexto, a legitimidade do tribunal decaiu, de maneira que suas decisões se tornam pouco previsíveis e pouco controláveis, desrespeitando as exigências de integridade.

3.4. Proibição de concessão de liminares contra a Administração Pública (ADIN n.º 975/1993)

A oscilação inconsistente entre posicionamentos opostos se configura, ainda com mais nitidez, a partir da ADIN n.º 975/1993.

Nos quatro casos analisados até aqui, pôde-se observar, em termos cronológicos, o movimento oscilatório das decisões do tribunal. Primeiro, a decisão da ADIN n.º 223/1990, na qual se declarou a constitucionalidade do Plano Collor e da MP que vedava a concessão de liminares contra as medidas econômicas então adotadas. Segundo, dois meses depois, na ADIN n.º 293-7/1990, uma decisão forte, fundada em princípios e em um modelo de democracia substantiva, que vedava ao Presidente da República a possibilidade de contrariar o Congresso, impondo limites, pela primeira vez, à sua liberdade de legislar. Terceiro e quarto, as ADINs n.ºs 295/1990 e 605/1991, que deixavam de lado – com fundamentos pouco convincentes – a segunda decisão, reafirmando e consolidando, ao que parecia, os princípios subjacentes à decisão proferida na ADIN n.º 223/1990. Retomando esta decisão, portanto, o STF confirmou que, no nosso modelo de democracia, o Presidente da República poderia legislar sem muitos limites, reeditando medidas provisórias e estabelecendo interpretações autênticas da ordem jurídica. E assim, nesse vai-volta decisório, chegamos à ADIN n.º 975, um pouco perplexos, confusos talvez, mas apostando, quem sabe?, em uma nova guinada na jurisprudência do tribunal...

Vedar a concessão de liminares e cautelares contra medidas de interesse do Executivo, não foi uma prática comum somente na ditadura militar e no governo Collor. A esse artifício – não tão democrático, mas chancelado pelo STF no julgamento das ADINs n.^{os} 223/1990 e 295-3/1990 – também recorreram os governos dos anos seguintes. Em 23 de novembro de 1993, o então Presidente da República, Itamar Franco, editou a MP n.^o 375, que, dentre outras providências, vedava a concessão de liminares – em mandados de segurança, ações civis públicas e ações cautelares inominadas – contra atos da Administração Pública sem a oitiva prévia da autoridade responsável. Além disso, a MP fixava em trinta dias o prazo máximo de vigência dessas tutelas provisionais. Findo esse prazo, a medida liminar perderia automaticamente eficácia e somente o tribunal de segunda instância poderia revalidar seus efeitos.¹¹⁷

Logo no início do seu pronunciamento, o relator da ação, Min. Carlos Velloso – indicado ao STF dois meses depois do julgamento da ADIN n.^o 223 e voto vencido na ADIN n.^o 295 – expôs seu entendimento de que os particulares possuem um direito subjetivo à concessão de liminares nos casos em que os pressupostos legais estejam configurados, de maneira que a proibição estabelecida pela MP era claramente inconstitucional. Remetendo-se ao seu voto na ADIN n.^o 295, o Min. considerou que a MP impugnada tornava letra morta o mandado de segurança, violando expressamente o disposto no art. 5^o, XXXV, e, ainda, sujeitando os cidadãos e o poder judiciário aos interesses de conveniência do Executivo. Em seguida, o Min. acentuou que já existiam diversos mecanismos no direito brasileiro que possibilitavam a contestação e, inclusive, a suspensão dos efeitos de liminares abusivas (Leis n.^{os} 4.348/64, 2.770/56, 5.021/66, 8.437/92).

Para surpresa geral, os demais ministros presentes à sessão aderiram, à unanimidade, ao voto do relator para suspender a eficácia da MP n.^o 375/93. Houve dissidência apenas em relação a outros artigos impugnados, referentes à cautela do juiz no julgamento das tutelas

¹¹⁷ Durante o governo FHC, o STF julgou casos semelhantes. Nesse sentido, a ADIN n.^o 1576, julgada em 16/04/1997, e a ADC n.^o 04, julgada em 11/02/1998. Em ambos os casos, a Corte declarou a constitucionalidade de limitações – no primeiro caso imposta pela MP n.^o 1.570/97 e, no segundo caso, pela Lei n.^o 9.494/97, fruto da conversão daquela MP pelo Congresso – à concessão de tutela antecipada envolvendo vencimentos e vantagens pecuniárias de servidores públicos. Apesar das ressalvas de alguns ministros (cf., por exemplo, Carlos Velloso, ADIN n.^o 1576, p. 142) quanto à natureza de crédito alimentício desses valores, o tribunal considerou que os diplomas legislativos impugnados visavam adequar o instituto da tutela antecipada à execução própria da Fazenda Pública, na forma do art. 100, da CF, que regulamenta os precatórios. Vale ressaltar, ainda, que na ADIN n.^o 1576, o tribunal, por maioria, considerou inconstitucional a exigência de caução prévia para o deferimento de liminares que pudessem ocasionar danos à Fazenda Pública.

provisionais. O art. 3º, por exemplo, determinava ao juiz que considerasse, além dos pressupostos de direito aplicáveis ao caso, os riscos à economia, segurança e saúde públicas, bem como a possibilidade de retorno ao *status quo ante* em eventual cassação da liminar. A maioria dos Min. – vencidos o relator, Marco Aurélio¹¹⁸ e Celso de Mello – entendeu que esse preceito e outros similares contidos na MP não eram inconstitucionais, pois apenas, conforme salientou o Min. Paulo Brossard (ADIN n.º 975, p. 262-263), limitavam-se “a dizer o desnecessário, que o Juiz deve ser judicioso...”.

Nesta ADIN, então, o STF assumiu posicionamento contrário àquele adotado, inicialmente, na ADIN n.º 223 e ratificado, tempos depois, em outros julgados, como o da ADIN n.º 295. Ou seja, o Supremo tendeu, nesta ADIN, para o modelo substantivo de democracia, assentado no princípio de igual consideração e respeito por todos os cidadãos, do qual decorre a importância de se assegurar direitos fundamentais – tal como o do amplo acesso ao judiciário. Nesse aspecto, a Corte retomou os fundamentos da decisão que considerara inconstitucional a reedição de MP rejeitada pelo Congresso (ADIN n.º 293).

O primeiro ponto a ser observado é que a mudança se deu, em parte, porque ministros recém indicados à Corte – Francisco Rezek e Ilmar Galvão – aderiram à minoria e, em parte, porque alguns dos ministros que haviam votado pela constitucionalidade das MPs questionadas naqueles julgados anteriores – mais precisamente, Octávio Gallotti, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio – posicionaram-se de modo diametralmente oposto.¹¹⁹

Em que pese a importância e o mérito desse “novo” posicionamento do tribunal, ele traz consigo muito mais questionamentos e dúvidas do que razões para festejos. O problema reside no fato de que, mais uma vez, não se assentou claramente o princípio justificador da decisão. Não há como saber, nesse aspecto, se a Corte derrubou ou, em termos mais precisos, até que ponto rechaçou ou até que ponto reafirmou os princípios estabelecidos nas decisões precedentes. Por outras palavras, não há, entre as diversas decisões até aqui analisadas, uma linha

¹¹⁸ O Min. Marco Aurélio (ADIN n.º 975, p. 268-269) foi o único a levantar a questão da ausência, no caso, dos pressupostos constitucionais de “relevância e urgência”, necessários para a edição de medidas provisórias. Esse argumento não chegou a ser discutido pelos demais juízes.

¹¹⁹ A minoria era composta pelos Min. Celso de Mello, Paulo Brossard e Carlos Velloso. Este último participou apenas do julgamento da ADIN n.º 295. Também só participou deste julgamento, embora votando com a maioria, o Min. Marco Aurélio. Entre os ausentes do julgamento da ADIN n.º 975, haviam votado com a maioria nas ADINs precedentes o Min. Moreira Alves e os Min. Aldir Passarinho e Célio Borja. Os dois últimos já não eram ministros do tribunal em 1993. É importante ressaltar que nenhum dos ministros que assumiu posicionamento diverso do anteriormente estabelecido justificou a mudança ou mencionou o voto antigo.

consistente de argumentação que nos permita dizer se representam posicionamentos radicalmente opostos, de modo que a ADIN n.º 975 consolidaria um novo e firme posicionamento da Corte, ou se, enfim, representam, todas elas, posicionamentos de fundo mais pragmático, flexíveis, que podem, inclusive, gerar decisões conciliatórias – por exemplo, retomando os princípios fixados nas ADINs anteriores – em outros momentos.

A ADIN n.º 975 criou – na verdade, consolidou – uma situação estranha e ambígua. O STF decidiu (em que sentido?) de modo contrário a julgados anteriores, mas, ao mesmo tempo, não forneceu a justificativa para tanto e não deixou claro por que estava deixando de lado (até que ponto?) aqueles questionáveis precedentes.

Nesse contexto, novamente, as perguntas que ficam sem respostas, embora não sem conseqüências, são as seguintes: qual concepção de democracia a Corte subscreve(u)? Aquela pressuposta pelas ADINs n.ºs 223, 295 e 605 ou aquela pressuposta – com algum esforço, é verdade – pela decisão proferida na ADIN n.º 975 e já sustentada no julgamento da ADIN n.º 293? Sendo mais preciso, na ADIN ora em análise ficou assentado o princípio de que o sistema de garantias e de limitações ao poder estatal veda qualquer possibilidade de o Executivo se arvorar à condição de legislador absoluto, acima dos demais poderes e dos preceitos que proclamam os direitos individuais? Ou, ao contrário, foi uma decisão casuística – que não se comprometeu com nenhum princípio desse naipe, nem com algum modelo substantivo de democracia – capaz, então, de, a depender das circunstâncias, reavivar e conviver com decisões similares às precedentes?¹²⁰

A virtude política da integridade demanda não apenas que um tribunal respeite os seus precedentes. Mais do que isso, exige uma consistência de princípio nas suas decisões, de modo que se expressem claramente quais as concepções e as justificativas que determinaram, no caso concreto, a continuidade ou a descontinuidade em relação ao passado. O cerne do direito como integridade não é a observância cega e mecânica da tradição, mas, sim, uma atitude crítica – aberta e reflexiva – perante o estabelecido. Uma atitude que exige, insista-se, uma coerência de

¹²⁰ O único Min. que deixou claro seu posicionamento a respeito do tema foi Celso de Mello. Em seu voto (ADIN n.º 975, p. 281), ele sustentou o seguinte princípio: “o sistema de garantias e de limitações ao poder estatal, que a nossa Constituição proclama, pretende evitar que o exercício indiscriminado dessa excepcional competência normativa do Presidente da República, de editar medidas provisórias, se converta numa prática legiferante ordinária do Poder Executivo, anomalmente substitutiva dos procedimentos comuns de formação das leis instauráveis perante a instância do Congresso Nacional”.

princípio entre as decisões. Somente assim, um tribunal pode ser controlado e submetido ao juízo público.

Na ADIN em análise, o Supremo decidiu de modo adverso ao que determinavam os precedentes mais imediatos. A decisão, sem dúvida, foi correta e louvável, encontrando amparo na melhor interpretação do nosso sistema constitucional e resgatando uma importante decisão que parecia ter sido deixada de lado (ADIN n.º 293). Contudo, a ambigüidade do julgado e das posições assumidas – como dito, nenhum dos ministros justificou a mudança ou mencionou seu voto anterior – parecem reafirmar a tendência à oscilação e à inconsistência dos posicionamentos adotados pelo tribunal.

Portanto, longe de consolidar uma concepção clara e coerente de democracia, de direitos ou de separação dos poderes, o STF se aproxima de uma atuação de fundo pragmático, casuística, que faz tábula rasa dos próprios posicionamentos consagrados no passado e, em última instância, elege como princípio norteador da sua prática a perigosa idéia de *incoerência estratégica*. A ser analisada a seguir, a ADIN n.º 1.330-1, julgada em 1995, fala por si mesma...

3.5. Derrubada de veto presidencial pelo Congresso e reintrodução da matéria no ordenamento jurídico via medida provisória (ADIN n.º 1.330-1/1995)

A ADIN foi proposta pela Confederação Nacional da Agricultura e questionava a constitucionalidade da MP n.º 1.046, de 29 de junho de 1995, que *suspendia, por um ano, a vigência* do artigo 16, da Lei n.º 8.880/94. Este artigo – em relação ao qual o veto do Presidente da República havia sido derrubado pelo Congresso – assegurava às operações de crédito rural atualização monetária “equivalente à dos preços mínimos em vigor para os produtores agrícolas”. Na prática, o Executivo – em caso similar à ADIN n.º 293 – reintroduzia no ordenamento jurídico matéria já decidida pelo Congresso Nacional, desta feita, não só no bojo de um processo de conversão de uma medida provisória em lei – a Lei n.º 8.880/94 resultou da conversão de uma MP –, como também por meio da expressa rejeição parlamentar ao veto do Presidente.

Deixando de lado a questão mais substantiva, que envolvia a discussão em torno da política agrícola e dos preceitos estabelecidos no art. 187, da CF, a questão central envolvida na ADIN, tal como bem sintetizou o relator, Min. Francisco Rezek, era a seguinte: “pode ou não o Presidente da República, uma vez derrubado pelo Congresso o veto por ele outrora oposto a uma norma, reeditá-la mediante medida provisória?” (ADIN n.º 1.330, p. 312). O relator respondeu

afirmativamente à pergunta, ressaltando que a situação em tela era peculiar, pois o Presidente não reeditou norma idêntica à anterior. Ao contrário, a MP n.º 1.046/95 apenas “congelava” a aplicação da norma (art. 16, da Lei n.º 8.880/94) por um período determinado, após o qual ela voltaria a vigor plenamente.

Apesar de amparados numa irrisória diferença entre “congelar” (suspender provisoriamente) e “reeditar” um preceito normativo – em relação ao qual, nunca é demais lembrar, o veto do Presidente fora rejeitado pelo Congresso – esses argumentos foram acatados pelos demais ministros. A única dissidência ficou por conta do Min. Marco Aurélio que, isolado, votou pela concessão da liminar requerida. Em seu voto, lembrou que a Constituição de 1988 estabelece um sistema equilibrado de divisão de poderes, no qual a atuação legislativa do Executivo é excepcional, cingida aos casos de relevância e urgência da matéria. No caso em análise, segundo o Ministro, o Executivo afastou a atuação do parlamento, na medida em que, após a derrubada do veto, suspendeu a vigência do mesmo dispositivo anteriormente vetado. Valendo-se desse subterfúgio, o Presidente restabeleceu, em parte, o veto, contrariando a vontade dos representantes eleitos de maneira não tolerada pela Constituição. Ressaltando, ainda, a proibição constitucional de reapresentação de projeto de lei rejeitado na mesma sessão legislativa (art. 67, CF), o Ministro deixou claro, por último, seu receio de que

[...] o episódio frutifique, sirva de estímulo a outras medidas com idêntico sentido, e afaste-se por completo a eficácia do instituto da derrubada do veto presidencial e que, à mercê de uma política econômica, momentânea, implementada pelo governo, caminhe-se, praticamente, como vem ocorrendo nos últimos anos, para a atuação legislativa via atuação de uma única pessoa – o Chefe do Poder Executivo. (ADIN n.º 1.330, p. 316).

Os demais votos, como dito, reproduziram os mesmos argumentos expostos pelo relator. Destaque para os argumentos do Min. Néri da Silveira, que reconheceu a plausibilidade da tese jurídica levantada pelo autor da ação – fazendo referência, inclusive, ao seu voto na ADIN n.º 293 – mas indeferiu a liminar, alegando, de forma curiosa, a inexistência de *periculum in mora*.

Segundo afirmou, a MP – que já havia sido reeditada uma vez – ainda seria objeto de deliberação pelo Congresso Nacional, fato que determinava fosse reservado àquela instituição o juízo definitivo sobre a conveniência ou não da MP. Assim, concluiu não estar “caracterizado o

segundo fundamento, que é o do *periculum in mora*, precisamente porque o Congresso Nacional poderá deliberar imediatamente sobre essa matéria” (ADIN n.º 1.330, p. 320-321).

Na prática, o Ministro recorreu a um juízo de conveniência, uma reserva argumentativa pragmática, incoerente não apenas com a jurisprudência do STF, mas também com votos anteriores do próprio ministro. Sem dúvida, o argumento proposto, em última instância, levaria à conclusão de que não cabe controle de constitucionalidade de medida provisória, uma vez que sempre estará em curso – enquanto a MP não for convertida em lei – o prazo para deliberação pelo Congresso Nacional...

Nesta ADIN, portanto, o STF corroborou o entendimento – apesar de não refutar expressamente as decisões unânimes das ADINs n.ºs 293 e 975 – de que o sistema de separação de poderes e o modelo democrático instituído pela Constituição de 1988 giravam em torno da vontade do Presidente da República. Mais uma vez, o Supremo se omitiu, não apenas abdicando de sua responsabilidade como defensor da Constituição, mas também atribuindo a “culpa” pelo excesso de medidas provisórias ao Presidente e, particularmente, ao Congresso, que, segundo o Min. Moreira Alves, deveria fiscalizar melhor os requisitos de relevância e urgência.

3.6. Não preenchimento dos requisitos de relevância e urgência (ADIN n.ºs 1.753-2/1998 e 1.910-1/1999)

Proposta pelo Conselho Federal da OAB, a ADIN n.º 1.753-2, versava sobre a constitucionalidade da MP n.º 1.577-6/97, que instituiu uma série de prerrogativas processuais para o Estado, dentre elas, a ampliação de dois para cinco anos do prazo para proposição de ação rescisória. A MP alterava, ainda, o CPC, inserindo uma nova modalidade de ação rescisória para os casos em que as indenizações fixadas em ação de desapropriação e em ação decorrente de limitações administrativas à propriedade, em especial aquelas fruto de proteção ambiental, fossem flagrantemente superiores ao preço de mercado dos bens em questão.

O Min. Sepúlveda Pertence, relator do caso, iniciou seu voto enfrentando, pela primeira vez, o preenchimento dos requisitos constitucionais de relevância e urgência para a edição de medidas provisórias. Ressaltou, nesse sentido, que não obstante a jurisprudência da Corte entender que se tratava de ato discricionário do Executivo, em nenhum momento se estabeleceu a completa imunidade, de modo que, excepcionalmente, o Supremo poderia adentrar

na análise do mérito.¹²¹ No caso em análise, o Min. acentuou que se tratava de um texto casuístico, onde era manifesta a não caracterização dos pressupostos constitucionais, uma vez que as alterações processuais não poderiam atingir as sentenças já transitadas em julgado. A medida também afrontava o devido processo legal, pois criava prerrogativas unilaterais ao Estado, limitando de modo excessivo a satisfação dos direitos individuais já reconhecidos em juízo definitivamente. À unanimidade, os ministros aderiram ao voto do relator para conceder a liminar pleiteada, suspendendo a eficácia da MP n.º 1.577-6/97, sob o fundamento de que não haviam sido atendidos os requisitos de relevância e urgência.

Não obstante essa decisão – de 16 de abril de 1998 – o Presidente da República editou, um mês depois, nova medida provisória, a MP n.º 1.658-12, de 06 de maio de 1998, reintroduzindo os privilégios processuais do Estado no ordenamento jurídico, com algumas (pequenas) alterações. Assim, o prazo para proposição de ação rescisória foi reduzido de cinco para quatro anos, beneficiando também o Ministério Público. Além disso, a ação poderia ser impetrada não apenas quando a indenização fosse superior, tal como estabelecia a primeira MP, mas também quando fosse manifestamente inferior ao preço de mercado. Novamente, a OAB acionou o STF (ADIN n.º 1.910-1), que, por sua vez, suspendeu a medida, embora, desta feita, dois Ministros – Nelson Jobim e Moreira Alves, este último ausente no julgamento da ADIN n.º 1.753 – tenham discordado em parte da maioria, reconhecendo a constitucionalidade da medida, no que concerne à alteração do CPC.

Essas duas ADINs são importantes, pois indicam uma possível mudança de comportamento do STF em relação ao controle de medidas provisórias e, conseqüentemente, a uma eventual afirmação de um modelo de democracia mais substantivo, no qual o sistema de freios e contrapesos emerge com maior força, estabelecendo limites à atuação do Executivo. Por enquanto, contudo, a única coisa que se pode afirmar, com alguma certeza, é a nítida oscilação do tribunal entre decisões que chancelam um papel mais ativo do Executivo na imposição de sua vontade via medidas provisórias e decisões que, incisivamente, rechaçam esta função, declarando sua inconstitucionalidade.

O problema reside, justamente, na carência de uma definição mais consistente e aberta do modelo de democracia que a Corte subscreve. Sem uma demarcação clara dos

¹²¹ Cf., por exemplo, a ADIN n.º 162-1/1989, na qual, apesar de declarar a constitucionalidade da MP n.º 111/89, que instituíra uma modalidade de prisão temporária, o Supremo já reconhecia a possibilidade, excepcional, de controle dos pressupostos de relevância e urgência.

fundamentos de suas decisões e sem adotar uma linha coerente de argumentação e de observância de princípios estabelecidos em decisões anteriores, o Supremo, muitas vezes, cede a argumentos pragmáticos e julga de acordo com as circunstâncias. Então, mais preocupado em tecer decisões conciliatórias e convenientes para os interesses do momento, atua sem qualquer norte, desrespeitando princípios e violando as exigências de integridade na aplicação do direito.

4. Pragmatismo e *periculum in mora*

4.1. A teoria do risco bilateral e o exemplo paradigmático da incoerência entre as ADINs n.ºs 562/1991 e 605/1991

Em diversas ocasiões, como já assinalado, as decisões do STF se ampararam no requisito do *periculum in mora*, conferindo-lhe primazia mesmo diante da presença do outro pressuposto necessário para a concessão de liminar em ADIN: o *fumus boni juris*, isto é, a relevância e a plausibilidade dos argumentos jurídicos levantados pelo autor da ação. Pode-se dizer que, nesses casos, o *periculum in mora* funciona como uma *reserva argumentativa pragmática*, utilizada para sustentar razões estratégicas, de acordo com as circunstâncias e as – muitas vezes ocultas – conveniências do julgador.

Nesse contexto, afastando as razões de princípio que se aplicariam ao caso, prevalecem o que, no primeiro capítulo, denominou-se de *argumentos de política indeterminados*, ou seja, aqueles fundados unicamente em juízos sobre as eventuais conseqüências fáticas imediatas da decisão, sem uma preocupação mais específica com alguma teoria política de fundo.¹²² Trata-se, assim, de um requisito muito fluido, que depende de ponderações, em regra, especulativas acerca dos possíveis prejuízos decorrentes da antecipação ou do retardamento da decisão.

De fato, não há, nas decisões do STF, uma definição clara sobre o significado desse requisito ou sequer uma delimitação consistente dos parâmetros utilizados na sua aplicação. Talvez por isso, no julgamento das medidas liminares em ADIN, os julgadores questionem-se não apenas se o caso é urgente, se há possibilidade de prejuízo ou risco de ineficácia da decisão

¹²² De modo diverso, os *argumentos de política determinados* são aqueles que se amparam em alguma teoria política de fundo, sem, necessariamente, levar em consideração as conseqüências fáticas imediatas da decisão. É o caso, por exemplo, de uma decisão que sustenta que, numa situação de escassez de energia, valendo-se aqui do princípio da diferença de Rawls, é constitucional sobretaxar os mais ricos em benefício da continuidade da prestação do serviço para os menos favorecidos. Já um argumento de política indeterminado se limitaria a dizer, por exemplo, que a sobretaxa é inconstitucional, pois pode gerar danos incalculáveis à economia do país.

final, mas também quais os efeitos e as conseqüências, em termos mais genéricos, da concessão ou denegação da liminar.¹²³

Torna-se muito comum, então, dada a fluidez e o caráter de especulação que lhe é inerente, que o juízo sobre o risco da demora de uma decisão seja utilizado para considerações de todo o tipo, incluindo, por exemplo, especulações sobre qual o “mal menor” ou a possível “devastação econômica” decorrente de uma decisão, bem como argumentos do tipo “a medida ainda será analisada pelo Congresso” ou, ainda, “a medida já foi convertida em lei e possui o respaldo do parlamento”.¹²⁴

Diante de tais características, não chega a surpreender que, sem muito esforço, o *periculum in mora* possa amparar qualquer que seja a decisão a ser tomada pelo tribunal, isto é, tanto a concessão quanto a denegação da liminar. O STF reconhece essa hipótese e a denomina de *risco bilateral* ou *periculum in mora recíproco*. Se isso ocorre – ou seja, se o risco da demora se apresenta factível qualquer que seja a decisão – o julgamento deve se dar com base, precipuamente, no que determina o *fumus boni juris*. A seguir, um exemplo paradigmático envolvendo essas questões.

No julgamento da ADIN n.º 562, impetrada pelo PSB contra a já mencionada Lei n.º 8.031/90 (Programa Nacional de Desestatização), o relator, Min. Ilmar Galvão, ao indeferir a liminar – vencidos apenas os Min. Sepúlveda Pertence e Celso de Mello – reconheceu a existência de risco bilateral, pontuando que, nesses casos, o *periculum in mora* não se mostra decisivo para o julgamento da cautelar. Nas suas próprias palavras,

Sem grande esforço de imaginação, verifica-se que se trata de caso configurador da hipótese acima aviltada, já que, se de um lado, foi apontado risco de dano na aplicação da lei que possibilita a alienação, tida por indevida, de controle de empresas estatais, de

¹²³ No seu voto na ADIN n.º 605 (p. 477), o Min. Celso de Mello tentou esclarecer a questão dos requisitos para a concessão de liminares: “Todos sabemos que a suspensão liminar da execução de leis e atos normativos traduz medida cautelar, de caráter excepcional, cujo deferimento pressupõe, a par da plausibilidade jurídica do pedido, a necessária e cumulativa satisfação de outros requisitos, que se expressam: (a) na possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*), (b) na reparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados e (c) na necessidade de garantir eficácia da decisão a ser proferida na causa (RTJ 102/480 – 113/1006 – 120/66 – 125/65). [...] Por isso mesmo, não basta, para a concessão da medida cautelar [...] a relevância da tese jurídica deduzida pelo Autor”.

¹²⁴ Nesse sentido, cf., respectivamente, os votos do Min. Sydney Sanches nas ADIN n.ºs 223 e 605, o voto do Min. Néri da Silveira, na ADIN n.º 1.330/1995, e a decisão proferida na ADIN n.º 1312. Nesta ação, em que se discutia a constitucionalidade de uma MP que regulamentava matéria atinente ao sistema financeiro nacional – reservada à lei complementar pela antiga redação do art. 192 – o voto do Min. Sepúlveda Pertence, acatado pelos demais Ministros, sustentou que, como a MP havia sido convertida em lei, ela teria “[...] o respaldo da legitimidade do Congresso Nacional”, apesar das inconstitucionalidades que estavam sendo argüidas (ADIN n.º 1312, p. 217-218).

outro, não é difícil vislumbrar efeitos patrimoniais negativos na abrupta interrupção do processo de execução do programa de privatização de empresas, já em curso, com base na referida lei, o qual, [...] já foram despendidas algumas dezenas de milhões de dólares, com publicidade, auditorias e outros gastos. Para não falar nos efeitos que medida de tal gravidade acarretará, em termos de abalo de confiança do público interessado na aquisição das empresas postas à venda e, conseqüentemente, nos valores dos lances a serem ofertados. (ADIN n.º 562, p. 454).

Uma vez que o *periculum in mora*, em face da teoria do risco bilateral, não se mostrava decisivo no caso, a liminar foi indeferida com base na inexistência de plausibilidade jurídica da tese do autor. No ponto central discutido na ação, o tribunal entendeu – mais uma vez subscrevendo a concepção de democracia comunitária monolítica – que não era necessária autorização legislativa específica para a alienação de empresas estatais. Por conseguinte, a delegação genérica de poderes ao Executivo e a uma comissão a ele subordinada para escolher quais empresas estatais seriam incluídas no Programa Nacional de Desestatização, tal como previsto na Lei n.º 8.031/90, não afrontava a Constituição. Portanto, tratando-se de risco da demora recíproco, a Corte desconsiderou o pressuposto do *periculum in mora*, para decidir com base no argumento de que careciam de legitimidade as teses jurídicas sustentadas pelo autor da ADIN.

O que importa acentuar aqui é a total incongruência entre este julgado e a ADIN n.º 605, julgada um mês depois e analisada acima no tópico 3.3. Ora, enquanto no primeiro (ADIN n.º 562) o tribunal refutou os argumentos jurídicos do autor (o *fumus boni juris*), pontuando que o *periculum in mora* não seria decisivo em face da existência de risco bilateral; no segundo caso (ADIN n.º 605), reconheceu a relevância jurídica da tese sustentada pelo PDT – que, como visto, encontrava amparo na própria jurisprudência da Corte – mas negou o pedido em face da inocorrência do *periculum in mora*.

O problema reside, justamente, no fato de que os mesmos argumentos utilizados para sustentar a teoria do risco bilateral na ADIN n.º 562, transcritos acima, poderiam – e, por uma questão de integridade, deveriam – ter sido utilizados para afastar qualquer menção, na ADIN n.º 605, ao requisito do perigo da demora. Por outros termos, nesta ação, *os riscos também eram bilaterais*¹²⁵, de modo que, conforme entendimento da própria Corte, não poderiam ser

¹²⁵ Ou seja, também na ADIN n.º 605 – recorrendo aqui novamente às palavras do Min. Ilmar Galvão, relator da ADIN n.º 562 – havia tanto o “risco de dano na aplicação da lei que possibilita a alienação, tida por indevida, de controle de empresas estatais” quanto o risco de “efeitos patrimoniais negativos na abrupta interrupção do processo de execução do programa de privatização de empresas”. Como visto, foi este último argumento que prevaleceu no julgamento daquela ADIN.

tomados como razão determinante para a decisão, seja para conceder, seja para denegar o pedido liminar, tal como acabou ocorrendo. Isso explica, talvez, os argumentos confusos do Min. Celso de Mello, quando sustentou o indeferimento da cautelar na ADIN n.º 605, referindo-se à “inocuidade de sua concessão”, uma vez que não poderia evitar a venda da USIMINAS.

Enfim, parece claro que, nesse caso, como em muitos outros, a Corte se valeu do *periculum in mora* como uma *reserva argumentativa pragmática*, para sustentar um posicionamento contrário ao que determinava o respeito à integridade na aplicação do direito. Pode-se concluir, assim, que os argumentos de ordem pragmática – particularmente, os argumentos de política indeterminados – encontram na flexibilidade e fluidez do requisito do *periculum in mora* um espaço ideal de difusão e desenvoltura, obtendo sob essa roupagem, muitas vezes, a primazia no debate judicial.

A legitimidade do STF depende de uma delimitação mais precisa dos contornos desse requisito ou, pelo menos, de uma observância mais detida da própria teoria do risco bilateral fixada nos precedentes da Corte. O que não se pode admitir – ainda mais em se considerando que boa parte dos julgados é definida em sede de liminar – é um uso circunstancial desse pressuposto decisório. Por tudo isso é que se demonstra necessário um olhar atento e crítico às decisões – em regra, fracas e pouco sustentáveis – fundadas no risco da demora ou nas conseqüências e nos possíveis efeitos que dela podem surgir. Nos tópicos seguintes, mais dois importantes exemplos para a análise das relações entre pragmatismo e *periculum in mora*.

4.2. Distribuição do tempo de propaganda partidária nas eleições municipais de 1996 (ADIN n.º 1.408-1/1996)

A ação, impetrada pelo PC do B, questionava a constitucionalidade da Lei n.º 9.100, de 29 de setembro de 1995, que regulamentava a distribuição, entre os partidos políticos, do tempo de propaganda eleitoral para as eleições municipais a serem realizadas no ano seguinte. Invocando precedentes do STF, o autor argumentava que, ao dividir o tempo de propaganda proporcionalmente à participação de cada partido na Câmara Federal, a lei favorecia as bancadas majoritárias, de modo que estas, tomando como base fatos já conhecidos, isto é, sabendo de

antemão quais partidos seriam privilegiados com a promulgação da norma, haviam legislado em causa própria, desrespeitando o princípio da generalidade e abstração das leis.¹²⁶

Relator do caso, o Min. Ilmar Galvão acatou os argumentos do requerente, reconhecendo como aplicáveis ao caso os precedentes mencionados:

Aqui, repete-se a situação, dando margem à mesma solução. Com efeito, como já registrado, submete-se a distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita, no rádio e na televisão, ao mesmo critério de proporcionalidade da participação do Partido Político na composição da Câmara Federal. Conhecida que já era do legislador essa participação, parece haver ele elaborado *lex ad hoc* ou *ad persona*, destituída, por isso, do indispensável caráter de generalidade, e afrontosa, ao princípio do devido processo legal. (ADIN n.º 1.408, p. 51).

Além disso, mais uma vez fazendo referência aos precedentes da Corte, o relator questionou a constitucionalidade do critério utilizado para a distribuição do tempo de propaganda eleitoral entre os partidos. Segundo afirmou, a correlação de forças no plano federal nem sempre corresponde ao que ocorre no vasto âmbito municipal, onde, muitas vezes, partidos de menor expressão nacional possuem melhores condições de obter êxito nas eleições. Por isso, a discriminação legal feria o princípio, consagrado na Constituição, da democracia pluralista, que tem como essência a “institucionalização do dissenso, por meio da livre criação de partidos políticos representativos dos mais diversos segmentos sociais, notadamente os que representam as minorias” (ADIN n.º 1.408, p. 52). Por último, o relator pontuou que o mais correto – em respeito ao pluralismo político e às peculiaridades regionais e locais – era tomar a proporção parlamentar perante a Câmara Municipal e não perante o Congresso Nacional. Com base nesses argumentos, e vislumbrando a iminência da realização do processo eleitoral, concedeu a liminar, declarando inconstitucional o diploma legislativo em questão.

¹²⁶ Nesse sentido, cf. as ADINs n.ºs 958, 966 e 1355. Nesta última, a Ementa foi assim redigida: “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Arts. 11, *caput* e parágrafos 1º e 2º, e art. 72, da Lei n.º 9.100, de 29 de setembro de 1995. Normas que condicionaram o número de candidatos às Câmaras Municipais ao número de representantes do respectivo partido na Câmara Federal. Alegada afronta ao princípio da isonomia. Plausibilidade da tese, relativamente aos parágrafos do art. 11, por instituírem critério caprichoso que não guarda coerência lógica com a disparidade de tratamento neles estabelecida. Afronta à igualdade caracterizadora do pluralismo político consagrado pela Carta de 1988. Normas de resto incompatíveis com o princípio do devido processo legal, no que se revelam *leges ad persona*, desprovidas da indispensável generalidade, ao laborarem com dados concretos alusivos à atual representação de cada Partido na Câmara Federal, com vista exclusiva à eleição de 1996. Concorrência, no caso, do requisito da conveniência da pronta suspensão de sua vigência, em face da iminência do desencadeamento do processo eleitoral. Cautelar parcialmente deferida”. (ADIN n.º 1355, p. 190).

O voto do relator, contudo, não seria suficiente para convencer os demais ministros que, sem exceção, votaram pelo indeferimento da liminar. O argumento vencedor pautou-se nas possíveis conseqüências que seriam geradas com a decisão. Nesse sentido, encabeçando a maioria, o Min. Maurício Corrêa afirmou que – não obstante os problemas do critério utilizado na lei, considerado inconstitucional pelo STF na ADIN n.º 1355 – o mesmo havia sido objeto de um amplo debate na Câmara e no Senado, com a participação das mais diversas correntes políticas.

Partindo dessa premissa, fundada em um modelo procedimental de democracia, o Min. recorreu ao que denominou de “argumento de ordem de eminente conveniência”. Para ele, conceder a liminar, tal como fez o relator, seria deixar ao total arbítrio do TSE a regulamentação da propaganda eleitoral, de maneira que “ficaria um *buraco negro* ou *zona cinzenta*, que certamente produziria o caos para essas eleições municipais que já estão prestes a se realizar no corrente ano” (ADIN n.º 1.408, p. 54, grifo conforme o original). Esse argumento foi acatado pelos demais Ministros, apesar de repudiarem a “prática viciosa das leis casuísticas para cada eleição”, tal como dito pelo Min. Sepúlveda Pertence (ADIN n.º 1.408, p. 55).

Como se observa, o Supremo reconheceu a plausibilidade do direito invocado, que encontrava amparo em precedentes do próprio tribunal, mas negou o pleito, vencido o relator, com base na inocorrência do *periculum in mora*. Enquanto a maioria vislumbrou o perigo da demora nas conseqüências da decisão – um suposto “caos eleitoral” –, o Min. Ilmar Galvão, no voto dissidente, viu o perigo da demora exatamente em sentido oposto, ou seja, na iminência da realização das eleições municipais com base numa norma que infringia a Constituição Federal. Trata-se de mais um exemplo de como a Corte utiliza o *periculum in mora* como reserva argumentativa pragmática nos casos em que, apesar da força do direito sustentado pelo autor da ação, as conveniências e as circunstâncias apontam em sentido contrário. O problema, insista-se, está na forma como se desenrolam os debates e no modo como as decisões são fundamentadas, uma vez que, em regra, recorrem a argumentos especulativos sobre as conseqüências das decisões, ultrapassando e contrariando aquele que é o âmbito no qual devem se circunscrever os tribunais: as decisões fundadas em princípios.

4.3. O bloqueio dos cruzados novos (ADIN n.º 534-1/1991)

Como visto, na ADIN n.º 223, o STF considerou constitucional a proibição de concessão de liminares contra as medidas do plano Collor. Já na ADIN n.º 534, julgada no ano

seguinte (1991), a Corte declarou constitucional aquela que era a medida mais importante do plano: o bloqueio de depósitos bancários. O bloqueio foi instituído, inicialmente, pela MP n.º 168/90, convertida, tempos depois, na Lei n.º 8.024, de 12 de abril de 1990, contra a qual se insurgiram os autores da ADIN ora em comento.

Conforme estatua a lei impugnada, os saques eram permitidos até o limite de NCZ\$ 50.000,00. O excedente a esse teto foi compulsoriamente depositado, pelas instituições financeiras, no Banco Central, sendo devolvido aos seus respectivos titulares em doze parcelas mensais. O objetivo declarado do milagroso plano era conter a inflação e a crise econômica que afligia o país, assegurando a estabilidade necessária para a retomada do desenvolvimento da economia e dos investimentos produtivos.

Adotando a mesma linha do seu pronunciamento na ADIN n.º 223, o relator da ação, Min. Celso de Mello, votou pela inconstitucionalidade da medida. Segundo afirmou, a natureza jurídica do ato em questão aproximava-se do empréstimo compulsório. O problema residia no fato de que este somente pode ser instituído mediante lei complementar, atendidas as estritas finalidades previstas nos incisos I e II, do art. 148, da CF, quais sejam, (I) despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública ou guerra; e (II) investimento público, de caráter urgente e de relevante interesse nacional – hipótese em que a instituição do empréstimo deve observar o princípio da anterioridade (art. 150, III, *b*, CF).

O bloqueio dos cruzados, evidentemente, não atendia a nenhum desses requisitos, pois fora instituído por medida provisória e, além disso, seu objetivo contrastava com aqueles previstos pela Constituição. Nesse aspecto, o Ministro ressaltou que a Carta Magna de 1988 não recepcionou o disposto no art. 15, III, do Código Tributário Nacional, é dizer, a autorização para a instituição de empréstimo compulsório com o fim de “absorção temporária do poder aquisitivo”. Assim, esta que era, sob a vigência da Constituição de 1967, a única hipótese de utilização do empréstimo compulsório para fins de política fiscal, particularmente, de combate à inflação, não encontrava nenhum amparo na nova ordem constitucional. (ADIN n.º 534, p. 227-239).

Não bastasse esse confronto direto com a Constituição, as medidas instituídas pela Lei n.º 8.024/90 também atingiam, com efeito de confisco, o direito de propriedade. Vale dizer, o bloqueio dos cruzados privava os titulares de contas bancárias do direito à livre movimentação

dos seus recursos financeiros, os quais haviam sido depositados, de maneira lícita, nos diversos bancos do país. (ADIN n.º 534, p. 240-247).

Em seguida, o Min. Celso de Mello considerou que o *periculum in mora* consubstanciava-se nos graves danos que as medidas em questão proporcionavam à sociedade, ao comprometer o patrimônio e a liquidez financeira de milhões de correntistas. Aliado a isso, o Ministro deixou claro que a concessão da liminar não geraria conseqüências nocivas para o plano econômico, pois, conforme dados do Banco Central, referentes a março de 1991, aproximadamente metade dos recursos bloqueados já haviam sido devolvidos aos seus titulares. O Min. considerou que, na data do julgamento – junho/1991 – esse montante era ainda maior, de modo que os efeitos da liberação dos depósitos sobre a economia seriam irrisórios.

Finalmente, o Ministro rechaçou o argumento de que o decurso de longo período desde a instituição das medidas – que, portanto, encontravam-se em fase final de vigência – descaracterizaria a urgência necessária para conceder a liminar. Para o relator, a atualidade e a urgência de enfrentar a questão manter-se-iam presentes até o momento em que cessasse, *in totum*, o bloqueio sobre os recursos financeiros. (ADIN n.º 534, p. 248-253).

O posicionamento majoritário da Corte começou a se delinear no voto seguinte, proferido pelo Min. Ilmar Galvão, que acatou os argumentos do relator no que tange ao *fumus boni juris*, isto é, os fundamentos jurídicos do pedido, mas divergiu no ponto concernente ao *periculum in mora*. Segundo afirmou, era necessário levar em conta não só os prejuízos causados aos correntistas, mas também os possíveis danos ao “interesse público”, particularmente, os riscos de uma eventual exacerbação do ritmo inflacionário, bem como “a frustração do Plano Econômico posto em prática” (ADIN n.º 534, p. 257). Para o Ministro, as estatísticas fornecidas pelo Banco Central não ofereceriam elementos suficientes para afastar esse perigo.

Os demais Ministros apresentaram argumentos similares. Todos, sem exceção, consideraram relevantes os fundamentos jurídicos do pedido, mas o indeferiram com base na não configuração do *periculum in mora*. Nesse sentido, o Min. Marco Aurélio pontuou que a cautelar seria de natureza “satisfativa” – admissível apenas “em hipóteses excepcionais” – uma vez que, se concedida, inviável o retorno ao *status quo ante*. A concessão de uma decisão precária, como uma cautelar, naquele contexto, poderia gerar, ademais, uma “corrida aos estabelecimentos bancários”, afrontando “o bem-estar da sociedade como um todo”. (ADIN n.º 534, p. 260-261).

Por sua vez, o Min. Carlos Velloso asseverou que a concessão da liminar traria danos irreparáveis ao Estado, liquidando com o plano econômico em vigor. Com efeito,

[...] deferida a liminar, haveria o desbloqueio de todos os cruzados, vindo abaixo, com isto, o plano econômico, que representa opção política do Executivo e do Legislativo. É claro que, se uma tal opção é violadora da Constituição, ela não pode prevalecer. Isto, entretanto, somente pode ser decidido (*sic*) no julgamento do mérito, com observância do devido processo legal. Aqui, lembre-se, estamos em sede de cautelar, apreciamos, tão-somente, o pedido de liminar, não estamos a julgar a causa. (ADIN n.º 534, p. 262).

O Ministro também ressaltou que se tratava de uma medida cautelar satisfativa, mas, contradizendo-se, acentuou que não hesitava em conceder liminares irreversíveis, e assim havia decidido inúmeras vezes, “quando o indeferimento da mesma liminar representa a denegação da ação”. O Ministro se referia àquelas hipóteses singulares – como no caso de um jornal de publicação diária apreendido ilegalmente – em que a negativa da liminar implica a denegação do mérito da ação e a perda de eficácia de qualquer decisão posterior. No mesmo exemplo, pouco sentido faria liberar, meses depois, a circulação de um jornal com notícias de data passada. Para o Ministro, não havia urgência no julgamento da ADIN n.º 534, cabendo ao tribunal decidir a questão na ocasião do julgamento do mérito.¹²⁷

Complementando a tese da maioria, os Ministros Sepúlveda Pertence e Octávio Gallotti ressaltaram que as medidas impugnadas estavam em vigor há, aproximadamente, quinze meses, de maneira que os eventuais abusos ou males causados foram tolerados por todo esse período, sem nenhuma ação questionando, diretamente, a constitucionalidade das medidas no STF. O tempo decorrido, assim, revelaria a inexistência de um pleito a ser atendido com urgência.¹²⁸ Nas significativas palavras do Min. Sydney Sanches, “se a lei for inconstitucional, o mal maior, que poderia ter causado, já causou” (ADIN n.º 534, p. 295).

¹²⁷ O julgamento definitivo, declarando a perda do objeto da ação, ocorreu em 26 de agosto de 1992, poucos dias após a devolução da última parcela dos recursos bloqueados. O Min. Celso de Mello atribuiu a demora para a realização do julgamento, especialmente, à Procuradoria Geral da República que, tendo recebido os autos em outubro de 1991, somente os encaminhou ao tribunal, acompanhados do respectivo parecer, em 14 de agosto de 1992, sexta-feira. Coincidentemente, a última parcela bloqueada foi devolvida aos correntistas em 17 de agosto de 1992, segunda-feira. (ADIN n.º 534, p. 301).

¹²⁸ Esse curioso argumento – que, tal como disse o Min. Brossard, beira ao “sarcasmo” – foi consignado, expressamente, na Ementa da decisão: “o tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, desautoriza – não obstante o relevo jurídico da tese deduzida – o reconhecimento da situação configuradora do *periculum in mora*, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar postulada” (ADIN n.º 534, p. 210).

Este mesmo Ministro afirmou que votava “pensando no futuro do Brasil”, de modo à “evitar inúmeros transtornos para a economia nacional”, tais como o retorno da hiperinflação, de “efeitos imprevisíveis ou previsivelmente deletérios” (ADIN n.º 295-296). Da mesma forma, o Min. Gallotti sustentou que a liminar pleiteada “causaria um dano irreparável à economia pública”; e o Min. Moreira Alves, que a concessão da medida era inoportuna em face dos “danos irreparáveis” que ocasionaria ao “plano econômico governamental”. (ADIN n.º 534, p. 284; 286).

Nitidamente, como se pôde perceber, o *periculum in mora* foi utilizado, nesta ação, como uma reserva argumentativa pragmática para afastar os fortes e inegáveis fundamentos jurídicos do pedido. Na ADIN n.º 534, portanto, todos os oito ministros que compuseram a maioria acataram a relevância do direito em questão, mas se recusaram a conceder a liminar, baseando-se em argumentos consequencialistas especulativos, inseridos no debate judicial sob a roupagem da inexistência de *periculum in mora*.

Para concluir esse tópico, cumpre analisar o voto do Min. Paulo Brossard, no qual foram expendidas considerações importantes em torno dos argumentos pragmáticos. Logo no início do seu pronunciamento, o Min. afirmou que o STF não poderia deixar-se dominar pelas possíveis consequências de suas decisões, nem muito menos por raciocínios fundados em juízos do tipo “todas as catástrofes choveriam se a Constituição fosse cumprida” (ADIN n.º 534, p. 277).

Partindo dessa perspectiva, o Min. Brossard refutou os argumentos pragmáticos proferidos no curso da sessão, expressando seu entendimento de que tais alegações tomam como dado o que não foi demonstrado. Constituem, nesse sentido, meras especulações, fundadas, não em dados e elementos concretos, mas, tão-somente, em ponderações “dogmáticas, que não têm nenhuma valia jurídica”. (ADIN n.º 534, p. 278).

Preciso na sua crítica, o Min. Brossard arrematou seu voto dissidente – ao lado dos Min. Celso de Mello e Néri da Silveira – afirmando que se dispusesse

[...] de um instrumento para medir e pesar as vantagens e inconvenientes do conceder e do negar a cautelar, [...] mediria e pesaria, separadamente, uns e outros. Como dele não disponho [...] concluí que entre o discurso econômico, de duvidosa correção, e o discurso jurídico claramente enunciado na Constituição, não havia o que hesitar. (ADIN n.º 534, p. 279-280).

Eis, então, um exemplo significativo de como o Supremo Tribunal Federal recorre ao requisito do *periculum in mora* para ceder a argumentos de ordem pragmática, adentrando numa esfera de irracionalidade, na qual imperam especulações e juízos catastróficos sobre as eventuais conseqüências da decisão. Alguns dos argumentos – tais como o do tardio ajuizamento da ADIN ou, ainda, o de que a Corte decidiria a questão no julgamento do mérito – beiram ao alegórico, demonstrando, de forma patente, como os julgadores apelam a todo tipo de considerações, por mais absurdas que pareçam, para sustentar posicionamentos que, reconhecidamente, confrontam com o que determinam os critérios jurídico-constitucionais aplicáveis ao caso. Mais uma vez, em nome da “estabilidade econômica” e do “futuro do Brasil”, os direitos e as exigências de integridade foram relegados a segundo plano...

5. O STF e os direitos

Diante do exposto até aqui, pôde-se verificar que há uma considerável proximidade entre as decisões do Supremo Tribunal Federal e as teses centrais do “pragmatismo cotidiano”. De um lado, a Corte não enfrenta a questão da democracia, isto é, não expressa de forma aberta e coerente os reais fundamentos de suas decisões, optando por um ou outro modelo de acordo com o que determinam as circunstâncias. De outro lado, o requisito do *periculum in mora* é utilizado como uma reserva argumentativa pragmática, meio eficaz para se inserir no debate judicial argumentos de política indeterminados, que se contrapõem à efetivação de direitos fundamentais contra-majoritários. Com o intuito de aprofundar essas conclusões parciais, a análise volta-se agora, de maneira mais específica, para a questão dos direitos. Trata-se de examinar como o tribunal tem se posicionado em relação a temas como, dentre outros, as cláusulas pétreas, os limites ao poder de reforma e os controversos direitos dos movimentos de luta pela terra.

5.1. O IPMF – Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras e as garantias dos contribuintes (ADINs n.ºs 926-5/1993 e 939-7/1993)

Em 17 de março de 1993, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional n.º 03/93, que, dentre outras inovações, instituía o IPMF – Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras. Tal como estabelecido na Emenda Constitucional e regulamentado pela Lei complementar n.º 77, de 13 de julho de 1993, o imposto, que seria cobrado até 31 de dezembro de 1994, não se sujeitava a uma série de limitações constitucionais

ao poder de tributar, dentre elas, os princípios da anterioridade, da imunidade recíproca entre os entes federativos e da imunidade dos partidos políticos, religiões e mídia impressa (art. 150, VI, CF).

Na ADIN n.º 926-5, proposta por Governadores de quatro Estados, questionou-se a constitucionalidade do imposto no que concerne à violação do princípio da imunidade recíproca (art. 150, VI, *a*, da CF). O relator da ação, Min. Sydney Sanches, concedeu a liminar pleiteada, suspendendo a eficácia dos diplomas legislativos impugnados. Amparado em diversos doutrinadores, o relator demonstrou a intrínseca relação do princípio da imunidade recíproca com a estrutura federativa do Estado brasileiro, caracterizada pela isonomia entre os entes estatais. Ao incidir sobre o patrimônio dos Estados e dos municípios, o IPMF afrontava a autonomia constitucionalmente assegurada destes entes, submetendo-os aos interesses da União. A Emenda, por isso, violava a organização federativa do Estado brasileiro, princípio este alçado à categoria de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, I) pelo constituinte originário. Por último, o Ministro vislumbrou a presença do *periculum in mora*, apontando que a cobrança compulsória do tributo era iminente e geraria prejuízos irreparáveis aos entes federativos, uma vez que os valores só poderiam ser ressarcidos mediante a propositura de ações de repetição de indébito contra a União Federal.¹²⁹ Os demais Ministros, à unanimidade, acompanharam os argumentos do relator, deferindo a liminar.

Este julgamento foi estendido na decisão proferida na ADIN n.º 939-7, impetrada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio também contra o IPMF. No provimento cautelar, o tribunal, por maioria, suspendeu a cobrança do tributo no curso do ano de 1993, alegando violação ao princípio da anterioridade (art. 150, III, *b*, CF). Na decisão definitiva, a Corte declarou a inconstitucionalidade, também por maioria, da norma que excepcionava do âmbito de incidência do IPMF as limitações constitucionais ao poder de tributar, especificamente,

¹²⁹ Mais uma vez, pode-se observar a fluidez do entendimento sobre o *periculum in mora*. Em seu voto, o Min. Sepúlveda Pertence demonstrou-se impressionado com o memorial do Advogado Geral da União, no qual se acentuava “a verdade inequívoca” de que seria muito mais difícil para a União cobrar o tributo dos Estados – no caso de suspensão provisória da cobrança do imposto – do que o inverso, tal como defendia o relator. Juízos especulativos de difícil comprovação de ambos os lados, caracterizando risco bilateral, segundo o entendimento da Corte, a decisão deve se pautar essencialmente no aspecto do bom direito. Foi o que concluiu o Min. Pertence (ADIN n.º 926, p. 94), ao afirmar que “essa alegação (que na nossa prática temos denominado de o *periculum in mora* recíproco), creio, há de ceder o passo, porém, quando a plausibilidade da arguição é tão gritante e o tema de tanto relevo na própria estrutura do Estado Federal”. Sobre o tema, cf. as análises desenvolvidas acima no tópico *Pragmatismo e periculum in mora*.

o princípio da anterioridade e as imunidades garantidas no art. 150, VI, da CF (religiões, partidos políticos, jornais, livros etc.).

Com esse entendimento, a Corte assentou a interpretação de que *os direitos e garantias individuais* – reconhecidos como cláusulas pétreas e, nesse sentido, protegidos inclusive das alterações propostas por emenda constitucional – *não se limitavam àqueles previstos no rol do art. 5º*, mas incluíam também, tal como decidido no caso, as garantias do contribuinte perante o poder estatal de tributar. Nas palavras do Min. Carlos Velloso, “direitos e garantias individuais não são apenas aqueles que estão inscritos nos incisos do art. 5º. Não. Esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição” (ADIN n.º 939, p. 164). No mesmo sentido, o Min. Celso de Mello salientou que as imunidades tributárias previstas no art. 150, VI, destinam-se a “conferir efetividade a determinados direitos e garantias fundamentais reconhecidos e assegurados às pessoas e às instituições”, tais como as liberdades de expressão, de consciência, de associação e de culto. A EC n.º 03/93 era, assim, inconstitucional na medida em que comprometia, “pela ação tributante do Poder Público, o exercício desses direitos fundamentais” (ADIN n.º 939, p. 169).

No caso do IPMF, como se pôde observar, o Supremo Tribunal Federal assumiu uma postura diferente daquela adotada em casos anteriores, tais como a ADIN n.º 605, referente à interpretação autêntica da ordem jurídica instituída por medida provisória, e a ADIN n.º 223, envolvendo a constitucionalidade do Plano Collor. Enquanto neste último caso, por exemplo, a Corte cedeu a argumentos pragmáticos, indeferindo o pleito requerido mesmo à custa do (explícito) sacrifício de direitos individuais, nas ADINs ora em análise, referentes à constitucionalidade do IPMF, o tribunal baseou sua decisão em argumentos de princípio, sem abdicar destes em prol de quaisquer argumentos de política.

Evidentemente, ao final, o Supremo manteve o imposto – somente o Min. Marco Aurélio declarava inconstitucional o IPMF como um todo¹³⁰ – mas o fez sem abdicar dos princípios constitucionais limitadores da atuação estatal e sem ceder às razões de conveniência e

¹³⁰ Além dos argumentos acatados pela maioria, o Min. Marco Aurélio considerou que o IPMF infringia tanto o princípio da não-cumulatividade (art. 154, I, CF) quanto o disposto no art. 153, § 5º, da CF, que veda a incidência de impostos, salvo o IOF, sobre o ouro. Segundo o Min., o IPMF foi instituído por Emenda Constitucional – e não por Lei Complementar, tal como autoriza a Constituição, no art. 154, I – com o único intuito de burlar as garantias do contribuinte e as limitações constitucionais ao poder de tributar, de modo que não poderia o STF chancelar tais ofensas à ordem jurídica. “Ao Judiciário – concluiu o Min. – não compete como que colaborar, objetivando acerto de caixa a ser feito no âmbito do Executivo; ao Judiciário cabe, acima de tudo, sem recear críticas, até mesmo exacerbadas, a preservação da ordem jurídica” (ADIN n.º 939, p. 161).

oportunidade como sempre alastradas pelo Executivo. Com efeito, nas informações prestadas no decorrer do processo, o governo argumentou que se tratava de uma “reforma constitucional de emergência”, que instituía um imposto de “vigência curtíssima” a fim de resolver “a crise fiscal do país”. Os recursos provenientes do IPMF – estimados em sete bilhões de dólares – serviriam para custear programas educacionais e políticas de habitação popular, contribuindo, ainda, para a “redução do déficit público”.¹³¹ As razões de política eram, portanto, fortes e poderiam – tal como em outras ocasiões – ter imperado no julgamento.

Ao menos neste caso, o STF assumiu a defesa da Constituição, impondo limites à vontade majoritária e reconhecendo direitos individuais, mesmo à custa de eventuais prejuízos para o bem-estar geral do país. Seria muito precipitado, contudo, sustentar que a ADIN ora em comento representa uma mudança efetiva nos posicionamentos da Corte. Ora, nenhuma decisão pode ser analisada isoladamente, sendo indispensável inseri-la no bojo da totalidade das decisões proferidas pelo tribunal, de modo a compreendê-la como parte de uma história mais ampla, isto é, como apenas um “capítulo” do “romance judicial brasileiro”. E, ao fazer essa análise global, a impressão que se tem é que a decisão proferida na ADIN n.º 939 não inova e não traz nenhum elemento significativo de ruptura com os principais pontos de apoio da história até aqui narrada.

Primeiro, por que a questão da democracia continua irresoluta. Por mais que a Corte tenha se aproximado, nesta decisão, de um modelo de democracia constitucional substantiva, assentado na garantia das cláusulas pétreas, trata-se, ainda, de uma postura tímida, isto é, não revelada de modo expreso e aberto. Dito de outro modo, a decisão não definiu, nem consagrou, de maneira efetiva, qual a interpretação da democracia mais adequada ao regime constitucional de 1988. A ausência – ou, mesmo, a fragilidade – dessa argumentação é o que permite a Corte adotar uma estratégia pragmática, oscilando, sem a devida justificação, entre posicionamentos antagônicos. Essa assertiva ficará mais clara na análise dos casos seguintes, particularmente, da contribuição dos inativos e das normas de contenção aos movimentos dos sem-terra.

De outro lado, é importante considerar que se trata de uma decisão em matéria tributária, seara na qual, tradicionalmente, o STF se demonstra mais suscetível em acatar posicionamentos contra-majoritários. É nesse sentido que apontam as observações de Marcus Faro de Castro (1997). O autor procedeu a uma análise de conteúdo de uma amostra significativa

¹³¹ As informações do Presidente da República foram transcritas pelo relator da ação, Min. Sydney Sanches, na primeira parte do seu voto. Cf., especialmente, ADIN n.º 939, p. 94-95.

de acórdãos (1.240) publicados pelo STF no primeiro semestre de 1994. Do total de decisões, constatou que mais da metade (58,1%) se referia a processos em que se discutiam tributos e, uma proporção elevada (23,2%), resumia-se a questões processuais.¹³² Além disso, verificou, na amostra pesquisada, a ausência de qualquer decisão sobre direitos fundamentais não-econômicos (Castro, 1997, p. 152). Diante desses e outros dados, o autor conclui que, “[...] *com exceção da política tributária*, o STF preponderantemente não tem desenvolvido jurisprudência em proteção a direitos individuais e em contraposição às políticas governamentais”. (Castro, 1997, p. 154, grifei).

Assim, pode-se dizer que, não obstante os méritos da decisão, a ADIN n.º 939 não representa ou, mais precisamente, não traz elementos suficientes para firmar um novo direcionamento à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A indefinição da Corte no que concerne à problemática da democracia e o fato de se tratar de uma decisão proferida em matéria tributária – em relação à qual, em regra, a jurisprudência adota uma postura mais “ofensiva” – comprova que, no que concerne a uma análise mais global, o romance judicial brasileiro continua seguindo, com poucas modificações, pela mesma (e perigosa) trilha pragmática.

5.2. A contribuição dos inativos (ADIN n.º 2010/1999)

A questão da contribuição dos inativos é, sem dúvida, uma das mais complexas e relevantes julgadas pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos tempos. No centro do debate situa-se o modelo de Estado – para alguns, de *bem-estar*; para outros, *paternalista* – consagrado pela Constituição de 1988 e alvo de muitas críticas e inúmeras propostas de reforma. A controvérsia gira, basicamente, em torno de três pontos:

(1) Os direitos (para alguns, privilégios) dos servidores públicos – incluindo salários, vantagens, abonos, revisão anual dos vencimentos, estabilidade, aposentadoria integral e algumas benesses como a extensão do regime estatutário a todos os que estavam no serviço público há cinco anos em 1988 (art. 19, ADCT);

(2) a garantia de uma vasta (para alguns, excessiva) rede de seguridade social – incluindo assistência social, saúde, educação e previdência;

¹³² Oscar Vieira (2002, p. 221) demonstra que, de 1991 a 2000, os recursos extraordinários e os agravos de instrumento representaram mais de 90% dos processos recebidos pelo STF. Em 2001, 98,2% dos processos encontravam-se nesta categoria, sendo que 70% deles eram agravos de instrumento, ou seja, “em 70% dos processos o que se discute é se deve ou não o Tribunal analisar as questões a ele submetidas”. Trata-se de discussão meramente processual, onde se averiguam a observância ou não de requisitos formais de admissibilidade dos recursos.

(3) a função a ser desempenhada pelo Estado na economia: regulação ou intervenção direta?

As respostas a essas questões envolvem divergências profundas e estão no cerne dos embates políticos que se travaram no país ao longo de toda a década de 1990 e que se mantêm presentes até os dias atuais.

De fato, não é novidade que os governos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988, começando por Collor e se intensificando na era FHC, elegeram como principal pauta política a necessidade de uma reforma estrutural do Estado brasileiro. O modelo interventor e de bem-estar era visto como inoperante, atrasado, edificado sob uma estrutura burocrática pesada, corporativista e viciada. Propunha-se a mudança para um modelo mais competitivo, moderno, movido por uma burocracia estatal concebida a partir de critérios puramente meritocráticos, sem privilégios e – eis uma palavra que está no cerne dessas propostas – *eficiente*. O gigantismo e a lentidão estatal, enfim, cederiam passo à iniciativa privada, única capaz de impulsionar o desenvolvimento econômico e realizar os investimentos necessários à modernização das estruturas sociais, possibilitando, ainda, uma drástica redução no custo de manutenção da máquina estatal, de maneira que o Estado pudesse concentrar sua atuação nas áreas realmente prioritárias. Daí as privatizações, o fim dos monopólios, a criação das agências reguladoras, as parcerias público-privadas, a redução de benefícios sociais e, finalmente, uma ampla reforma da administração pública, que, dentre outras características, atingiram em cheio os servidores públicos.

Limitando-se aqui ao último aspecto, basta lembrar os famigerados e bem representativos episódios de caça aos marajás e de atribuição da alcunha de “vagabundos” aos aposentados, bem como as diversas medidas restritivas de direitos antes consagrados, tais como os vencimentos, a estabilidade (cf., por exemplo, art. 41, § 1º; art. 169, § 4º, CF, com redação dada pela EC n.º 19/98), a aposentadoria (cf. as EC n.ºs 20/98 e 41/03), e, é claro, a instituição da contribuição previdenciária dos servidores inativos.

É nesse contexto de forte embate político entre diferentes concepções do papel do Estado e de reforma da administração pública que se insere a problemática da constitucionalidade da contribuição dos inativos e pensionistas. Nesse sentido, a questão de fundo perante a qual o STF foi instado a se posicionar era a seguinte: *até que ponto é facultado à maioria eleita – por meio dos procedimentos de legislação ordinária ou de reforma da Constituição – modificar os*

princípios básicos que regem o modelo de Estado estabelecido originalmente em 1988? Por outras palavras, quais os limites das propostas de reforma do Estado levadas a cabo pelos sucessivos governos eleitos no período pós-1988? Existe um núcleo intangível na Constituição que deve ser protegido pelo STF? Ou mesmo as cláusulas pétreas possuem um carácter relativo, demandando uma ponderação a depender das circunstâncias e do caso concreto?

Aproximando-se – ao menos aparentemente – de uma concepção mais substantiva dos direitos individuais e dos limites constitucionais impostos à discricionariedade do legislador, no julgamento da ADIN n.º 2.010, em 30 de setembro de 1999, o STF considerou inconstitucional a Lei n.º 9.783/99, que instituiu a cobrança de contribuição previdenciária dos servidores inativos. A lei – aprovada em janeiro de 1999, durante uma convocação extraordinária do Congresso – era um importante trunfo do governo FHC. Afinal, a matéria havia sido rejeitada em duas oportunidades durante o ano anterior: nas votações da MP n.º 1.720/98, em outubro, e da EC n.º 20/98, promulgada em 15 de dezembro.

Os principais argumentos adotados pela Corte para justificar a decisão foram formulados pelo Min. Celso de Mello, relator da ação. Inicialmente, o Min. ressaltou que a EC n.º 20/98 havia modificado o regime constitucional das aposentadorias, de maneira que o precedente criado na ADIN n.º 1.441/96¹³³, na qual o STF considerou constitucional diploma legislativo semelhante, não se aplicava ao caso em tela. De fato, na redação anterior, a Constituição mencionava, genericamente, “contribuições dos servidores”, ao passo que, após a reforma da previdência de 1998, o alcance da regra foi limitado com a expressa menção aos “servidores titulares de cargos efetivos”. Desse modo, diante das modificações, caberia uma análise mais detalhada, a fim de verificar se a EC n.º 20 trazia elementos suficientes para uma revisão do precedente mencionado.

Com esse intuito, o Min. pontuou que a proposta de instituir a contribuição dos inativos constava do projeto original de Emenda encaminhado pelo Executivo ao Congresso, sendo suprimido na primeira votação realizada na Câmara. Encaminhado ao Senado, o projeto voltou a contar com um artigo contemplando a proposta. Novamente, desta feita na votação final,

¹³³ “Extensão, aos proventos dos servidores públicos inativos, da incidência de contribuição para o custeio da previdência social. Insuficiente relevância, em juízo provisório e para fins de suspensão liminar, de arguição de sua incompatibilidade com os artigos 67; 195, II; 40, § 6º; 194, IV e 195, §§ 5º e 6º, todos da Constituição Federal. Medida cautelar indeferida, por maioria.” ADIN n.º 1.441-DF, Rel. Min. Octavio Gallotti. Citada pelo Min. Celso de Mello no voto proferido na ADIN n.º 2010, p. 124-125.

os deputados, após um acordo entre os próprios líderes do governo, e por uma esmagadora maioria de 481 votos a 05, rejeitaram a medida. Assim, concluiu o Min., a única base constitucional que poderia autorizar a instituição da contribuição dos inativos e pensionistas foi deliberadamente retirada do texto da Emenda pelos parlamentares, demonstrando, ainda, que a nova regulamentação constitucional referia-se apenas aos servidores titulares de cargos efetivos, isto é, os servidores em atividade (ADIN n.º 2010, p. 135-139).

Aliado a esse importante histórico dos debates legislativos, que, efetivamente, não poderia ser considerado um argumento absoluto e definitivo, o Min. Celso de Mello considerou que a EC n.º 20/98 vedava expressamente, conforme redação dada ao art. 195, II, da CF, a instituição de “contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral da previdência”. Conforme acentuou, amparado em farta doutrina, essa proibição era extensível ao regime de aposentadoria dos servidores, uma vez que o art. 40, § 12, também com redação dada pela Emenda n.º 20/98, autorizava, no que coubesse, a aplicação subsidiária das regras previstas para o regime geral da previdência. Em outros termos, a imunidade atribuída aos aposentados pelo regime geral da previdência (art. 195, II, CF) era também aplicável aos servidores inativos, conforme autorizava o princípio da subsidiariedade entre os regimes, previsto no art. 40, § 12, CF. (ADIN n.º 2010, p. 128-134).

O Min. Celso de Mello considerou, ainda, que a Lei n.º 9.783/99 violava o princípio do equilíbrio atuarial (art. 195, § 5º, CF). Este princípio, tal como estabelecido pela própria jurisprudência do STF (ADIN n.º 790), exige que a instituição de um novo benefício seja acompanhada pela correspondente indicação de fonte de custeio e vice-versa. Assim, uma nova contribuição demandaria e somente se justificaria na medida em que fosse criada com o fim de financiar um novo e correspondente benefício. Afinal, sendo de natureza contributiva, o regime da previdência dos servidores é também retributivo, de maneira que a toda contribuição há de corresponder um benefício, uma retribuição ou um serviço. Nas palavras do relator,

Se é certo, portanto, que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5º), não é menos exato que também não será lícito, sob uma perspectiva estritamente constitucional, instituir ou majorar contribuição para custear a seguridade social sem que assista, àquele que é compelido a contribuir, o direito de acesso a novos benefícios ou a novos serviços. (ADIN n.º 2010, p. 146).

Embora uma série de outras questões e argumentos tenham sido mencionados pelo relator¹³⁴, são essas, em número de três, as principais razões utilizadas para justificar a decisão: (1) a expressa rejeição da contribuição dos inativos pelo Congresso na votação da reforma da previdência; (2) a imunidade, extensível aos servidores públicos inativos, atribuída aos aposentados pelo regime geral da previdência (art. 195, II, c/c art. 40, § 12, ambos da CF); (3) a violação ao princípio do equilíbrio atuarial (art. 195, § 5º, CF) na medida em que não foi criado nenhum novo benefício que justificasse a contribuição.

Concluindo seu voto, o Min. Celso de Mello trouxe à tona, mais uma vez, a tensão entre integridade e pragmatismo. Nesse aspecto, reconheceu a existência de uma grave crise no sistema previdenciário nacional, mas afirmou, incisivamente, que não poderia aceitar nenhuma medida ou prática governamental, por mais bem intencionada que fosse, que submetesse os ditames constitucionais – ou, pode-se acrescentar, as exigências de integridade – a juízos de oportunidade e conveniência ou, muito menos, “a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental” (ADIN n.º 2010, p. 175). Segundo o Min., nada compensa ou justifica a ruptura da ordem constitucional. Por isso, a atuação dos governantes não pode se tornar uma prática de desprezo ou de abuso contínuo da Constituição, mas deve se constituir enquanto uma relação de respeito. Assim, por mais grave que seja a crise econômica que aflige o sistema previdenciário, a sua reforma

[...] não pode ser efetivada sem que se respeitem, com estrita fidelidade, os valores delineados e as limitações impostas no texto da Constituição da República. Argumentos de necessidade, por mais respeitáveis que possam ser, não devem prevalecer, jamais, sobre o império da Constituição. Razões de Estado, por sua vez, não podem ser invocadas para legitimar o desrespeito e a afronta a princípios e a valores essenciais que informam o nosso sistema de direito constitucional positivo.¹³⁵ (ADIN n.º 2010, p. 172).

¹³⁴ Os outros argumentos foram os seguintes: (a) a contribuição de seguridade social é espécie de tributo constitucionalmente vinculado ao custeio da seguridade social; (b) como qualquer outro tributo, a sua majoração não constitui ofensa ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos; (c) a instituição de alíquotas progressivas para a cobrança da contribuição (art. 2º, Lei n.º 9783/99) não é autorizada pela Constituição Federal; (d) por ter vigência temporária, tais alíquotas progressivas ofendem a vinculação constitucional da contribuição à seguridade social, demonstrando que se buscou com essa contribuição tão-somente ampliar as receitas da União a fim de viabilizar o pagamento de encargos com pessoal, cuja satisfação deve resultar da arrecadação de impostos; (e) as alíquotas progressivas – que eram de 11% para a remuneração até R\$ 1.2000, de 20% sobre a parcela que excedesse este valor até o limite de R\$ 2.500 e de 25% sobre a parcela superior a R\$2.500 – possuem efeitos confiscatórios (art. 150, IV, CF), agravadas pelo fato de incidirem juntamente com o imposto de renda. Os Ministros Moreira Alves e Nelson Jobim não acataram a suspensão do art. 2º, da Lei n.º 9783/99. Os demais pontos foram votados por unanimidade.

¹³⁵ Em outra passagem do voto, o Ministro concluiu: “o Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das

Os fortes argumentos aduzidos pelo relator foram suficientes para convencer os demais Ministros, salvo no que tange ao art. 2º, da Lei impugnada, referente à instituição de alíquotas progressivas, em relação ao qual dissentiram os Min. Moreira Alves e Nelson Jobim. Contudo, mesmo a unanimidade em torno dos pontos centrais continha algumas fissuras, vale dizer, algumas ressalvas, que, se nesta ação pareciam irrelevantes, revelar-se-iam fundamentais no julgamento da ADIN n.º 3105, analisada a seguir. Nesse aspecto, o Min. Jobim refutou, expressamente, o argumento fundado no princípio do equilíbrio atuarial, afirmando que o sistema previdenciário no Brasil não era de capitalização – ou seja, uma conta individual de poupança – mas, sim, um sistema de repartição simples – isto é, um “sistema solidário” entre uma geração e outra – no qual os atuais servidores financiam os inativos e pensionistas. Sendo assim, não fazia sentido a defesa de que a uma nova fonte de custeio deveria corresponder um novo benefício, pois a finalidade da contribuição não era assegurar benefícios individuais, mas, sim, financiar, solidariamente, o sistema como um todo. O princípio do equilíbrio atuarial, enfim, referia-se apenas à necessidade de se estabelecer um equilíbrio entre receita e despesa e não à simetria entre benefícios e contribuições.

Não obstante essa argumentação, o Min. Jobim concordou que a melhor interpretação da EC n.º 20 vedava a incidência de contribuição sobre os proventos dos inativos, acrescentando, em seguida, mais uma importante ressalva: “[...] o equilíbrio atuarial deverá ser buscado por outras formas de custeio que não a incidência em relação a inativos e pensionistas, *salvo reforma constitucional*” (ADIN n.º 2010, p. 189, grifei). Tal ressalva refletia a convicção do Min. de que inexistia direito adquirido no que tange à aposentadoria e aos proventos dos servidores públicos.

A essas considerações aderiram alguns Ministros – como Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence (cf. ADIN n.º 2010, p. 193 e 199, respectivamente) – enquanto outros sinalizaram em sentido oposto. O Min. Marco Aurélio, por exemplo, sustentou que o direito à aposentadoria integra-se ao patrimônio dos aposentados e daqueles que já cumpriram os requisitos constitucionais para obter o benefício, sendo albergado pela proteção constitucional aos direitos individuais *mesmo diante de uma eventual reforma da Constituição*. Por isso, “normas

relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional”. (ADIN n.º 2010, p. 175).

substancialmente diversas não de aguardar os que venham a ingressar no sistema” (ADIN n.º 2010, p. 195).

Apesar da importância do tema, o confronto entre esses dois posicionamentos – de um lado, o Min. Jobim negando a existência de um direito adquirido à aposentadoria; de outro, o Min. Marco Aurélio sustentando a primazia desse direito – foi relegado a segundo plano e encoberto pela frágil unanimidade em torno da interpretação dos artigos 195, II e 40, § 12. Pode-se dizer, assim, que no julgamento da ADIN n.º 2010 os direitos dos inativos foram reconhecidos sem uma base de sustentação sólida, que, não por outro motivo, seria derrubada no julgamento da ADIN n.º 3105, tal como será demonstrado, com mais detalhes, a seguir.

5.3. Ainda a contribuição dos inativos (ADIN n.º 3105/2005)

Como se pôde observar, nos oito anos de governo FHC, o fracasso foi a tônica de todas as tentativas de instituir a cobrança dos inativos. A dificuldade em reunir maioria no Congresso e o controle de constitucionalidade realizado pelo STF na ADIN n.º 2010, aliado, evidentemente, à mobilização dos partidos e setores da sociedade contrários à medida, podem ser apontados como as principais causas desse malogro. Sem embargo, a história seria diferente com o “governo de oposição” – a ironia aqui é inevitável – eleito em 2002. Logo no primeiro ano de mandato, a base aliada conseguiu aprovar a Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, que, finalmente, instituía a autorização constitucional para a cobrança de contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas.

Impetrada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, a CONAMP, a ADIN n.º 3105 questionava o art. 4º, da EC n.º 41/03, referente à cobrança de contribuição aos servidores já aposentados e àqueles que, na data da publicação da Emenda, já possuíam os requisitos para receber o benefício. A questão central, como adiantado, envolvia o reconhecimento ou não do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF) – no que tange aos servidores inativos ou em condições de se aposentar na data da publicação da Emenda – ao não pagamento da contribuição previdenciária. Nesse sentido, a manifestação da Min. Gracie, relatora da ação:

Enfrentamos nas presentes ações diretas de inconstitucionalidade uma única questão dentre as inúmeras perplexidades resultantes da edição da Emenda Constitucional n.º 41/03. A saber, se a instituição de contribuição previdenciária aos servidores inativos e aos pensionistas fere as garantias de resguardo ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito e/ou corresponde a inadequada imposição tributária. (ADIN n.º 3105, p. 141).

A Min. Ellen Gracie afirmou que os defensores da medida confundiam sistemas diversos. De um lado, há o *sistema estatutário*, ao qual se submetem os servidores ao longo de sua vida funcional e, de outro, o *sistema previdenciário*, para o qual os servidores contribuem quando em atividade e ao qual são integrados quando ingressam na inatividade, passando a perceber não mais vencimentos e, sim, proventos. Enquanto no primeiro sistema, o indivíduo, regido por direitos e deveres específicos, é servidor ativo ou inativo, no segundo sistema, ele é contribuinte ou beneficiário, condição que adquire assim que cumprir todos os requisitos constitucionalmente estabelecidos. “Logo, após haver contribuído e prestado serviços pelo tempo definido em lei, o servidor se torna titular de um direito a perceber benefício de prestação continuada, na forma dos artigos 183 e 231 da Lei 8.112/90 [...]”. (ADIN n.º 3105, p. 141).

Aliado a isso, a Ministra considerou que a contribuição previdenciária configurava bi-tributação, uma vez que também incide sobre os proventos o imposto sobre a renda. Lembrando da ADIN n.º 939, referente ao IPMF, argumentou que as garantias do contribuinte se inserem entre as cláusulas pétreas, de maneira que não podem ser violadas nem mesmo por reforma constitucional.

Em seguida, a relatora se reportou ao precedente criado na ADIN n.º 2010, rechaçando os entendimentos de que a Corte havia admitido, implicitamente, que a contribuição seria permitida desde que imposta por emenda à Constituição. Como justificativa dessa interpretação, referiu-se à tese – tal como subscrita naquele julgamento – do equilíbrio atuarial, apontando que a contribuição previdenciária deve sempre estar vinculada a algum benefício – no caso, inexistente.

Finalmente, a Min. Gracie considerou que a emenda violava o princípio da isonomia tributária no ponto em que distinguia, arbitrariamente, entre os que já eram inativos (ou eram ativos, mas possuíam condições para se aposentar) na data da publicação da Emenda e os que viriam a se aposentar após a sua entrada em vigor. É que enquanto a contribuição destes seria cobrada apenas sobre o valor que excedesse o teto de aposentadoria do regime geral da previdência – na época fixado em R\$ 2.400 – a contribuição dos primeiros incidiria sobre uma parcela maior, equivalente ao que excedesse a 50% (para os servidores da União) ou a 60% (para os servidores de Estados, municípios e DF) do teto.¹³⁶ O fundamento para essa diferenciação –

¹³⁶ Ou seja, os servidores inativos da União contribuiriam sobre a parcela dos proventos superior a R\$ 1.200, enquanto os servidores inativos dos demais entes federados, sobre a parcela superior a R\$ 1.440.

que a Ministra considerou arbitrária, seguida neste ponto por todos os julgadores – era o de que os atuais inativos aposentaram-se ou sem qualquer contribuição ou, ainda, sob um tempo de contribuição menor. A relatora considerou que a discriminação representava verdadeira medida punitiva aos atuais inativos, inaceitável, pois não se poderia punir alguém por ter seguido as regras e princípios que regulamentavam o sistema previdenciário à época de sua aposentadoria. Ademais, também não era admissível a distinção entre os servidores da União e os servidores dos outros entes federativos, pois ambas as categorias encontravam-se em situações jurídicas semelhantes. (ADIN n.º 3105, p. 154-155).

Na seqüência, o Min. Joaquim Barbosa deu início ao seu voto apontando sua desconfiança em relação às cláusulas pétreas. Em uma sociedade como a brasileira, afirmou o Ministro, tais cláusulas assumiriam um caráter *conservador* – na medida em que, se entendidas sob um prisma absoluto, sem admitir ponderação com outros valores, poderiam perenizar as desigualdades sociais; e *antidemocrático*, na medida em que, em última instância, inviabilizariam o exercício do poder popular de corrigir e realizar as adequações necessárias à gradual superação das desigualdades e à supressão de privilégios historicamente consagrados. Partindo desses pressupostos, o Ministro argumentou que

[...] não faz sentido sustentar, em um estado de direito democrático e social, que alguém possa adquirir o direito de não pagar tributos. Essa tese corrói as próprias bases da organização político-social à luz da qual o Estado moderno se ergueu nos últimos séculos. [...] não faz sentido querer isentar de contribuição previdenciária solidária os milhares de pessoas que se aproveitaram de um sistema iníquo de privilégios, de normas frouxas e excessivamente generosas que permitiram a jubilação precoce de pessoas no ápice da sua capacidade produtiva, muitas delas mal entradas nos quarenta anos de vida. (ADIN n.º 3105, p. 167).

Assim, a garantia do direito adquirido deveria ser ponderada com outros valores em jogo, especialmente, o “princípio da solidariedade” – inserido no art. 40, *caput*, da CF, pela Emenda n.º 41. Era este princípio que deveria prevalecer no caso, uma vez que sustentava uma importante medida de justiça, capaz de garantir o “bem-estar das futuras gerações de agentes estatais” (ADIN n.º 3105, p. 169) e viabilizar financeiramente o sistema público de previdência. Finalmente, não caberia invocar a garantia do direito adquirido, pois esta, tal como decorreria da letra expressa do art. 5º, XXXVI, da CF, apenas se aplicaria ao legislador ordinário.¹³⁷

¹³⁷ “Art. 5º. XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (grifei).

Por sua vez, o Min. Carlos Britto propôs uma interpretação mais restritiva do princípio da solidariedade. Segundo afirmou, a solidariedade se situa no fato do sistema previdenciário ser fruto de uma poupança pública, uma contribuição comum a todos os servidores. Contudo, a finalidade última dessa poupança é *assegurar* – segundo o Ministro, esse é o verbo utilizado tanto no art. 40, como em outros dispositivos que estabelecem direitos (por exemplo, art. 5º, V, VII, XIV) – um benefício individual, vale dizer, um direito subjetivo que o servidor alcança quando atende os requisitos constitucionais (tempo de contribuição e idade mínima) previamente fixados. (ADIN n.º 3105, p. 170-180).

Além disso, o Ministro demonstrou ser inaceitável o argumento de que não se pode invocar direito adquirido contra emenda à Constituição. Esse argumento levaria a conclusões absurdas, como a de que apenas a lei ordinária poderia gerar obrigações e deveres (art. 5º, II, CF) ou, ainda, a de que o Presidente da República não cometeria crime de responsabilidade se violasse preceitos de emendas constitucionais (art. 85, VII, CF), uma vez que esses dispositivos apenas se referem ao vocábulo *lei*. Nessas hipóteses, portanto, a expressão *lei* deve ser interpretada em sentido amplo, abrangendo todos os espécimes legislativos previstos no art. 59, da CF, entre eles, as emendas constitucionais. Ademais, a garantia do direito adquirido é uma garantia fundamental do cidadão, que integra o rol das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, CF). Longe de instrumento de conservadorismo, concluiu o Min., tais cláusulas visam, justamente, garantir o progresso das instituições e da democracia, assegurando aos cidadãos um núcleo intangível em relação ao qual não se admite retrocesso. (ADIN n.º 3105, p. 181-185).

O voto seguinte, do Min. Cezar Peluso, traria novos e decisivos elementos para a decisão do caso. A sua longa argumentação (ADIN n.º 3105, p. 194-251), pode ser resumida nos seguintes pontos: (1) as contribuições possuem natureza tributária, sujeitando-se a regime próprio (art. 149, CF); (2) no caso das contribuições sociais esse regime se caracteriza pela vinculação das receitas à seguridade social; (3) inexistente qualquer direito adquirido oponível à tributação estatal; (4) embora a aposentadoria constitua uma situação jurídica sedimentada, protegida pelo direito adquirido, daí não decorre, nem se encontra nela albergada, a “imunidade absoluta dos proventos correlatos”¹³⁸ (ADIN n.º 3105, p. 204); (4) uma imunidade tributária somente pode ser

¹³⁸ “[...] uma coisa é a aposentadoria em si, enquanto fonte e conjunto de direitos subjetivos intangíveis; outra, a tributação sobre valores recebidos a título de proventos da aposentadoria”. (ADIN n.º 3105, p. 208).

atribuída ou assegurada pela Constituição Federal, o que não ocorre no caso¹³⁹; (5) é um equívoco falar-se em bi-tributação, pois a contribuição social possui destinação vinculada ao regime da seguridade social, diferenciada, portanto, do Imposto de Renda; (6) o argumento fundado no princípio do equilíbrio atuarial – ou seja, o de que uma nova contribuição só poderia ser criada mediante a criação de um novo benefício – é insustentável, pois admite como pressuposto que o sistema brasileiro de previdência é de capitalização, quando, em verdade, trata-se de um *sistema híbrido*, contributivo e solidário, de modo que as contribuições são destinadas “ao custeio geral do sistema, e não, a compor fundo privado com contas individuais”¹⁴⁰ (ADIN n.º 3105, p. 229).

Ao final, o Ministro explicitou as duas concepções de fundo que ampararam seu posicionamento. De um lado, afirmou que apesar da nobre função de defensor da ordem constituinte, que encontra na dignidade da pessoa humana seu núcleo central, o STF não poderia substituir as instituições republicanas na atribuição de legislar e definir políticas públicas, pois somente essas instituições possuem membros eleitos e legitimados pelo voto popular. De outro lado, considerou ser inexorável, em casos constitucionais de grande alcance político, levar em conta as possíveis conseqüências da decisão. “E da ponderação das repercussões creio não me ter apartado na formulação deste voto, que tende a garantir a viabilidade econômica de sistema da mais alta importância social [...]”¹⁴¹ (ADIN n.º 3105, p. 251).

Os demais votos seguiram uma das duas correntes mencionadas acima. Ao final, por sete votos a quatro – de um lado, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Eros Grau, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim; de outro, Ellen Gracie, Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello – a Corte considerou constitucional o art. 4.º, *caput*, da EC n.º 41/2003; e, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade das alíquotas diferenciadas

¹³⁹ “[...] não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito. Donde, tampouco poderia encontrar-se, com esse alcance, direito subjetivo que, adquirido no ato de aposentamento do servidor público, o alforriasse à exigência constitucional de contribuição social incidente sobre os proventos da inatividade.” (ADIN n.º 3105, p. 203).

¹⁴⁰ “Da perspectiva apenas contributiva (capitalização), seria inconcebível concessão de benefício previdenciário a quem nunca haja contribuído (universalidade e distributividade) e, muito menos, preservação do valor real da prestação (irredutibilidade do valor) e sua revisão automática proporcional à modificação da remuneração dos servidores em atividade (art. 7.º, da EC n.º 41/2003) [...]” (ADIN n.º 3105, p. 230).

¹⁴¹ O Min. Sepúlveda Pertence chamou a atenção para o outro lado das conseqüências da decisão. Segundo afirmou, seria violento o impacto da nova contribuição nos orçamentos de inúmeras famílias, ainda mais em se considerando o esmagamento da classe média no país, onde se situariam boa parte dos atingidos pela medida (ADIN n.º 3105, p. 436). Os problemas dos argumentos conseqüencialistas e de análises do tipo “qual o mal menor?” foram analisados acima, no tópico *Pragmatismo e periculum in mora*.

entre os servidores da União e dos demais entes federativos já aposentados na data da promulgação da Emenda, bem como a discriminação entre estes e os que viriam a se aposentar após aquela data (art. 4º, par. único, I e II, EC n.º 41/03). Na prática, a decisão legitimou a cobrança de contribuição previdenciária aos servidores já aposentados, bem como aos que já possuíam condições de se aposentar na data da promulgação da Emenda, estabelecendo como piso igualitário para a cobrança – ou seja, para atuais e futuros inativos – o valor previsto como teto para os proventos pagos pelo regime geral da previdência. Assim, a contribuição incidiria, em qualquer caso, apenas sobre as parcelas superiores a este valor, à época fixado em R\$ 2.400.

Da análise dessas duas importantes ações direta de inconstitucionalidade, verifica-se que o STF adotou posicionamentos distintos em relação à questão proposta no começo do tópico anterior.¹⁴² Na primeira ADIN, n.º 2010, o Supremo, seguindo por unanimidade o voto do Min. Celso de Mello, reconheceu os direitos dos servidores inativos como trunfos contra-majoritários, rechaçando, expressamente, as “razões de pragmatismo governamental” que sustentavam a instituição da medida. Como afirmou o Min. Celso de Mello, nada compensaria ou justificaria a ruptura da ordem constitucional, sendo imperativo aos governantes – pelo menos enquanto existir um poder judiciário independente – o respeito e a observância dos limites impostos pela Constituição Federal.

De outra sorte, na ADIN n.º 3105, o que antes se denominava de “direitos dos inativos” ganhou o epíteto de “privilégios”, é dizer, regalias concedidas a pessoas submetidas a um regime benevolente, que lhes assegurava aposentadoria integral, em idade precoce e com contribuições módicas ao sistema previdenciário. Aliado a isso, a expressa e incisiva rejeição das justificativas pragmáticas efetuada na primeira ação cedeu lugar a argumentos – não menos explícitos – fundados na necessidade de avaliar as conseqüências da decisão, particularmente, o risco que corriam a viabilidade financeira do sistema nacional de previdência pública e o bem-estar das futuras gerações de servidores. Esses argumentos vieram sustentados por uma concepção de democracia majoritária, fundada na deferência, por parte do judiciário, às instituições republicanas.¹⁴³

¹⁴² Ou seja: até que ponto é facultado à maioria eleita – por meio dos procedimentos de legislação ordinária ou de reforma da CF – alterar os princípios básicos que regem o modelo de Estado estabelecido originalmente em 1988?

¹⁴³ Nesse aspecto, além dos votos dos Min. Joaquim Barbosa e Cezar Peluso, transcritos acima, cf. os votos dos Min. Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim. (ADIN n.º 3105, respectivamente, p. 436-438, p. 447-448).

É somente considerando essas concepções de fundo que se pode compreender e avaliar, mais detidamente, os fundamentos da decisão proferida pelo STF na ADIN n.º 3105. Com efeito, o argumento vencedor girou em torno de uma frágil diferenciação entre a *aposentadoria* do servidor e os *proventos* que ele recebe. Enquanto a primeira representaria uma situação jurídica consolidada, protegida, portanto, pelas garantias do art. 5º, XXXVI, da CF, os proventos seriam elementos acessórios, excluídos da proteção constitucional. Longe de evidente, essa distinção leva a um problema imediato: em que medida os proventos constituem um elemento acessório da aposentadoria? Como reconhecer esta como uma situação jurídica consolidada – à qual se assegura a aplicação da lei vigente à época da sua concessão, tal como estabelece a Súmula 359, do STF, e tal como assegurou a própria EC n.º 41/03, em seu art. 3º – e ao mesmo tempo excluir do seu núcleo intangível os proventos?

Podemos encontrar uma resposta a essa pergunta no voto do Min. Peluso, quando ele defende que o sistema nacional de previdência é de natureza mista, quer dizer, solidária e contributiva. Sendo assim, ao pagar a contribuição previdenciária, o servidor custeia não a sua aposentadoria individualmente – poupança individual – mas, sim, a manutenção do sistema como um todo – poupança coletiva. É o princípio da solidariedade – leia-se, o bem-estar comum – que rege a previdência, inexistindo qualquer direito individual em questão.

Esse argumento fracassa por duas razões. Primeiro, porque não há correlação direta entre o fato de o sistema ser solidário – mesmo que não fosse contributivo – e inexistir direito individual a ser assegurado. Dizendo de outro modo: não se pode sustentar – como parece fazer o Min. Peluso – que só haveria direito individual se existisse uma conta particular – isto é, um sistema de capitalização – de cada servidor. Afinal, um fundo público e solidário pode ser utilizado para assegurar direitos individuais, tal como ocorre, por exemplo, com o acesso gratuito aos níveis básicos de educação, considerado como direito público subjetivo (art. 208, § 1º, CF). Segundo, apesar de correto no ponto em que afirma que nosso sistema de previdência é híbrido, o argumento do Ministro ignora essa característica ao atribuir total primazia ao princípio da solidariedade. Em última instância, portanto, contradizendo suas premissas iniciais, ele pressupõe que o sistema é exclusivamente solidário, no sentido de que a aposentadoria seria uma benesse concedida pela coletividade ao servidor, podendo ser suspensa ou restringida a qualquer tempo ou, ainda, que a contribuição teria como fim custear apenas as gerações futuras e não algum

benefício de ordem individual.¹⁴⁴ Mas não é assim que ocorre. Todos os servidores contribuem, de alguma forma, para o custeio da sua aposentadoria e assim o fazem a fim de viabilizar, ao menos sob a ótica individual-contributiva, o custeio dos seus próprios proventos.

Pode-se dizer, assim, que o argumento do Min. Peluso seria válido se dirigido ao pagamento de impostos comuns – como o imposto de renda, por exemplo – que se justifica, unicamente, sob o ângulo solidário da distribuição de bens e serviços coletivos. De fato, em princípio, ninguém tem o direito adquirido a não pagar imposto de renda. Mas, em se tratando de contribuição previdenciária, por mais que vigore um princípio de solidariedade, não se pode ignorar a existência, nem muito menos suplantar um nítido caráter particular e contributivo inerente a sua razão de ser.

Conclui-se, acompanhando nesse quesito o Min. Carlos Britto, que, por ser de natureza mista, o sistema nacional de previdência é edificado sob um fundo público solidário que se destina a assegurar os direitos à aposentadoria dos servidores públicos. Tendo assegurado esse direito, quer dizer, passando a usufruir dos benefícios a ele inerentes, o servidor o incorpora ao seu patrimônio, constituindo-se em um direito oponível ao Estado. De outro lado, longe de representar um elemento acessório, os proventos constituem, precisamente, o cerne desse direito – afinal, qual o sentido de uma aposentadoria sem remuneração? – que, então, pode ser compreendido como a faculdade concedida ao servidor para interromper sua atividade laboral continuando a perceber uma remuneração equivalente ao fixado pelas normas em vigor à época da concessão do benefício.

Ainda entre os principais argumentos mencionados na ADIN n.º 3105, cumpre refutar a sustentação do Min. Peluso de que somente se poderia falar em direito adquirido se houvesse na Constituição uma norma garantidora de imunidade tributária aos servidores inativos. Ora, se o papel da jurisdição constitucional é reconhecer direitos, mesmo contra as decisões majoritário-republicanas, e se a garantia do direito adquirido situa-se no rol das cláusulas pétreas, que impedem retrocessos sociais no que tange ao seu conteúdo principiológico, é difícil compreender por que razão o direito adquirido (constitucionalmente previsto no art. 5º, XXXVI) depende de uma correspondente norma de imunidade tributária para ser assegurado.

¹⁴⁴ Por trás dessa argumentação encontram-se, sem dúvida, as razões de política sustentando a contribuição previdenciária como um instrumento “punitivo” para servidores agraciados com “privilégios” e benefícios excessivamente amplos. O entendimento da Min. Ellen Gracie é preciso a respeito: não se pode punir alguém por ter se aposentado sob as regras e o regime vigentes à época da sua aposentadoria.

Talvez se pudesse dizer, ainda segundo o Min. Peluso, que não há direito adquirido contra tributos. Essa resposta, contudo, pressupõe que o sistema de previdência é apenas solidário e coletivo, não envolvendo qualquer direito individual. Como visto acima, o sistema é híbrido, edificando-se sob um fundo público que tem a finalidade de assegurar direitos individuais. Assim, a menção à ausência de uma norma garantidora de imunidade aos inativos é um argumento frágil, pois o art. 5º, XXXVI, da CF, assegura a todos – e continua a assegurar, com ou sem aquela norma – o respeito aos direitos adquiridos.

Se aprofundarmos um pouco esse argumento, que identifica e submete a garantia do direito adquirido à previsão de uma correspondente imunidade tributária, veremos que ele somente pode ser compreendido no bojo do modelo de democracia majoritária defendido pelo Ministro. De fato, o argumento pressupõe que a única instituição competente para inserir na Constituição uma norma garantidora de imunidade tributária – e um eventual direito adquirido dos inativos e pensionistas – é o poder legislativo. Uma vez que essa previsão não foi inserida no texto constitucional, e considerando, é claro, a crise do sistema previdenciário, o Supremo Tribunal Federal nada poderia fazer. É como se estivessem em jogo apenas questões de ordem política, dependentes de escolhas majoritárias, alheias, enfim, ao âmbito de atuação da jurisdição constitucional.

Aqui – e essa é, sem dúvida, uma questão central – retornamos ao debate em torno dos modelos de democracia. Enquanto na ADIN n.º 2010 o tribunal afirmou uma interpretação forte dos direitos individuais, fundada num modelo substantivo de democracia, na ADIN n.º 3105 essa interpretação teve seu alcance limitado, imperando uma concepção de democracia majoritária aliada a argumentos de teor nitidamente pragmático. Portanto, em decisões envolvendo a aplicação de princípios semelhantes, a Corte adotou modelos distintos. Essa oscilação entre princípios e concepções opostas, já identificada acima, parece ser fruto de juízos circunstanciais que, no fundo, vêm determinando as decisões do STF. Quando parece conveniente uma decisão fundada em princípio – tal como ocorreu na ADIN n.º 2010 e na ADIN n.º 939 – a Corte defende e adota um modelo de democracia constitucional substantiva. Se as circunstâncias se modificam e surge uma possibilidade de uma decisão conciliatória – tal como na ADIN n.º 3105¹⁴⁵ – então, recorre-se a um modelo de democracia majoritária, sustentando-se

¹⁴⁵ *Conciliatória* no sentido de que, ao mesmo tempo em que reconheceu a constitucionalidade da contribuição, o tribunal proibiu a incidência da cobrança sobre parcelas inferiores ao teto do regime geral da previdência social.

que o tribunal não está legitimado – como esteve, dentre outras ocasiões, no caso do IPMF – a substituir as instituições republicanas.

A exigência de integridade, fundada numa concepção de coerência de princípio, rechaça, veementemente, tais tipos de decisão, que recorrem a um princípio de incoerência estratégica para “dançar conforme a música”, isto é, julgar conforme as conveniências do momento. Como restou claro nos fundamentos dos votos, transcritos acima, dos Min. Joaquim Barbosa e Cezar Peluso – aos quais aderiram expressamente outros Ministros, como Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim – uma das principais justificativas da decisão era viabilizar financeiramente o sistema previdenciário nacional, eliminando “privilégios” e distorções. O ajuste das contas públicas e a crise econômica, mais uma vez – lembre-se, dentre outros, dos casos do Plano Collor e do IPMF – eram utilizados como fundamentos para medidas excepcionais, que violavam direitos constitucionalmente assegurados sob a promessa de um bem-estar futuro e de, quiçá, algum milagre a nos salvar da endêmica crise que assola o país.

As críticas a esse tipo de argumento já foram largamente expostas ao longo do trabalho. A título de conclusão deste longo tópico, basta registrar que a importância das duas ações envolvendo a contribuição dos inativos se assenta, justamente, nesse embate entre, de um lado, as exigências de integridade e um modelo substantivo de democracia e, de outro, uma concepção pragmática de decisão judicial e um modelo majoritário de democracia. A oscilação da Corte entre os dois modelos, aliada à ausência de um debate mais aberto e de uma definição clara em torno dessas questões, continua sendo um problema grave, que mina a legitimidade do tribunal e afasta suas decisões de um necessário papel de assegurar direitos.

Embora exista um amplo espaço para as modificações no modelo de Estado formulado originalmente em 1988 – de fato, em nenhum momento se questionou a possibilidade de instituir para os novos aposentados a contribuição previdenciária – é necessário reconhecer que o nosso sistema democrático-constitucional ou, mais precisamente, a melhor interpretação desse sistema funda-se em limites precisos à atuação das instituições republicanas. Entre esses limites, encontra-se a garantia do direito adquirido, em relação à qual a margem de atuação do poder de reforma é diminuta, quaisquer que sejam as circunstâncias e conveniências do momento. Como alertou o Min. Celso de Mello nos votos proferidos em ambas as ações, “nada compensa a ruptura da ordem constitucional”. Eis uma lição que o STF precisa levar a sério.

5.4. Reforma agrária, ocupação de terra e direito de manifestação (ADINs n.ºs 2213/2002 e 1969/1999)

A questão da reforma agrária e da distribuição da propriedade é central em um país como o Brasil, marcado por um dos mais altos índices de concentração de renda do mundo e por uma estrutura fundiária que privilegia alguns poucos latifundiários. O problema se agrava ao se considerar que a desigualdade em terra não se limita ao fato de uma parcela razoável da população não ter acesso à terra, mas inclui, também, diferenças consideráveis, entre ruralistas e trabalhadores, no que tange à representação de seus interesses na esfera política. Basta lembrar que a bancada ruralista no Congresso é uma das mais expressivas, atingindo, segundo dados do INESC, 89 deputados ou 17% do total de representantes.¹⁴⁶

É nesse contexto que emerge a importância dos direitos de manifestação dos movimentos de luta pela terra. Com ações pouco convencionais, como é notório – e, sem dúvida, diante da força da bancada ruralista, a esfera política legislativa não parece um lugar muito propício para a livre expressão e discussão das suas propostas – tais movimentos recorrem à ocupação de propriedades improdutivas como principal mecanismo para pressionar o governo e, assim, dar visibilidade às suas reivindicações. Altamente politizadas, as ocupações constantes e a gradual ampliação dos conflitos no campo desafiam não só a autoridade estatal – com atos, por exemplo, de desobediência a decisões judiciais – mas também toda a política econômica e orçamentária da União, uma vez que nas contínuas negociações o governo é obrigado a ceder e a direcionar recursos para áreas não consideradas prioritárias. É por tudo isso – manifestações não convencionais, ampliação dos conflitos no campo, forte oposição às principais diretrizes políticas e econômicas do governo, desafio à autoridade estatal e aos interesses dos grandes proprietários, inserindo na agenda política pontos não considerados prioritários – que os movimentos de luta pela terra se tornaram uma verdadeira “pedra no caminho” dos governos eleitos no período pós-1988.

Não é de se estranhar, portanto, a edição da Medida Provisória n.º 2183-56, de 24 de agosto de 2001¹⁴⁷, proibindo a vistoria, avaliação e desapropriação, para fins de reforma

¹⁴⁶ Essa pesquisa se refere ao período 1999-2002. Na legislatura anterior (1995-1998), a bancada contava com 117 deputados. A respeito, cf. Vigna (2001).

¹⁴⁷ Essa MP – cuja edição original remonta à MP n.º 2.027, de maio de 2000 – se tornou “definitiva” em face do disposto no art. 2º, da EC n.º 32/01. Segundo este artigo, as MPs editadas em data anterior à publicação da Emenda (12/09/2001) continuariam em vigor até que deliberação – do Congresso ou de nova MP – as revogasse expressamente. Como não houve nenhum tipo de deliberação a respeito, a medida continua em vigor.

agrária, de "imóvel rural que tenha sido objeto de invasão motivada por conflito agrário de caráter coletivo". A proibição é válida pelo prazo de dois anos – no caso de reincidência, quatro anos – contados da data de desocupação do imóvel. Aliado a isso, a MP vedou a concessão de recursos públicos, a qualquer título, a entidades, organizações e movimentos que, direta ou indiretamente, houvessem colaborado, induzido ou participado de ocupações de terra.¹⁴⁸

Impetrada pelo Partido dos Trabalhadores e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura, a ADIN n.º 2213 questionava a constitucionalidade desses dispositivos. Segundo os autores da ação, a MP n.º 2183-56 não reprimia atos ilícitos e criminosos, mas, sim, instrumentos legítimos de expressão da cidadania. A medida limitava, consideravelmente, os efeitos práticos do mais eficaz instrumento de pressão utilizado pelos movimentos de luta pela terra em prol da Reforma Agrária e da concretização dos preceitos contidos no art. 184, da Constituição Federal.

Do outro lado, a defesa dos dispositivos impugnados, conforme as informações prestadas pela Presidência na República (ADIN n.º 2213, p. 311), sustentava que o objetivo da medida era “neutralizar situações de abuso causadas por determinadas organizações e movimentos sociais”, inibindo “atos de esbulho possessório contra a propriedade privada e contra bens públicos”. Argumentava-se que em um imóvel “invadido” não se encontram condições adequadas para a realização de vistoria – a fim de averiguar o grau de produtividade de um imóvel rural – uma vez que o ato de violência perpetrado leva à destruição ou, ao menos, à diminuição de sua capacidade produtiva. O prazo de dois anos, então, teria por finalidade garantir ao proprietário um período de reorganização de suas atividades, necessários ao restabelecimento dos padrões e dos níveis anteriores de produção. Finalmente, a proibição de conceder recursos públicos às entidades envolvidas com os conflitos agrários coletivos visava submeter o processo de reforma agrária ao princípio da legalidade e aos ditames do Estado de direito. Assim, uma vez que a Administração Pública está vinculada a esses princípios, seria temerário admitir o

¹⁴⁸ A MP alterou a Lei n.º 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, inserindo os seguintes dispositivos: “Art. 2º. § 6º. O imóvel rural de domínio público ou particular objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo não será vistoriado, avaliado ou desapropriado nos dois anos seguintes à sua desocupação, ou no dobro desse prazo, em caso de reincidência; e deverá ser apurada a responsabilidade civil e administrativa de quem concorra com qualquer ato omissivo ou comissivo que propicie o descumprimento dessas vedações. [...] § 8º. A entidade, a organização, a pessoa jurídica, o movimento ou a sociedade de fato que, de qualquer forma, direta ou indiretamente, auxiliar, colaborar, incentivar, incitar, induzir ou participar de invasão de imóveis rurais ou de bens públicos, ou em conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo, não receberá, a qualquer título, recursos públicos”.

financiamento estatal de entidades envolvidas com a prática de atos ilícitos, no caso, os esbulhos possessórios.

É na tensão entre esses dois posicionamentos, isto é, no debate interpretativo acerca da natureza dos atos de ocupação de terra, que se situa a problemática central da ADIN n.º 2213. Trata-se, como queriam os autores da ADIN, de um instrumento legítimo de expressão da cidadania, decorrente dos direitos constitucionalmente assegurados de livre manifestação e associação (art. 5º, XVI, XVII, CF)? Ou, conforme apontou o Presidente da República nas suas informações, estamos diante de atos criminosos, semelhantes a qualquer tipo de violência, que atingem a propriedade privada e garantias como o devido processo legal e o princípio da legalidade?

O relator da ação, Min. Celso de Mello, iniciou seu voto analisando se a MP atendia ou não os pressupostos constitucionais exigidos para sua edição. Apesar de uma crítica incisiva ao abuso da edição de MPs pelo Presidente da República¹⁴⁹ e uma conseqüente defesa do controle judicial desse instrumento legislativo, o Min. entendeu que, no caso em tela, ambos os requisitos haviam sido contemplados. A *relevância* encontrava-se na própria temática envolvida, isto é, a questão fundiária, que, por si só, envolveria dimensões essenciais de ordem econômica, política e jurídica, a exigir regulamentação efetiva por parte do Estado, constituindo-se uma política pública direcionada à ampliação da “participação de todos na justa distribuição da riqueza nacional”. Por sua vez, o requisito de *urgência* estaria contemplado na inadiável necessidade de neutralizar os excessos cometidos pelos movimentos de luta pela terra, tornando mais eficazes os instrumentos de defesa do patrimônio público federal objeto de “invasões” (ADIN n.º 2213, p. 340-345).

No que concerne ao ponto central da ação, o relator seguiu a mesma linha das informações prestadas pelo Presidente da República. Nesse sentido, acatou o entendimento de que a MP visava conter os excessos dos movimentos de trabalhadores rurais, particularmente, a utilização do esbulho possessório como mecanismo ilegal de ação política. A conseqüência mais imediata deste tipo de ação era, segundo o Ministro, uma “[...] grave ofensa a postulados e a

¹⁴⁹ Segundo o Ministro, entre outubro de 1988 e setembro de 2001, o Executivo legislou, por meio de sucessivas medidas provisórias, duas vezes mais do que o Congresso Nacional (6.088 MPs para 2.591 leis ordinárias). O excesso de MPs, concluiu, converteu o Executivo em “verdadeiro legislador solitário da República” fato que “[...] minimiza, perigosamente, a importância político-institucional do Poder Legislativo, pois suprime a possibilidade de prévia discussão parlamentar de matérias que, ordinariamente, estão sujeitas ao poder decisório do Congresso Nacional”. (ADIN n.º 2213, p. 328-329).

valores essenciais resguardados pela ordem constitucional vigente em nosso país” (ADIN n.º 2213, p. 367).

Em seguida, argumentou que o esbulho possessório é crime previsto tanto no art. 161, § 1º, I, do Código Penal, como também no art. 20, da Lei n.º 4.947/66. Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal havia consolidado o entendimento de que a ocupação coletiva de terra por movimentos sociais constitui razão impeditiva para a desapropriação.¹⁵⁰ Isso ocorre porque tais atos obstaculizam o desenvolvimento de atividades regulares de cultivo e produção. Dessa forma, a medida provisória

[...] encontra sua razão de ser na necessidade de permitir, ao longo daquele lapso temporal [de dois anos], que se torne possível a reorganização do sistema de produção fundiária, além de viabilizar a própria recuperação física ou material do prédio invadido ou esbulhado, muitas vezes substancialmente afetado, em seu grau de produtividade, pela ação predatória praticada pelos invasores. (ADIN n.º 2213, p. 393).

Portanto, conforme a interpretação do relator, a MP n.º 2183 apenas confirmava, no plano legislativo, aquilo que já era entendimento pacífico na jurisprudência do STF. Sob essa ótica, a propriedade privada, enquanto direito fundamental, somente pode ser expropriada mediante a estrita observância dos princípios da legalidade e do devido processo legal. De um lado, o Estado deve respeitar todos os procedimentos jurídicos que regulam a desapropriação, vedado o recurso a “qualquer medida que importe em virtual negação ou em injusto sacrifício do direito de propriedade, notadamente quando o Poder Público se deparar com atos de espoliação ou de violação possessória” (ADIN n.º 2213, p. 386); de outro lado, a legalidade e o devido processo circunscrevem os limites da ação política dos movimentos de trabalhadores rurais, que não podem, por não encontrarem amparo no sistema jurídico, recorrer às vias de fato para alcançar seus objetivos. Em outros termos,

A força da lei, editada em harmonia com o estatuto constitucional, não pode ser comprometida por práticas ilícitas, ditadas por razões ideológicas – quaisquer que sejam – ou motivadas por inconformismo político ou social. O respeito ao ordenamento jurídico e a submissão de todos à idéia e à autoridade da lei [...] traduzem comportamentos que prestam reverência ao princípio da legalidade, cuja primazia representa verdadeira pedra angular no processo de construção e de consolidação do

¹⁵⁰ Nesse sentido, cf. os Mandados de Segurança n.ºs 22.328 e 23.241. Vale ressaltar que, nestes casos, pôde-se comprovar que a ocupação gerou, *como causa direta e imediata*, a descaracterização do coeficiente de produtividade do imóvel.

Estado Democrático de Direito. O dever de fidelidade à lei [...] constitui pressuposto essencial à prática legítima das liberdades públicas. (ADIN n.º 2213, p. 388-389).

Por último, como decorrência da argumentação anterior, que reconheceu a natureza criminosa das ocupações de terra, o Min. Celso de Mello também considerou constitucional a proibição de qualquer tipo de financiamento público para entidades envolvidas com atos dessa categoria. O Min. acatou o argumento de que o Estado não pode, em nenhuma hipótese, colaborar ou contribuir materialmente com o desenvolvimento de ações políticas que desafiam a ordem jurídica estabelecida.

Esse entendimento foi acatado pelo voto da maioria dos Ministros, declarando-se, ao final, por sete votos a três, a constitucionalidade da MP n.º 2183. As dissidências ficaram por conta dos Min. Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio.

Primeiro a levantar divergências no julgamento, o Min. Ilmar Galvão considerou que a vedação estabelecida pela MP somente seria válida nos casos em que a ocupação prejudicasse, efetivamente, o sistema de produção. Nas hipóteses em que isso não ocorresse, ou seja, quando o sistema de produção restasse intacto ou quando sequer houvesse sistema de produção a ser desorganizado, tal como numa propriedade improdutiva, não haveria razão para se instituir em benefício do proprietário – e como uma punição aos trabalhadores – uma imunidade, de dois anos, à desapropriação. (ADIN n.º 2213, p. 433-441).

Diante de tal objeção, o Min. Celso de Mello contra-argumentou – em uma passagem na qual revelou, muito claramente, os pressupostos fáticos que sustentaram seu voto – expressando a sua convicção de que “considerada a *natureza predatória* que *usualmente* caracteriza os atos ilícitos de invasão fundiária [...] esta, *quase sempre*, culmina por desestruturar o próprio sistema de produção existente no imóvel rural objeto de ilegal violação possessória” (ADIN n.º 2213, p. 437-438, grifei). No mesmo sentido, o Min. Carlos Velloso sustentou que “uma propriedade rural, objeto de invasão coletiva, *tende* a perder a sua produtividade [...]. Pelo menos, existe uma *presunção* de que a propriedade invadida coletivamente perde a sua produtividade” (ADIN n.º 2213, p. 442-443, grifei). Por último, complementando os argumentos especulativos dos seus pares, o Min. Néri da Silveira afirmou que a MP n.º 2183 era uma importante “norma de contenção no processo social histórico, para evitar que as invasões não só criem um *tumulto* em termos de ordem pública, mas, também, possam ter *conseqüências* mais graves em matéria de desordenação do *sistema econômico*”. Nesse aspecto, o Min. demonstrou-se

receoso “com um *processo de violência* que vá cada vez mais se agravando”, de maneira que os dispositivos da MP n.º 2183 representariam, precisamente, a “retomada de *equilíbrio* nesse processo”, é dizer, a sua realização conforme os ditames da “*paz social*”. (ADIN n.º 2213, p. 454-455, grifei).

Fica claro, assim, que o argumento acatado pela maioria dos Ministros estava fundado em uma frágil identificação entre ocupação de terra e violência, atribuindo a estes atos a presunção de causadores “naturais” de desordens e tumultos. Por outras palavras, seriam ações “predatórias”, que atentam contra a ordem pública e que “quase sempre” aniquilam o sistema produtivo de um imóvel.

Retomando a mesma linha de raciocínio do Min. Ilmar Galvão, e partindo de uma outra leitura dos precedentes do tribunal, em seu voto, o Min. Sepúlveda Pertence forneceu importantes subsídios para uma crítica a esse posicionamento. Em primeiro lugar, admitiu que, de fato, em todos os casos citados pelo relator, o tribunal havia reconhecido que a ocupação por movimentos sociais afetara, *diretamente*, o grau de produtividade do imóvel, inviabilizando a realização de uma vistoria adequada. Nestes casos, a Corte anulou o decreto expropriatório com base no entendimento de que não se poderia, com precisão, atribuir a responsabilidade pela improdutividade da gleba ao proprietário.

Todavia, em inúmeros outros casos, não citados pelo relator, o tribunal declarou a validade da desapropriação mesmo diante de uma ocupação precedente do imóvel. É que, nessas oportunidades, pôde-se averiguar que *não havia relação direta* entre a ocupação e a improdutividade do imóvel. Por exemplo, nas hipóteses em que a ocupação foi pacífica, durou por um curto período, abrangeu uma pequena parcela de um imóvel de grandes proporções ou, ainda, envolveu um imóvel totalmente improdutivo, casos em que, aliás, os próprios integrantes de uma ocupação poderiam ser responsáveis por torná-lo produtivo.¹⁵¹

Assim, o pressuposto fático do argumento do relator contradiz a própria jurisprudência do STF, que já havia se deparado com casos nos quais inexistia qualquer relação direta entre a ocupação e a improdutividade do imóvel. Mais do que isso, nesses casos, o tribunal rechaçou qualquer possibilidade de identificação abstrata e especulativa entre ocupação de terra e

¹⁵¹ O Ministro mencionou uma decisão, por ele mesmo relatada, na qual um imenso latifúndio improdutivo fora ocupado, por quinze dias, numa área equivalente a 2% ou 3% do total do imóvel. Neste caso, por unanimidade, o tribunal reconheceu ser temerário atribuir a essa pequena ocupação a causa determinante da improdutividade do imóvel. (ADIN n.º 2213, p. 447). Nesse sentido, cf. o MS n.º 23.054.

violência ou, ainda, qualquer presunção *a priori* de que a toda ocupação corresponde, necessariamente, uma desorganização do sistema produtivo do imóvel. Em síntese, segundo o Min. Pertence, a melhor interpretação dos precedentes é aquela que vislumbra nos atos dos movimentos de luta pela terra uma causa impeditiva da desapropriação, não em termos genéricos, como uma proibição abstrata, mas *apenas* nas hipóteses em que se possa atribuir à ocupação a causa direta e determinante da improdutividade do imóvel. A ocupação deve ser entendida, de acordo com essa interpretação, como um direito dos manifestantes, que apenas gera conseqüências impeditivas ao processo de desapropriação nas hipóteses em que, concretamente, viola direitos alheios – tal como no caso em que torna improdutiva uma gleba que, anteriormente, cumpria a função social.

Vale notar que, ao contrário dos demais julgadores, o Min. Pertence realçou uma relação de descontinuidade e desarmonia entre os precedentes da Corte e a medida provisória n.º 2183. Afinal, enquanto os precedentes se firmaram sobre a idéia de que as eventuais conseqüências negativas de uma ocupação devem ser verificadas em cada caso concreto, a MP estabeleceu uma proibição abstrata, válida para qualquer caso (“se houver esbulho, não pode haver vistoria, nem desapropriação”). Ora, ao proibir a vistoria – instrumento no qual se verificam a situação do imóvel, incluindo as conseqüências de uma eventual ocupação – a MP eliminou a possibilidade de o tribunal analisar, caso a caso, as causas objetivas que comprometeram a produtividade de determinado imóvel. Daí que, ao se declarar a constitucionalidade dessa nova regulamentação, “[...] jamais se poderá fazer aquele juízo que o Tribunal fez várias vezes, mesmo na cognição sumária do mandado de segurança, sobre a possibilidade, ou não, de que a turbação tenha sido responsável pela improdutividade”. (ADIN n.º 2213, p. 448-449).

Por último, o Min. Sepúlveda Pertence recusou o argumento *ad terrorem* fundado no “temor da violência e dos tumultos causados pelos movimentos sociais”. Segundo afirmou, o conflito é inerente ao debate e à implementação de uma política de reforma agrária. Afinal, esta se desenvolve segundo um processo social dinâmico, no qual se confrontam as visões de mundo e as reivindicações de grupos sociais situados em pólos opostos: de um lado, os grandes proprietários e a defesa intransigente de suas posses, e, de outro, os trabalhadores rurais, que lutam pela ampliação do acesso e por uma distribuição mais igualitária da propriedade. (ADIN n.º 2213, p. 448).

Foram esses, brevemente resumidos, os principais argumentos expostos pelos Ministros no julgamento da ADIN n.º 2213. A decisão, como se pôde observar, fundamentou-se em uma identificação *a priori* entre ocupação de terra e violência, da qual decorreram argumentos consequencialistas especulativos, particularmente, em torno dos riscos de desordens e tumultos, e, ainda, em torno da idéia de que toda ocupação desorganiza o sistema produtivo. Sem dúvida, qualquer análise empírica simplória seria o bastante para refutar todos esses argumentos, como o fez, por exemplo, o Min. Ilmar Galvão.

O problema se torna ainda mais grave quando se verifica que a própria jurisprudência do STF contraria os pressupostos fáticos da decisão, pois, em diversas ocasiões, o tribunal reconheceu que as ocupações não geraram violência, nem macularam a produtividade dos imóveis, que, aliás, não raro, são improdutivos. A violação à integridade é aqui patente, demonstrando certa hostilidade da Corte para com direitos controversos como o dos movimentos de trabalhadores rurais. Diferente, portanto, de julgamentos que envolviam direitos e garantias dos contribuintes, como no caso do IPMF, no qual o Supremo não hesitou muito em estender o alcance das cláusulas pétreas.

É importante ressaltar, ainda, que, sob a perspectiva adotada neste trabalho, o direito de manifestação, tal como no caso das ocupações de terra, deve ser entendido como um direito fundamental, um instrumento legítimo de expressão de reivindicações e propostas políticas. Trata-se, por outras palavras, de um *trunfo contra-majoritário*, um mecanismo essencial numa sociedade democrática, que se consubstancia na garantia conferida a todos os cidadãos de interferir – ou, na expressão de Dworkin, de marcar alguma diferença – no processo político a fim de pressionar o governo a atender às suas reivindicações.

E o cerne desse direito é que ele não pode ser moldado previamente, quer dizer, a maioria – contra a qual as manifestações se dirigem – não tem o direito de delimitar as formas “aceitáveis” ou os tipos “toleráveis” de manifestação. Evidentemente, alguns limites precisam ser impostos – um genocídio, por exemplo, não pode ser encarado como livre expressão da cidadania – mas, ao reconhecer a força e a importância desse direito, não se pode aceitar, sob nenhuma hipótese – tal como, equivocadamente, fez o STF – restrições fundadas em juízos consequencialistas especulativos. Nem muito menos são sustentáveis argumentos que se baseiam – para utilizar um termo do Min. Celso de Mello – no “dever de fidelidade à lei”, pois é,

justamente, contra as leis votadas ou contra as omissões de uma maioria eleita que se dirigem as manifestações. Como afirma Dworkin,

Em nossa sociedade, às vezes um homem tem o direito, no sentido forte, de desobedecer à lei. Tem esse direito toda vez que a lei erroneamente invade seus direitos contra o governo. Se ele tiver um direito moral à liberdade de expressão, terá então o direito moral de infringir qualquer lei que o governo, em virtude daquele seu direito, não tenha autoridade para adotar. O direito de desobedecer à lei não é um direito isolado, que tem algo a ver com a consciência, mas uma adição a outros direitos contra o governo. É simplesmente uma característica desses direitos contra o governo e em princípio não podemos negá-lo, sem que também neguemos a existência desses direitos. (Dworkin, 1977, p. 294-295).

Em uma sociedade democrática, enfim, o direito à livre manifestação é um direito fundamental, um trunfo contra-majoritário, que faculta aos cidadãos expor suas propostas políticas, dar visibilidade às suas reivindicações e, inclusive, contestar valores e concepções políticas estabelecidas. E, por ser um direito essencialmente vinculado ao conflito – e não à violência, vale enfatizar – ele deve ser exercido da forma como melhor aprouver aos seus titulares. Assim, o tom dos discursos, o formato das mobilizações, as estratégias políticas e os instrumentos de pressão a serem utilizados somente podem ser escolhidos e determinados – por mais radicais que pareçam à maioria – pelos próprios manifestantes.

Essas conclusões, é importante anotar, encontram amparo tanto nos modelos de democracia procedimental quanto no modelo de democracia constitucional substantiva. Para os defensores de um modelo procedimental, o papel dos tribunais é vigiar o processo democrático, assegurando que todos os interesses sejam devidamente representados na esfera pública ou, ainda, que o fluxo democrático e o poder comunicativo não sejam limitados de modo arbitrário. Por sua vez, numa democracia constitucional substantiva, o direito de manifestação se fundamenta no princípio que assegura a cada um dos membros da comunidade a possibilidade de *fazer parte*, isto é, marcar alguma diferença, enquanto sujeito que merece igual consideração e respeito, no processo político.

Portanto, de acordo com ambas as perspectivas, proteger os direitos de manifestação dos movimentos de luta pela terra, constitui tarefa essencial do STF, seja para manter a democracia em funcionamento, seja para assegurar o reconhecimento de todos os cidadãos como iguais. Pode-se dizer, então, que o único modelo, dentre os analisados no capítulo anterior, que pode amparar essa decisão, é o modelo de democracia comunitária monolítica.

Nesse sentido, tendo sido imposta pelo Presidente da República, por meio de medida provisória, a contenção das reivindicações dos sem-terra se coaduna, plenamente, com os princípios de homogeneidade política e unidade nacional. Trata-se de evitar as dissidências, minar o poder dos inimigos ou, ainda, conter os elementos heterogêneos que põem em risco a estabilidade política, a integração comunitária e a “paz social”.

Sem dúvida, a concepção comunitária monolítica – pressuposta, de modo implícito, na decisão – dificilmente seria acatada se o tribunal enfrentasse, de modo direto, a problemática da democracia. Afinal, como apontado nas críticas feitas a Schmitt no segundo capítulo, essa concepção não pode ser, de maneira alguma, considerada uma boa interpretação da nossa prática constitucional. O pressuposto de homogeneidade política contradiz princípios – tais como o do pluralismo e da igual consideração e respeito – que estão no cerne do nosso sistema constitucional.

Em síntese, a ausência de uma definição clara e coerente em torno dessa questão, como já exposto, abre caminho para a adoção de posicionamentos pragmáticos, tornando mais difícil o controle e a previsibilidade das decisões do STF. Ao contrário, se o tribunal acatasse o ideal de integridade, a mesma concepção de democracia sustentada no caso do IPMF, se bem compreendida, também deveria amparar, no caso da ADIN n.º 2.213, a proteção aos direitos dos manifestantes.¹⁵²

Por último, vale acentuar que a interpretação aqui defendida como a mais correta – isto é, a de que a ocupação de terra configura ato legítimo de expressão da cidadania – encontra amparo na própria jurisprudência do STF sobre direitos de manifestação. Nesse sentido, na ADIN n.º 1969, julgada em 24 de março de 1999, a Corte declarou a inconstitucionalidade de um decreto do governador do Distrito Federal que proibia a realização de manifestações públicas com a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros na Praça dos Três Poderes, na Esplanada dos Ministérios e na Praça do Buriti. Os Ministros entenderam, por unanimidade, que essa regulamentação *inviabilizava o exercício e a eficácia do direito em questão*, pois, na prática, sob a justificativa de assegurar o regular funcionamento das instituições políticas federais e evitar incômodos à população em geral, somente seriam permitidos protestos e passeatas “silenciosos”.

¹⁵² A esse respeito, cf. as observações feitas ao final do relato da ADIN n.º 939. Fica claro, agora, o porquê daquela decisão não representar uma inovação no contexto mais geral de atuação do STF no período aqui em análise. Prevalecem o pragmatismo, a ausência de um debate mais aberto em torno da questão da democracia e, ainda, uma hostilidade para com direitos controversos, tais como o dos movimentos dos sem-terra. Diferente, portanto, da postura da Corte no que tange aos direitos dos contribuintes.

O relator da ação, Min. Marco Aurélio – amparado em um artigo do Min. Celso de Mello – afirmou que o Estado não pode, “mediante formulações apriorísticas, cercear a liberdade de reunião”, pois a manifestação prevista nos preceitos constitucionais não se limita “àquelas que se mostrem silenciosas. Ao contrário, a razão de ser do preceito está na veiculação de idéias, pouco importando digam respeito a aspectos religiosos, culturais ou políticos” (ADIN n.º 1969, p. 299-300). Em seguida, arrematando seu voto, o Min. citou o seguinte trecho do advogado americano Abe Fortas, retirado do artigo do Min. Celso de Mello:

[...] o cidadão tem protegido pela constituição o direito de crítica, mesmo que descomedida; de protesto, mesmo que violento; de trazer outros para sua causa, e, em conjunto, reunir-se pacificamente. O Estado deve não só respeitar estes direitos, como se abster de punir o seu exercício. O Estado está obrigado, se preciso for, a enviar tropas policiais ou militares para proteger a passeata [...] (ADIN n.º 1969, p. 301).

Na ocasião, mesmo Ministros de orientação mais conservadora, como Moreira Alves e Nelson Jobim, perfilharam entendimento similar. O Min. Jobim, por exemplo, pontuou que o Estado tem competência para regulamentar as manifestações, mas, ao fazê-lo, não pode impedir a livre reunião, “o protesto, a crítica e a manifestação de idéias e pensamentos, que são bens protegidos” (ADIN n.º 1969, p. 309). E mais adiante deixou claro que “os espaços de disciplina só podem ser aqueles vistos de forma negativa, qual seja, que não impeçam a eficácia da manifestação, que é exatamente a transposição, a verbalização do que se faz, do que se diz”. (ADIN n.º 1969, p. 311).

Esse importante precedente possui, como se pode perceber, intrínsecas relações com o caso julgado na ADIN n.º 2213. De fato, o princípio assegurado na ADIN n.º 1969 – o de que as regulamentações do direito de manifestação não podem chegar ao ponto de inviabilizá-lo ou de torná-lo ineficaz – também estava em questão no caso das ocupações e, mais do que isso, apontava para uma decisão favorável aos movimentos de luta pela terra. A virtude política da integridade e a necessária coerência de princípio entre as decisões do tribunal foram, nesse contexto, fortemente abaladas. Afinal, os Ministros, simplesmente, ignoraram esse precedente, não apresentando nenhum fundamento capaz de legitimar a descontinuidade e o descompasso entre as decisões.

Em síntese, na ADIN n.º 2213, uma concepção pragmática de decisão judicial se revelou em quatro momentos: (1) nos argumentos utilizados para negar o direito de manifestação

dos trabalhadores rurais; (2) na incoerência com as decisões anteriores que contradiziam os pressupostos fáticos que identificavam as ocupações com atos de violência; (3) na ausência de um debate efetivo a respeito da democracia, possibilitando a adoção de pressupostos do modelo de democracia comunitária monolítica, os quais contradizem a jurisprudência do STF sobre direitos individuais, particularmente, a decisão proferida na ADIN n.º 939; e (4) no desrespeito ao precedente consagrado na ADIN n.º 1969, na qual se firmou o princípio de que as regulamentações estatais não podem inviabilizar o exercício dos direitos de reunião e manifestação.

5.5. A crise energética e a proteção aos consumidores (ADC n.º 09/2001)

Diante da crise energética e dos riscos generalizados de “apagão” que ameaçavam o país, o governo propôs, em meados de 2001, medidas emergenciais de contenção do consumo de energia elétrica. O famigerado “acionamento” – que atingiu todos os cidadãos brasileiros e todos os setores da economia, gerando muitas polêmicas quanto à inoperância da política energética governamental e quanto à própria gestão da crise – ganhou corpo com a Medida Provisória n.º 2.152, de 01 de junho de 2001, que, dentre outras providências, criava a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica e estabelecia diretrizes para programas de enfrentamento da crise. Tão logo promulgada, a MP foi objeto de um sem-número de ações na justiça, em muitas das quais foram concedidas liminares suspendendo a vigência de alguns de seus mais importantes dispositivos, comprometendo a efetividade do plano. O próprio STF já havia sido instado a se manifestar sobre o tema por meio de ADINs impetradas na Corte.¹⁵³ Nesse contexto, de ampla controvérsia judicial, o Presidente da República propôs a ADC n.º 09, visando suspender todas as ações em curso e obter uma declaração definitiva e vinculante sobre a constitucionalidade da medida.

O Programa Emergencial de Redução de Consumo de Energia Elétrica, em relação ao qual girava o pedido da ADC, foi instituído com base em três instrumentos: (1) a fixação de metas de redução do consumo, tomando como parâmetro a média de três meses – maio, junho e julho – do ano anterior; (2) o pagamento de uma tarifa especial por aqueles que ultrapassassem a respectiva meta e bônus para aqueles que poupassem mais; e (3) a suspensão do fornecimento de energia elétrica na hipótese de descumprimento reincidente da meta.

¹⁵³ Nesse sentido, cf. as ADINs n.ºs 2468 e 2473.

Em seu voto, o relator da ação, Min. Néri da Silveira, considerou que as medidas (2) e (3) acima mencionadas violavam a Constituição. Segundo o Min., a sobretarifa, a ser paga pelos consumidores residenciais cujo consumo excedesse a meta estabelecida, era inconstitucional, pois não atendia os requisitos necessários para a instituição de uma tarifa, tal como entendia a jurisprudência consolidada do STF. Citando decisões anteriores da Corte, o Min. apontou que somente se ajustam ao conceito de tarifa e ao seu regime legal aqueles valores cobrados dos usuários de serviços públicos com o fim exclusivo de remunerar as atividades das concessionárias e de proporcionar a melhoria dos serviços.¹⁵⁴ No caso em tela, conforme previa o art. 20, da MP n.º 2.152/01, somente 2% dos recursos arrecadados com a sobretarifa seriam destinados à remuneração das concessionárias. Toda a provisão restante constituiria uma reserva hábil a financiar o bônus dos consumidores que conseguissem poupar além do previsto na meta de redução de consumo. Nas palavras do relator,

Dessa maneira, não cabe compreender o acréscimo de 50% a 200%, *ut* art. 15, II e III, da Medida Provisória n.º 2.152/2001, como sobretarifa, pois não guarda pertinência nem destinação com a prestação do serviço, mas comporá reserva que tem terceiros como beneficiários. Sua natureza, em conseqüência, ou será de um tributo novo com destino certo a ser pago pelos consumidores que descumprirem a meta de consumo [...] e, então, isso somente poderia se dar por lei complementar [...] atendidos os pressupostos em matéria tributária, inclusive, a anterioridade, e nunca por medida provisória, ou se se cuida, aqui, tão-só, de sanção pecuniária por descumprimento de determinação administrativa, ainda aí, não se poderia admiti-la imposta por medida provisória, pelo caráter penal de que se reveste (ADC n.º 09, p. 91).

Em relação ao corte de energia, o Min. considerou que a Constituição assegura a proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII; 170, V) e que, albergada por essa proteção, encontra-se o dever do Estado e das concessionárias de serviço público de prestar os respectivos serviços de modo adequado, seguro e eficiente, observando, ainda, o princípio da continuidade, que veda a interrupção no fornecimento de serviços essenciais tais como o de energia elétrica.

Por último, o Ministro considerou a afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no que concerne aos valores exorbitantes previstos na cobrança da sobretarifa

¹⁵⁴ O Ministro fez referência ao RE n.º 117.315-RS. Neste julgado, relatado pelo Min. Moreira Alves, ficou assentado que “[...] tarifa é o preço público que corresponde à contraprestação remuneratória por parte do usuário de prestação, pela concessionária, desse serviço público facultativo, o que implica dizer que é da essência dessa tarifa – como preço público que é – ter como destinatário o prestador do serviço, que, com ela, não só tem a justa remuneração de seu capital, mas também dispõe de recursos para o melhoramento e a expansão de seus serviços, bem como tem assegurado o equilíbrio econômico e financeiro do contrato” (ADC n.º 09, p. 83).

– cujo percentual variava entre 50% e 200% sobre a tarifa ordinária. Ademais, a sobretarifa seria cobrada sem a observância dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, uma vez que não seriam apuradas, assegurando-se as necessárias garantias, as razões que, no caso concreto, motivaram o descumprimento da meta.

O voto seguinte, proferido pela Min. Ellen Gracie, apontou em direção exatamente oposta à do relator. A Min. considerou a medida constitucional, argumentando que a sobretarifa nada tinha de tributo ou de sanção pecuniária, pois não se destinava aos cofres públicos ou à constituição de algum fundo, tal como havia ocorrido no precedente citado pelo relator. Fruto de uma política tarifária adotada pelo Estado, conforme autoriza a Constituição (art. 175, III), a sobretarifa seria utilizada para custear despesas adicionais das concessionárias com a implementação do racionamento e financiar os bônus pagos aos consumidores mais poupadores. Por isso, a medida era constitucional e plenamente adequada ao regime legal das tarifas. Em síntese,

Os recursos, embora endereçados ao atendimento de finalidades diversas, têm um único destinatário que é o fornecedor/concessionário do serviço. Seu destaque é meramente registro contábil e não pressupõe a formação de qualquer fundo autônomo. Os bônus, por seu turno, estão previstos para se concretizarem na forma de compensações [...]. Não serão percebidos em espécie pelos contribuintes poupadores (ADC n.º 09, p. 98).

Para a Min. Ellen Gracie, longe de afrontar o princípio da proteção ao consumidor, as medidas propostas pelo governo estariam, justamente, assegurando essa proteção. Seu objetivo, nesse sentido, era viabilizar a continuidade do serviço e garantir o direito de todos a um consumo mínimo, em tempos de alta e incontestável escassez. E isso era feito de modo a redistribuir isonomicamente – isto é, respeitando a capacidade contributiva dos diversos cidadãos – o ônus que a situação impunha ao país.

Em seguida, a Min. defendeu a constitucionalidade da suspensão do serviço. Uma vez que não poderia ser aplicada aos cidadãos que consumissem até 100kWh (art. 14, § 3º, MP n.º 2152/01), a medida coercitiva direcionava-se explicitamente aos consumidores de alta renda, que, por isso mesmo, poderiam se manter indiferentes ao aumento das taxas e persistir, alheios à solidariedade social demandada pelo contexto, “aquecendo piscinas ociosas, até que falte a energia necessária para que se acenda uma simples lâmpada numa residência pobre” (ADC n.º 09, p. 99). Além disso, o procedimento para a suspensão do fornecimento de energia elétrica

atendia ao princípio do devido processo legal. De fato, a MP estabelecia que, inicialmente, o consumidor deveria ser notificado da inobservância da meta e somente na hipótese de, no mês seguinte, ultrapassar novamente o limite é que o serviço seria suspenso – por até três dias. A MP (art. 15, § 5º) atribuía, ainda, competência às concessionárias para apreciar os casos excepcionais, de forma a lhes propiciar tratamento individualizado. Finalmente, ainda segundo a Min., as diversas resoluções regulamentares asseguravam o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Com base nesses fundamentos, aos quais aderiram a esmagadora maioria do tribunal – a votação se deu na base de oito votos a dois – a Ministra deferiu a liminar, suspendendo, com eficácia *ex tunc* e efeito vinculante, a prolação de qualquer decisão sobre a constitucionalidade da MP n.º 2152/01. Dois meses depois, no julgamento definitivo da ação, a cautelar foi confirmada, declarando-se a constitucionalidade da MP.

Os demais Ministros, como dito, em geral, reproduziram os argumentos da Min. Ellen Gracie. Alguns deles, como Carlos Velloso, Sydney Sanches e Maurício Corrêa, destacaram a ampla aceitação do plano pela opinião pública, que vinha crescentemente economizando e reduzindo o consumo de energia. Desse modo, tal como acentuou o Min. Corrêa, restaria comprovada a proporcionalidade das medidas e, enfim, “seria o maior absurdo que o STF derrubasse as regras emergenciais ora em implantação quando o próprio povo já as aprovou” (ADC n.º 09, p. 100).

Por sua vez, o Min. Sepúlveda Pertence argumentou que as tarifas de serviço público poderiam ser utilizadas com finalidades extrafiscais, entre essas, a de desestimular o consumo em tempos de escassez. Em relação a esse aspecto, o Min. Moreira Alves acrescentou que o precedente mencionado pelo relator foi julgado com base na Constituição de 1967, na qual o regime tarifário era mais restrito. Após 1988, segundo afirmou, o quadro havia se modificado, pois a Constituição fixou bases mais amplas para a política tarifária, permitindo que o legislador se utilizasse do preço público com fins políticos e extrafiscais, sob a única condição de garantia de prestação de um serviço adequado.

Último a votar, o Min. Marco Aurélio foi o único a acompanhar as razões postas pelo relator. Demonstrando-se surpreso com o consenso entre os ministros em torno de matéria tão polêmica, Marco Aurélio apontou que não votaria “sob o ângulo sociológico”, nem ignoraria as balizas constitucionais (ADC n.º 09, p. 139). Assim, iniciou sua argumentação demonstrando

que a MP atribuía poderes excessivos à Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica (GCE).¹⁵⁵ Tratava-se de um “superórgão”, competente para alterar praticamente todos os dispositivos fixados na MP n.º 2152/01, incluindo as tarifas, os níveis e os limites de consumo, a fórmula de cálculo do bônus e, ainda, os prazos e os procedimentos previstos para a suspensão do fornecimento do serviço de energia (art. 5º, § 1º; art. 14, § 5º, MP n.º 2152/01). Essa delegação, segundo o Min., era insustentável perante o texto da Constituição Federal: “[...] mas quem sabe? A crise tudo justifica. E perdem-se, com isso, os parâmetros próprios ao Estado Democrático de Direito” (ADC n.º 09, p. 141).

Para o Min., a sobretarifa era, na verdade, um empréstimo compulsório, instituído sem lei complementar. Com efeito, além do bônus aos consumidores que mais poupassem, a MP previa que, em havendo saldo – ou seja, se os recursos obtidos com a sobretarifa excedessem os custos adicionais das concessionárias e o *quantum* necessário para o pagamento do bônus – os valores restantes seriam compensados a fim de viabilizar a redução posterior de tarifas, na forma a ser fixada pela ANEEL. Assim, tratava-se de verdadeira “devolução” dos valores cobrados como sobretarifa.

Continuando seu raciocínio, Marco Aurélio afirmou que o bônus previsto na MP era inócuo, pois, dificilmente, alguém conseguiria reduzir o consumo de energia além do previsto na meta. Na prática, então, os valores arrecadados com a sobretarifa constituiriam um fundo de reserva, a ser destinado não às concessionárias – tal como exigia o regime legal das tarifas – mas, sim, à devolução aos consumidores. Resumindo sua posição, o Min. concluiu que não podia,

[...] sob pena de adentrar o campo da mais absoluta incoerência, assentar que essa sobretarifa é, ao mesmo tempo, sobretarifa e algo que, no futuro, será devolvido aos usuários. A forma de devolução não importa, porque, de acordo com o § 2º do artigo 20 – a revelar que o bônus é ilusório, poucos vão ter direito a ele –, o saldo da conta especial – não sei onde ficará essa conta, parece que na titularidade, de início, da concessionária – será compensado integralmente nas tarifas. (ADC n.º 09, p. 154).

Foram esses, em síntese, os argumentos adotados pelos ministros do STF no caso do apagão. O que dizer, ao final, sobre a ADC n.º 09 e o julgamento que declarou a constitucionalidade das medidas emergenciais de gestão da crise energética? O STF cedeu a argumentos pragmáticos a fim de chancelar arbitrariedades governamentais? Demonstrou-se

¹⁵⁵ A GCE era integrada por Ministros de Estado, pelos dirigentes máximos do BNDES, de Agências Reguladoras (ANP, ANEEL, ANA), de Itaipu e do ONS – Operador Nacional do Sistema Elétrico. Além destes, a MP autorizava ao Presidente a indicação de outros membros (art. 3º, MP n.º 2152/01).

submisso, conferindo, mais uma vez, a guarda da Constituição ao Executivo? Ou julgou corretamente, assegurando direitos, de acordo com a melhor leitura do sistema jurídico como um todo e conforme o que determinava a melhor interpretação possível do caso?

Uma boa forma de responder a essas perguntas é proceder a uma comparação com a ADIN n.º 223-6, referente ao Plano Collor, que, sem dúvida, representa uma das mais equivocadas decisões tomadas pelo STF no período aqui em análise. Por isso, esta decisão pode ser utilizada como uma espécie de *parâmetro negativo de justiça*, ou seja, um padrão decisório em relação ao qual uma decisão será tanto mais equivocada quanto mais se aproxime dos seus fundamentos ou, em sentido contrário, tanto mais correta quanto mais distante deles.

Tomando, então, a ADIN n.º 223 como parâmetro negativo de justiça, observa-se que a decisão tomada na ADC n.º 09 constituiu-se – em três importantes aspectos – de modo bastante distinto. Em primeiro lugar, vale notar que a crise energética e suas possíveis conseqüências – apagão, blecaute – eram muito mais concretas e inequívocas do que as especulações messiânicas – “perecimento da nação”, “caos econômico”, “futuro melhor” – que marcaram e prevaleceram no debate da ADIN n.º 223. Em segundo lugar, apesar de também se tratar de um momento de crise e apesar da maior concretude das questões envolvidas, os ministros não fundamentaram seus votos em argumentos pragmáticos ou nas eventuais conseqüências da decisão, tal como fizeram no caso Collor. Em terceiro lugar, enquanto nesta ação se contrapuseram argumentos de princípio (direito de acesso ao judiciário) e os já mencionados *argumentos de política indeterminados*, na ADC n.º 09, a disputa se deu, basicamente, entre dois *argumentos de política determinados*, isto é, em torno de qual a melhor estratégia para se assegurar os direitos dos usuários.

Como visto, a controvérsia central girou em torno de duas questões: (1) o direito dos consumidores à prestação de um serviço adequado e contínuo; (2) o regime legal das tarifas. No que concerne ao primeiro ponto – e deixando de lado a segunda questão¹⁵⁶ – as duas correntes que se contrapuseram no julgamento recorreram a justificativas diferentes dos direitos dos consumidores. De um lado, o relator assinalou que a MP era inconstitucional, pois sobretaxava os usuários de forma exorbitante e previa a possibilidade de interromper o fornecimento de energia.

¹⁵⁶ Considero correto o argumento da maioria de que o Estado – tal como autoriza a Constituição (art. 175, III) – pode estabelecer, no âmbito de uma política tarifária, aumento de tarifas com finalidades extrafiscais, especialmente para desestimular o consumo e incentivar os mais poupadores em tempos de escassez. O precedente citado ocorreu ainda sob a vigência da Constituição de 1967, na qual a regulamentação do tema era mais restrita do que a da atual Carta Magna.

De outro lado, a Min. Gracie sustentou que as medidas governamentais visavam proteger o pequeno consumidor, assegurando a continuidade do serviço e o direito a um consumo mínimo.

De fato, os pequenos consumidores não estavam sujeitos a nenhuma das medidas coercitivas previstas, isto é, nem à sobretarifa e nem à suspensão do serviço. Estas, como restou evidenciado, foram direcionadas a onerar os grandes consumidores e a compeli-los à observância das metas de redução do consumo. A justificativa para tanto se situava no fato de que, em face de sua condição econômica, aqueles usuários seriam capazes de consumir mais e de, eventualmente, suportando as tarifas mais altas, manter o mesmo patamar (elevado) de consumo. Por isso, a mais drástica das medidas – a suspensão do serviço – seria utilizada apenas em caso de reincidência injustificada na inobservância da meta, como um último mecanismo para compeli-los a respeitar as restrições impostas pela situação de escassez.¹⁵⁷

Portanto, tal como acentuou a Min. Gracie, a medida assegurava, efetivamente, a proteção aos direitos dos consumidores – especialmente, dos pequenos usuários – de maneira que o ônus para os grandes consumidores era plenamente justificável como uma medida capaz de garantir um consumo mínimo e contínuo de energia elétrica para todos. Por outras palavras, recorrendo a uma versão do *princípio da diferença*, tal como formulado por John Rawls (2002, p. 16), as medidas desiguais – no caso, a sobretarifa e a suspensão do serviço – eram reconhecidamente justas na medida em que resultavam em benefícios compensatórios – garantia da continuidade do serviço, direito a um consumo mínimo e bônus em caso de poupança – para os menos favorecidos, entendidos como aqueles que consumissem até 100 kWh.¹⁵⁸

Além de justificar de forma mais clara e sistemática o argumento adotado pela maioria dos Min. na ADC n.º 09, o princípio da diferença serve também para mostrar, *a contrario sensu*, que o argumento do relator pressupunha algo pouco defensável: o direito ao consumo ilimitado de energia elétrica em situações de *inequívoca* – vale enfatizar que não se trata aqui de especulação ou suposição – escassez de energia elétrica.¹⁵⁹ Defender esse ponto de vista, nesse

¹⁵⁷ Acato aqui o argumento da Min. Ellen Gracie de que a MP (art. 15, § 5º) garantia o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório ao atribuir competência às concessionárias para analisar os casos excepcionais. Ainda segundo a Min., as normas regulamentares previam os procedimentos a serem adotados nessas hipóteses. Além disso, no julgamento da ADIN n.º 2473, o STF declarou inconstitucional o art. 24, da MP, que atribuía competência exclusiva à justiça federal para decidir questões relativas ao apagão. O plenário entendeu, dentre outras razões, que essa medida limitava o acesso ao judiciário, uma vez que as varas federais situam-se, em geral, nas capitais e em cidades grandes, de modo que os habitantes de cidades menores ficariam prejudicados.

¹⁵⁸ Para uma análise crítica do princípio da diferença, cf. Dworkin (2000, p. 113-118; 330-331).

¹⁵⁹ Citada pelo Procurador Geral da República em seu parecer na ADC n.º 09, a seguinte decisão do STF, não obstante ser anterior a 1988, ratifica esse entendimento: “ENERGIA ELÉTRICA – RACIONAMENTO DEVIDO A

sentido, seria sustentar que os mais favorecidos, aqueles dotados de maiores condições de consumir, continuassem exercendo essa faculdade sem qualquer limite e sem qualquer consideração pelos demais.

Portanto, é nítida a superioridade das razões justificadoras da medida, adotadas pela maioria, quando em contraposição com o posicionamento contrário, defendido pelos Ministros Néri da Silveira e Marco Aurélio. Ao contrário da ADIN n.º 223, a fundamentação da decisão da ADC n.º 09 não ignorou argumentos de princípio: de fato, os grandes consumidores não tinham qualquer direito ao consumo ilimitado de energia. As duas correntes que se formaram na Corte, como visto, sustentaram concepções diferentes e concorrentes de proteção ao consumidor, prevalecendo aquela que, efetivamente, era a mais correta.

Resta o quarto e último ponto de comparação com o parâmetro negativo de justiça adotado. Trata-se da concepção de democracia pressuposta por ambas as decisões. No que tange à ADC n.º 09, essa concepção se revela, especialmente, na delegação excessiva de poderes a GCE, órgão subordinado ao Executivo, tal como acentuado pelo Min. Marco Aurélio. Talvez por ter sido exposto já ao final da sessão, este que era o mais forte argumento dos dissidentes, não foi sequer objeto de debate entre os ministros. A possibilidade real de que a GCE, por meio de resoluções e atos administrativos, alterasse substancialmente quase todas as diretrizes previstas na MP, configurava uma clara violação à Constituição Federal. Mais uma vez, portanto, tratava-se de um debate – não realizado – em torno de qual concepção de democracia e de divisão de poderes subscreve o tribunal. Ao que parece, tal como ocorreu na ADIN n.º 223-6, nosso parâmetro negativo de justiça, o modelo centrado no Presidente como legítimo portador dos interesses da nação prevaleceu.

5.6. Transportes públicos e direitos dos portadores de deficiência (ADIN n.º 903-6/1993).

A ADIN n.º 903 foi impetrada pela Confederação Nacional dos Transportes contra a Lei n.º 10.820/92, do Estado de Minas Gerais que, dentre outras disposições, obrigava as empresas concessionárias de transporte coletivo intermunicipal daquele Estado a adaptar, no prazo de um ano, pelo menos 10% da frota de veículos, a fim de facilitar o acesso e a

ESCASSEZ DE ENERGIA. Ausência de direito líquido e certo para compelir a concessionária a consentir no aumento de consumo. Recurso de mandado de segurança não provido” (RMS 16.094-MG, Rel. Min. Evandro Lins e Silva, DJ 27/05/66, p. 1786).

permanência de portadores de deficiência física e de pessoas com dificuldade de locomoção. Para tanto, exigia, basicamente, a instalação de portas largas e elevadores hidráulicos para o acesso à parte interna do veículo.

A lei foi suspensa, no período de férias forenses, por despacho liminar do Min. Sepúlveda Pertence, então no exercício da presidência da Corte. Amparado em precedentes, o Min. entendeu que, apesar da competência concorrente dos Estados-membros para legislar sobre “proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência” (CF, art. 24, XIV), prevaleceria, no caso, a competência privativa da União para legislar sobre transportes (CF, art. 22, IX, XI). Ademais, segundo afirmou, a legislação federal aplicável ao caso, o Código Nacional de Trânsito, atribuía competência exclusiva ao Conselho Nacional de Trânsito para estabelecer e aprovar os equipamentos de uso obrigatório para os veículos comercializados em território nacional. (ADIN n.º 903, p. 31-37).

Submetida ao plenário, a decisão liminar monocrática foi cassada. Designado relator, o Min. Celso de Mello argumentou que a Constituição era incisiva no que tange à proteção aos deficientes físicos. Nesse aspecto, é de se notar que, em diversos dispositivos (art. 24, XIV; 227, § 2º; 244), a CF firmou, expressamente, o dever dos entes federados de editar leis de proteção aos portadores de deficiência, de maneira a facilitar a sua integração à sociedade e, assim, promover uma política de ampla igualdade social. Dessa forma, a Carta de 1988 – incluindo a adaptação de veículos, edifícios e logradouros públicos (art. 227, § 2º) – “criou mecanismos compensatórios destinados a ensejar a superação das desvantagens decorrentes dessas limitações de ordem pessoal” (ADIN n.º 903, p. 39).

E foi também a própria Constituição que autorizou os Estados a exercer, nesta esfera, competência legislativa plena, promulgando leis que se façam necessárias à concretização dos preceitos constitucionais mesmo diante da ausência de uma lei federal correspondente (art. 24, § 3º, CF). É o que se denomina de *competência legislativa supletiva*, decorrente da autonomia dos Estados, os quais, com essa autorização, não se submetem, nem dependem da União Federal para atender às peculiaridades regionais e aos anseios da sua população.

Em um primeiro momento, o voto do relator foi acatado por todos os Ministros presentes à sessão de julgamento. Após a proclamação do resultado pelo presidente, no entanto, em uma manobra que gerou muitas discussões, mas que acabou sendo acatada pela maioria,

alguns Ministros resolveram retificar seus votos.¹⁶⁰ Assim, o Min. Moreira Alves apontou que o problema da lei era ter estabelecido exigências inaceitáveis quanto à “fabricação dos veículos”, de modo que, no caso em análise, não se tratava de uma adaptação, “como seria um simples alargamento de porta, mas, em verdade, de verdadeira reconstrução deles” (ADIN n.º 903, p. 54). Um pouco menos lacônico e ainda mais pragmático em seus argumentos, o Min. Francisco Rezek (ADIN n.º 903, p. 55) sustentou que a Assembléia legislativa fora infeliz no “generoso propósito de prestigiar o deficiente físico”. Tal medida, conforme acentuou, somente faria sentido – desde que, é claro, “fôssemos um país próspero o bastante para fazer isso” – se direcionada aos transportes urbanos, nos quais o movimento de passageiros é mais intenso:

Mas não! Aqui cuida-se do transporte intermunicipal. É o ônibus que sai de Belo Horizonte para Montes Claros, para Varginha ou para Pedra Azul. É aí que o legislador manda que, em nome daquele breve instante em que o deficiente entra e sai – uma irrisão em confronto com o tempo da viagem — instale-se equipamento da natureza, do custo e da sofisticação do elevador hidráulico, coisa que não conheço sequer em ônibus urbanos, nos países cuja prosperidade já lhes permitiu ter uma primorosa legislação protetiva do deficiente físico. (ADIN n.º 903, p. 55).

Finalmente, amparado no que denominou de “bom senso”, o Min. sugeriu que, ao invés dos veículos, fossem adaptadas as estações rodoviárias do Estado de Minas Gerais com um mecanismo que facilitasse “o embarque e o desembarque de deficientes”. (ADIN n.º 903, p. 56).

São nítidos os problemas e equívocos desses argumentos, pautados nas possíveis conseqüências da decisão e em juízos meramente especulativos, isto é, na conveniência da medida, nos custos que poderia ocasionar e, ainda, numa despropositada comparação com países “mais desenvolvidos”. Felizmente, com exceção do Min. Octávio Gallotti, que aderiu à formulação dos Min. Moreira Alves e Francisco Rezek, os demais Ministros mantiveram seus votos originais. Ao final, portanto, após essa conturbada sessão de julgamento, o STF declarou constitucional a Lei n.º 10.820/92, do Estado de Minas Gerais, reconhecendo o direito dos deficientes físicos a um acesso diferenciado aos transportes coletivos intermunicipais daquele Estado.

Essa decisão é muito importante, pois, ao exigir uma justa distribuição dos recursos coletivos, consagra o princípio de igual consideração e respeito. Os argumentos utilizados, nesse

¹⁶⁰ A questão de ordem foi levantada, durante o julgamento do processo seguinte na pauta, pelo Min. Moreira Alves. Opuseram-se a ela os Min. Celso de Mello, Carlos Velloso e Marco Aurélio. A maioria, portanto, entendeu ser possível a retificação de voto, na mesma sessão, após a proclamação do resultado final do julgamento.

aspecto, demonstram-se plenamente compatíveis com o modelo de democracia constitucional substantiva, o qual insere, entre os pressupostos democráticos, o princípio do interesse. De acordo com esse princípio, é fundamental que os atos estatais contemplem os interesses dos cidadãos, visando assegurar, em termos substantivos, tratamento igualitário a todos os membros da comunidade.

Cabe mencionar, ainda, que, nesta ADIN, se contrapuseram um *argumento de política determinado*, segundo o qual é dever do Estado garantir mecanismos compensatórios aos portadores de deficiências, e um *argumento de política indeterminado*. Este, tal como exposto pelos Ministros Francisco Rezek e Moreira Alves, baseou-se nos eventuais efeitos que a medida ocasionaria nos custos das empresas de transporte.

Assim, enquanto o primeiro recorreu a uma teoria política de fundo, que justificativa a proteção aos menos favorecidos, o segundo se limitava a fazer referência às possíveis conseqüências fáticas imediatas da decisão. É, por isso, que a teoria do direito como integridade desconfia dos argumentos indeterminados, cuja função precípua parece ser a de inserir no debate judicial considerações de ordem pragmática, contrapondo-se ao reconhecimento de direitos fundamentais. De modo diverso, os argumentos de política determinados, como se verificou no caso em análise, podem desempenhar papel importante para a garantia de direitos, expondo, ainda, de forma mais aberta, as justificativas utilizadas.

Por último, é importante ressaltar que este “último capítulo” do “romance judicial brasileiro” não, necessariamente, representa um “final feliz” à longa história aqui narrada. Se, por um lado, não se pode ignorar que a proteção aos deficientes aponta em sentido oposto à hostilidade da Corte para com direitos controversos, tal como verificado no caso da ADIN n.º 2.213; de outro lado, seria um equívoco analisar o romance judicial brasileiro de modo parcial, considerando apenas um de seus capítulos. O que nos interessa, portanto, é uma análise global, que insiste em considerar e avaliar as decisões proferidas pelo STF como um todo. Sob essa perspectiva – o que, vale enfatizar, não elimina o valor e a importância de muitas das decisões analisadas – restam intactos, sem dúvida, muitos elementos de desconfiança perante a atuação da nossa Corte Constitucional.

No próximo e último tópico, tentaremos sistematizar essas conclusões, apontando, de modo mais claro, os principais pontos que atestam um grau reduzido de legitimidade da jurisdição constitucional brasileira. É somente desse modo, reconhecendo os erros e os equívocos

do passado, que a Corte pode seguir por trilhas inexploradas oferecendo, então, outros direcionamentos à história constitucional do país.

6. Considerações finais

Diante das questões propostas – qual teoria da aplicação do direito e qual modelo de democracia o Supremo Tribunal Federal subscreve em suas decisões? – podem ser apontadas, de forma esquematizada, as seguintes conclusões:

(1) A presença marcante da tensão entre *integridade e pragmatismo* nas decisões do STF. De fato, em praticamente todos os casos analisados, o tribunal foi instado a se manifestar e a se posicionar diante de uma dessas duas correntes.

(2) Em muitas decisões, pôde-se verificar que o STF decide amparado em argumentos pragmáticos ou, mais precisamente, em argumentos de política indeterminados, fundados em juízos sobre as conseqüências fáticas imediatas da decisão.

(2.1.) Essa tendência ficou evidenciada, por exemplo, nos casos do Plano Collor (ADIN n.ºs 223 e 534), da privatização da USIMINAS (ADIN n.º 605), da regulamentação do tempo de propaganda partidária (ADIN n.º 1.408), da contribuição dos inativos (ADIN n.º 3105) e do direito de manifestação dos movimentos de luta pela terra (ADIN n.º 2213).

(2.2.) Verificou-se, de outro lado, que, muitas vezes, os Ministros recorrem ao *periculum in mora*, um dos pressupostos para a concessão de medidas cautelares em ADIN, para inserir no debate judicial argumentos conseqüencialistas meramente especulativos. Trata-se de um requisito muito fluido, que permite considerações de todo o tipo, funcionando, em última instância, como uma reserva argumentativa pragmática. Vale lembrar que a própria jurisprudência do STF estabeleceu limites a essas considerações ao firmar a denominada *teoria do risco bilateral*, que, na prática, é aplicada seletivamente.

(3) Em outros julgamentos, contudo, o tribunal recorreu a argumentos de princípio para reconhecer e assegurar direitos individuais, rechaçando eventuais razões de conveniência e oportunidade existentes no caso. Nesse sentido, as decisões relativas ao IPMF (ADINs n.ºs 926 e 939), à inconstitucionalidade da proibição de concessão de liminares contra o poder público

(ADIN n.º 975), ao direito adquirido dos servidores inativos (ADIN n.º 2010) e ao direito de manifestação (ADIN n.º 1969) .

(3.1.) No caso do racionamento (ADC n.º 09), o STF considerou que nenhum cidadão, em situações de inequívoca escassez energética, tem direito a um consumo ilimitado, de modo que as restrições e as eventuais penalidades aos grandes consumidores eram justas na medida em que beneficiavam os menos favorecidos, possibilitando, assim, um patamar mínimo de consumo a todos. Este caso é peculiar, pois envolvia um embate entre dois argumentos de política determinados, isto é, duas concepções distintas e concorrentes em torno da melhor justificação à proteção aos consumidores, prevalecendo, no caso, a mais correta.

(3.2.) No caso dos deficientes físicos (ADIN n.º 903), o embate se deu entre argumentos de política determinados – “a necessidade de uma política de integração dos deficientes à sociedade” – e argumentos de política indeterminados, que se amparavam na idéia de que o propósito da lei impugnada era por demais “generoso” e, por isso, acarretaria um excessivo aumento de custos às concessionárias de transportes, algo inadmissível em um país subdesenvolvido como o Brasil. Como visto, a Corte, por maioria, optou pelo primeiro entendimento.

(3.3.) Esses dois casos demonstram a importância da distinção entre argumentos de política *determinados* e *indeterminados*, particularmente para os casos que envolvem direitos sociais, os quais, não raro, demandam uma argumentação fundada em objetivos, tal como, por exemplo, no caso do apagão, uma justificativa da distribuição dos recursos disponíveis (argumentos de política determinados). Tal tipo de justificativa não se confunde, de forma alguma, com especulações sobre as conseqüências fáticas imediatas da decisão (argumentos de política indeterminados). É que enquanto os primeiros podem muito bem – tal como demonstram os dois casos citados – ser utilizados para sustentar a garantia de direitos, os segundos, dificilmente, cumprem essa função. Muito pelo contrário, ao menos nos casos analisados neste capítulo, os argumentos de política indeterminados são utilizados, via de regra, para negar a aplicação de princípios estabelecidos em casos precedentes ou, ainda, refutar argumentos fundados em direitos. Vale lembrar, também, que, na maior parte das vezes, as conseqüências consideradas “danosas” em relação a um lado da decisão, reproduzem a mesma característica, sem muita dificuldade, se analisadas no sentido oposto. Por isso, dada a sua

fragilidade e seu caráter meramente especulativo, tais argumentos devem ser evitados pelos julgadores e vistos com desconfiança pelos cidadãos.

(4) É, precisamente, a *oscilação* entre esses dois modelos de decisão judicial – pragmatismo jurídico e direito como integridade – o principal problema identificado nas decisões do STF. O tribunal, nesse aspecto, não apresenta uma definição aberta, coerente e fundamentada acerca de qual teoria da decisão judicial subscreve nos seus julgamentos. Dessa maneira, em algumas decisões, recorre, incisivamente, a argumentos de princípio ou a argumentos de política determinados – como no caso do apagão – mas, em outros casos, cede, expressamente, a argumentos pragmáticos ou de política indeterminados.

(5) Ora, enquanto o direito como integridade rechaça, veementemente, esse tipo de oscilação – uma vez que, no cerne deste modelo, está a noção de *coerência de princípio* – o pragmatismo, ao contrário, nada tem a lhe opor.

(5.1.) Isso mostra que a diferença entre as duas teorias não se encontra – pelo menos, não apenas – no fato de uma delas (integridade) defender a garantia dos direitos e a outra (pragmatismo), a submissão destes às conseqüências da decisão.

(5.2.) A divergência central situa-se no *fundamento* utilizado pelas teorias. Por isso, o pragmatismo não necessariamente se opõe às decisões do STF que asseguram direitos individuais. Pode muito bem sustentá-las. Contudo, quando o faz, ao contrário do direito como integridade, não recorre a razões de justiça ou de coerência com as decisões anteriores. Vale dizer, considera a decisão adequada apenas porque, naquele momento, naquele contexto, as conseqüências e as circunstâncias a justificam. Trata-se, em última instância, de uma razão estratégica, segundo a qual, em determinados casos, as melhores conseqüências podem determinar uma decisão conforme a princípios.

(5.3.) E como se trata de razões estratégicas, de conveniência ou circunstanciais, nada impede, de acordo com o pragmatismo, que, em outro caso semelhante, diante de outro contexto, o tribunal decida recorrendo a fundamentos diversos ou, até mesmo, radicalmente opostos.

(6) A conclusão a que se chega, a partir dessas reflexões, é que a oscilação do STF entre posicionamentos antagônicos – como se pôde verificar, por exemplo, nas decisões sobre medidas provisórias, na aplicação seletiva da teoria do risco bilateral, nas ADINs sobre a contribuição dos inativos e sobre os direitos de manifestação – aproxima a Corte de uma concepção pragmática de decisão judicial. Daí serem corriqueiros os casos em que o tribunal assegura direitos e, pouco tempo depois, revê ou reluta em aplicar os princípios assegurados em decisões anteriores, cedendo, mais ou menos expressamente, a argumentos pragmáticos.

(6.1.) A virtude política da integridade demanda não apenas que um tribunal respeite os seus precedentes. Mais do que isso, exige uma coerência de princípio entre suas decisões, de modo que se expressem abertamente quais os princípios, as concepções e as justificativas que determinaram, no caso concreto, a continuidade ou a descontinuidade em relação ao passado. O cerne do direito como integridade, desse modo, não é a observância cega e mecânica da tradição, mas, sim, uma atitude crítica – aberta e reflexiva – perante o estabelecido. Uma atitude que exige, insista-se, uma coerência de princípio entre as decisões. Somente assim, um tribunal pode ser controlado e submetido ao juízo público.

(6.2.) O direito como integridade, portanto, fornece subsídios não apenas para sustentar decisões que asseguram direitos, mesmo à custa de um eventual sacrifício do bem-estar geral da maioria, mas também para repelir o princípio de incoerência estratégica que parece nortear a atuação do STF.

(7) A oscilação entre concepções divergentes de teoria da aplicação do direito é acompanhada por uma correspondente ausência de um debate aberto em torno dos modelos de democracia, gerando uma indefinição sobre qual concepção o tribunal subscreve e uma oscilação entre modelos antagônicos.

(7.1.) Assim, em alguns momentos o STF subscreveu um modelo comunitário monolítico (por exemplo, ADINs n.^{os} 223, 295, 562, 605, 2.213), em outros, um modelo majoritário procedimental (por exemplo, ADINs n.^{os} 1.408 e 3105) ou, ainda, um modelo constitucional substantivo (por exemplo, ADINs n.^{os} 293, 975 e 2010).

(7.2.) Neste ponto, pode-se chegar à mesma conclusão, exposta acima, de que a incoerência entre as concepções de democracia pressupostas pelas decisões do tribunal – muitas delas em casos similares – aproxima a Corte do pragmatismo e da perigosa noção de

incoerência estratégica. Afinal, se o tribunal adotasse as teses do direito como integridade, a incoerência entre suas decisões e as contínuas reviravoltas de entendimento não teriam ocorrido. Somente uma concepção pragmática fornece sustentação para tal tipo de atitude.

(8) A constante recorrência do tribunal ao modelo de democracia comunitária monolítica é um fator preocupante, pois parece refletir e perpetuar a tradição autoritária que, é inegável, perpassa as instituições políticas brasileiras. A manutenção, após a entrada em vigor da nova Carta Magna, de Ministros indicados pelo regime militar, bem como a conhecida resistência do tribunal em rever entendimentos jurisprudenciais estabelecidos sob a égide da ordem constitucional anterior, são alguns dos fatores que contribuem para a adoção de tal concepção autoritária de democracia.

(8.1.) Independentemente das causas – não há como, aqui, aprofundar essa análise – o fato é que essa concepção foi, em muitas ocasiões, subscrita pelo tribunal, *sem qualquer discussão mais ampla* a respeito do tema. Vale dizer, a Corte proferiu decisões, acatando, implícita ou explicitamente, os pressupostos de um modelo autoritário de democracia, sem qualquer problematização efetiva em torno de sua compatibilidade com o modelo consagrado na nova Constituição.

(8.2.) O ideal de integridade, como já mencionado, convida os juízes a refletir criticamente sobre as suas pré-compreensões, as quais, no nosso caso, revelam uma tradição autoritária que cria sérios empecilhos para a consolidação de princípios constitucionais democráticos. Daí, então, a importância de se proceder a um debate aberto a respeito de qual a melhor interpretação da democracia brasileira. Esta é, sem dúvida, a única forma de trazer à tona e questionar, publicamente, esta nociva tradição que ainda persiste como fundamento de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal.

(9) Em geral, pode-se concluir que sem uma demarcação clara dos fundamentos de suas decisões, sem uma definição consistente e aberta do modelo de democracia que subscreve, e sem adotar uma linha coerente de argumentação e de observância de princípios estabelecidos em decisões anteriores, o STF fica mais vulnerável a interferências político-majoritárias, mais propenso a ceder a argumentos pragmáticos e a julgar de acordo com as circunstâncias e, finalmente, menos sujeito ao controle popular e à crítica pública. Então, preocupado em tecer

decisões conciliatórias e convenientes para os interesses do momento, o tribunal atua sem qualquer norte, desrespeitando princípios e violando as exigências de integridade na aplicação do direito.

(9.1.) Por outras palavras, longe de consolidar uma concepção clara e coerente de democracia, de direitos ou de separação dos poderes, o STF se aproxima de uma atuação de fundo pragmático, casuística, que faz tábula rasa de posicionamentos consagrados no passado, elegendo, em última instância, o princípio de *incoerência estratégica* como norteador de sua prática.

(9.2.) Nesse contexto, e apesar de decisões importantes, que garantiram direitos mesmo contra fortes interesses majoritários, torna-se nítida a aproximação do STF a uma teoria pragmática da decisão judicial, fato que dificulta a formação de uma jurisprudência consistente em proteção aos direitos fundamentais.

(9.3.) Finalmente, todos esses elementos atestam a existência de um grau reduzido de legitimidade da jurisdição constitucional no país.

CONCLUSÃO

Nos dias de hoje, em um trabalho acadêmico sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, já não se pode ignorar a ampla renovação da filosofia do direito contemporânea, particularmente, em face das contribuições de autores como Rawls, Habermas e Dworkin. Nesse sentido, os novos estudos em torno das relações entre direito e moral, a reabilitação da razão prática, o resgate de temas como a justiça e a legitimidade do direito, a aproximação entre o debate acadêmico da filosofia e o debate político cotidiano e a superação das concepções semântico-positivistas do direito, são alguns de uma série de elementos teóricos essenciais para qualquer reflexão séria no âmbito jurídico.

Neste trabalho, à luz dessa renovação na filosofia do direito, e tomando a obra de Ronald Dworkin como fio condutor de toda a argumentação, procurou-se discutir a legitimidade de uma das mais importantes instituições brasileiras: o Supremo Tribunal Federal. A legitimidade de um tribunal constitucional, como se pôde demonstrar, depende de uma dupla configuração teórica. De um lado, uma *teoria da aplicação do direito*, que forneça uma compreensão adequada da nossa prática interpretativa, apontando quais elementos podem tornar as decisões judiciais mais controláveis e previsíveis. E, de outro lado, uma *concepção de democracia*, que delimite, com precisão, as funções do tribunal constitucional, buscando uma justificativa consistente para as conflitantes relações entre direitos fundamentais e soberania popular.

Partindo desse conceito abstrato de legitimidade, foi possível contrapor, na primeira parte do trabalho, distintas concepções a respeito do tema. Assim foi feito, no primeiro capítulo, com o positivismo, o pragmatismo e o direito como integridade e, no segundo capítulo, com quatro modelos de democracia, propostos, respectivamente, por Schmitt, Ely, Habermas e Dworkin. O objetivo dessa verdadeira “viagem” por diferentes teorias foi o de testar os principais fundamentos de cada uma delas e, principalmente, demonstrar, a partir de um processo de contraposição argumentativa, a superioridade das teses de Dworkin.

Nessa medida, o direito como integridade foi apontado como o mais fundamentado modelo de teoria da aplicação do direito. O ideal de integridade exige que os juízes tratem o direito como uma teia inconsútil de princípios e regras, fornecendo interpretações coerentes da prática constitucional. Muito mais do que uma “interpretação sistemática” ou uma deferência

mecânica ao passado, a proposta do autor norte-americano demanda por uma coerência de princípio entre as decisões da Corte Constitucional. É muito importante, por isso, que as concepções de fundo que sustentam os argumentos judiciais sejam expostas de forma clara e aberta, facilitando tanto o debate público em torno do tema em questão quanto a observância, no presente, de princípios assegurados em decisões anteriores.

Como visto, essas teses não são acatadas pelo Supremo Tribunal Federal em sua prática decisória. Ao longo do período analisado, a atuação da Corte se caracteriza pela inconsistência das posições adotadas e pela oscilação entre entendimentos que, muitas vezes, são, nitidamente, antagônicos. Nesse contexto, é comum que, em casos similares, os direitos e os princípios estabelecidos em decisões anteriores sejam ignorados sem uma justificativa adequada. Em termos de aplicação do direito, então, a Corte subscreve, em regra, uma concepção pragmática, que submete as exigências de integridade a juízos “empíricos” – leiam-se, especulativos – a respeito das possíveis e eventuais conseqüências geradas pela decisão. Daí o recurso a argumentos do tipo “o caos econômico iminente” ou “a viabilidade financeira da previdência social”.

A concepção do direito como integridade rechaça, veementemente, tais argumentos e tal postura adotada pela Corte. Não é esse o âmbito de atuação dos tribunais. Não cabe aos Ministros do STF decidir com base em argumentos de política, especialmente, os argumentos de política indeterminados. Isso porque, a avaliação das conseqüências fáticas imediatas da decisão constitui, em geral, um juízo especulativo, que, não raro, oculta um comprometimento do julgador com as teses da governabilidade e da necessidade de “salvar” o país de mais uma “crise”, submetendo a racionalidade própria do processo judicial e o caráter normativo dos direitos fundamentais a juízos circunstanciais ou de conveniência.

É o discurso da crise – na maior parte das vezes, da crise financeira – que fornece o amparo às famigeradas propostas milagrosas, que buscam, como num passe de mágica, resolver os complexos problemas que afligem o país. O recurso dos governos ao STF, nesse aspecto, constitui uma forma de se obter uma “chancela constitucional” para legitimar medidas excepcionais que, digamos, em nome de um futuro melhor, suspendem, provisoriamente, a vigência de dispositivos legais. A questão para a qual Dworkin chama a atenção é que não existe “futuro melhor” e não existe nenhuma “salvação” possível sem o respeito incondicional aos

direitos fundamentais. É esse o ônus de uma sociedade democrática edificada a partir da configuração de um sistema de direitos.

Portanto, no Brasil, levar os direitos a sério significa se opor a uma conhecida tradição autoritária, ainda tão presente nas decisões do Supremo, que insiste em obstaculizar o devido reconhecimento dos princípios que regem a democracia no país. Daí a importância do debate – amplo e aberto – a respeito do que entendemos por democracia. Sem dúvida, a ausência desse debate ou, mais precisamente, a ausência de uma auto-compreensão democrática do e no STF, pode ser apontada como uma das causas da oscilação inconsistente entre concepções antagônicas de democracia e da chancela irrefletida, expressa nas decisões do tribunal, de valores autoritários incompatíveis com a nova ordem jurídica.

É significativo, nesse aspecto, o fato de muitas das decisões da Corte revelarem – ao menos, implicitamente – um compromisso com um modelo autoritário de democracia, aqui identificado, a partir de Schmitt, como uma democracia comunitária monolítica. De acordo com esse modelo, o Presidente da República é o legítimo defensor da Constituição, um soberano ao qual todas as demais instituições devem deferência. Por sua vez, os cidadãos devem permanecer unidos como um corpo orgânico homogêneo, que não tolera dissidências e desvios que possam minar a estabilidade política e a paz social. Como exemplo dessas leituras da democracia, lembre-se das decisões proferidas a respeito do Plano Collor, do caso da interpretação autêntica da ordem jurídica na privatização da USIMINAS e, ainda, da hostilidade do tribunal perante os direitos dos integrantes dos movimentos de luta pela terra.

É esse o quadro que podemos delinear ao final do longo caminho percorrido nesta dissertação. De um lado, o STF subscreve uma concepção pragmática de teoria da aplicação do direito. De outro lado, em consonância com essa postura, a Corte não apresenta uma concepção consistente de democracia, oscilando entre modelos opostos sem a devida justificção. Mais do que isso, a Corte, muitas vezes, subscreve um modelo autoritário de democracia, perpetuando princípios que contradizem a nova ordem constitucional, seja para conferir uma autoridade desmesurada ao Presidente da República, seja para negar direitos importantes no contexto democrático.

Assim, sem fornecer uma definição consistente e aberta do modelo de democracia que subscreve e sem adotar uma linha coerente de argumentação e de observância de princípios estabelecidos em decisões anteriores, a legitimidade política do STF é amplamente reduzida. Em

conseqüência, o tribunal se torna mais vulnerável a interferências político-majoritárias, mais propenso a julgar de acordo com as circunstâncias e, finalmente, menos sujeito ao controle popular e à crítica pública. Então, preocupado em tecer decisões conciliatórias e convenientes para os interesses do momento, o tribunal atua sem qualquer norte, desrespeitando princípios e violando as exigências de integridade na aplicação do direito.

Por último, vale dizer que, talvez, a maior contribuição deste trabalho seja no sentido de situar, em novas bases, a discussão sobre a democracia, os direitos e a jurisdição constitucional. O modelo aqui defendido aposta em um compromisso do Estado e das instituições públicas com princípios substantivos, que asseguram tratamento igualitário a todos os membros da comunidade política. Na certa, o consenso quanto a esta e outras questões enfrentadas ao longo da dissertação ainda é algo muito distante. Mas, é certo também, não temos nenhuma razão por que nos preocupar com o consenso: se, com este trabalho, for possível provocar algum debate, alguma divergência, por mínima que seja, então, o seu maior propósito já terá sido alcançado.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, José Maria. Carl Schmitt: política, estado e direito. In: OLIVEIRA, Manfredo *et al.* (org.). **Filosofia política contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 56-86.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del derecho**. Valência: Fernando Torres, 1980.

BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996, p. 11-132.

BONORINO, Pablo Raúl. Propositiones de derecho: ¿es realmente ininteligible la teoría de Dworkin? **Doxa**, n. 23, 2000, p. 483-501.

CALSAMIGLIA, Albert. **Racionalidad y eficiencia del Derecho**. 2ª ed. México: Fontamara, 1997.

CAMPILONGO, Celso. O judiciário e a democracia no Brasil. **Revista USP** (Dossiê Judiciário), São Paulo, n. 21, mar./abr./maio 1994, p. 116-125.

CARVALHO, Lucas Borges de. Fundamentos do controle de constitucionalidade: uma análise a partir dos modelos americano e austríaco. In: MACEDO, Paulo Emílio. **Direito e Política**: Anais do II Congresso Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2005, p. 137-148.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 12, n. 34, p. 147-156. jun. 1997.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995.

_____. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997, p. 153-195.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

COLOMBO, Carlos Alberto. Os julgamentos do Supremo Tribunal Federal: violações aos direitos constitucionais e ilegitimidade política. Porto Alegre: mimeo, 2001.¹⁶¹

DUTRA, Delamar Volpato. **Razão e consenso em Habermas**: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. 2ª ed. Florianópolis: UFSC, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (1977)

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. (1985).

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes: 2003. (1986).

_____. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. (1989)

_____. Equality, democracy, and constitution: we the people in court. **Alberta Law Review**, vol. 28, n. 02, 1990, p. 324-346.

_____. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós, 1993. (1990a)

_____. Pragmatism, right answers, and true banality. In: BRINT, Michael; WEAVER, William. **Pragmatism in law and society**. San Francisco: Westview, 1991, p. 359-388.

_____. **Freedom's Law**: the moral reading of the American constitution. Massachusetts: Harvard University, 1996.

_____. Objectivity and truth: you'd better believe it. Disponível em: <http://www.nyu.edu/gsas/dept/philo/faculty/dworkin/papers/objectivity.html>. Acesso: 20 jan. 2005. Originalmente publicado em: **Philosophy & Public Affairs**, 25, n.º 02, 1996a.

_____. **Sovereign virtue**: the theory and practice of equality. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University, 2000.

_____. What are human rights? Colloquium Draft, New York, 2003. Disponível em: www.law.nyu.edu/clppt/program2003/readings/dworkin.pdf. Acesso em: 17/11/2005.

_____. Terror & attack on civil liberties. **New York Review of Books**, vol. 50, n. 17, nov. 2003a. Disponível em: www.nybooks.com/articles/16738. Acesso em: 12/09/2004.

EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, p. 43-61, 2003.

ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza**: una teoría del control constitucional. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1997.

¹⁶¹ Uma versão deste trabalho foi publicada em: COELHO, Rogério Viola (org.) **Democracia e mundo do trabalho**: o Estado em transformação na perspectiva dos trabalhadores. Porto Alegre: Camargo, Coelho, Maineri e Advogados Associados, n. 3, dez. 2001, p. 119-159.

_____. Democracy and judicial review. In: ELY, J. H. **On constitutional ground**. Princeton, New Jersey: Princeton University, 1996, p. 06-18.

_____. The wages of crying wolf: a comment on Roe v. Wade. In: ELY, J. H. **On constitutional ground**. Princeton, New Jersey: Princeton University, 1996b, p. 281-297.

_____. Letter to Justices Kennedy, O'Connor, and Souter concerning *Planned Parenthood v. Casey*. In: ELY, J. H. **On constitutional ground**. Princeton, New Jersey: Princeton University, 1996c, p. 304-306.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

GASIÓ, Guillermo. Estudio preliminar. In: KELSEN, Hans. **¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?** 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. IX-XLIV.

GHETTI, Pablo Sanges. Da teoria da constituição ao desafio da legitimidade: a trajetória de radicalização do poder constituinte na obra de Carl Schmitt. In: MAIA, Antonio *et al.* (org.). **Perspectivas atuais da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 499-525.

GÜNTHER, Klaus. ¿Impera el derecho sobre la política? (apresentação ao debate Habermas – Dworkin). **La Política**, n. 04, out. 1998, p. 05-11.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 02 vol.

_____. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova**. São Paulo, n. 36, 1995, p. 39-53.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

IKAWA, Daniela. Hart, Dworkin e discricionariedade. **Lua Nova**, n. 61, 2004, p. 97-113.

JOBIM, Nelson. Entrevista ao jornal Valor Econômico. Versão on-line. 13 dez. 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?** 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1999.

_____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAGERSPETZ, Eerik. Ronald Dworkin on communities and obligations: a critical comment. **Ratio Juris**, vol. 12, n. 01, mar. 1999, p. 108-115.

LOIS, Cecilia Caballero. Republicanismo avant la lettre: entre a deliberação e a estabilidade dos direitos fundamentais. Trabalho apresentado no **XXVII Encontro Anual da ANPOCS**, GT: “República e cidadania: teorias e debates contemporâneos”, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. **Revista USP (Dossiê Judiciário)**, São Paulo, n. 21, mar./abr./maio 1994, p. 22-33.

LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e teoria pura do direito. **Seqüência**, Florianópolis, n. 47, dez. 2003, p. 11-32.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. **Novos Estudos CEBRAP**, n.º 58, nov. 2000, p. 183-202.

NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Direito em debate**, Ijuí, Unijuí, v. 01, n. 01, 1991, p. 07-37.

_____. Entre sobreintegração e subintegração: a cidadania inexistente. **Dados**, Rio de Janeiro, vol. 37, n. 2, 1994, p. 253-276.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 31, p. 25-40, out. 1991.

PÉREZ, M^a. Lourdes Santos. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. **Doxa**, n. 26, 2003, p. 05-93.

POSNER, Richard. What has pragmatism to offer law? In: BRINT, Michael; WEAVER, William. **Pragmatism in law and society**. San Francisco: Westview, 1991, p. 29-46.

_____. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge: Harvard University, 2003.

_____. Legal pragmatism. **Metaphilosophy**, Oxford, vol. 35, n. 01/02, jan. 2004, p. 147-159.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Liberalismo político**. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: UNISINOS, 1998.

RODRÍGUEZ, César. Teoría del derecho y decisión judicial: en torno al debate entre H.L.A. Hart y Ronald Dworkin. In: **La decisión judicial: el debate Hart – Dworkin**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1997, p. 15-88.

RORTY, Richard. The banality of pragmatism and the poetry of justice. In: BRINT, Michael; WEAVER, William. **Pragmatism in law and society**. San Francisco: Westview, 1991, p. 89-98.

ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 15-27.

SCHIAVELLO, Aldo. On 'coherence' and 'law': an analysis of different models. **Ratio Juris**, vol. 14, n. 02, jun. 2001, p. 233-243.

SCHMITT, Carl. Situação intelectual do sistema parlamentar atual. In: SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996, p. 01-80.

_____. Teologia política: quatro capítulos sobre a doutrina da soberania. In: SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996a, p. 81-130.

_____. **La defensa de la Constitución**. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. **Legalidad y legitimidad**. Madrid: Aguilar, 1971.

_____. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza editorial, 2001.

SCHNEIDER, Cornelia. The constitutional protection of rights in Dworkin's and Habermas' theories of democracy. **UCL Jurisprudence Review**, 2000, p. 101-121.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAYLOR, Charles. Propostos cruzados: el debate liberal-comunitario. In: ROSENBLUM, Nancy (org.). **El liberalismo y la vida moral**. Buenos Aires: Nueva Visión, 1993, p. 177-201.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de ação civil pública. Rio de Janeiro, **CEDES-IUPERJ**, jan./2005, p. 01-47.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Supremo tribunal federal**: jurisprudência política. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VIGNA, Edécio. A bancada ruralista: um grupo de interesse. **Argumento**, n.º 08, Brasília, INESC, 2001.

WALZER, Michael. La crítica comunitarista del liberalismo. **La política**, n. 01, 1996, p. 47-64.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Obras completas, vol. II. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

DECISÕES JUDICIAIS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC (ML) n.º 04-6-DF. Requerentes: Presidente da República; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa do Senado Federal. Relator: Min. Sydney Sanches. 11 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jul. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC (ML) n.º 09-6-DF. Requerente: Presidente da República. Relator: Min. Néri da Silveira. 28 de junho de 2001. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jul. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN (ML) n.º 162-1-DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves. 14 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 ago. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN (ML) n.º 223-6-DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Paulo Brossard. 05 de abril de 1990. In: **JSTF-Lex**, n. 143, p. 34-76.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN (ML) n.º 293-7/600-DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. 06 de junho de 1990. In: **JSTF-Lex**, n. 178, p. 54-93.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN (ML) n.º 295-3-DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Paulo Brossard. 22 de junho de 1990. In: **JSTF-Lex**, n. 231, p. 20-54.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN (ML) n.º 534-1-DF. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. 27 de junho de 1991. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 ago. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN (ML) n.º 562-DF. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Ilmar Galvão. 04 de setembro de 1991. In: **RTJ**, n. 146, p. 448-460.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN (ML) n.º 589-8/600-DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requerido: Presidente da República e Comissão Diretora do Programa Nacional de Desestatização. Relator: Min. Carlos Velloso. 20 de setembro de 1991. In: **JSTF-Lex**, n. 157, p. 60-65.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN (ML) n.º 605-DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. 23 de outubro de 1991. In: **RTJ**, n. 145, p. 463-490.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN (ML) n.º 903-6-MG. Requerente: Confederação Nacional do Transporte. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Celso de Mello. 14 de outubro de 1993. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 ago. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN (ML) n.º 926-5-DF. Requerentes: Governador do Estado do Paraná *et al.* Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sydney Sanches. 01 de setembro de 1993. In: **JSTF-Lex**, n. 189, p. 60-98.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n.º 939-7-DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sydney Sanches. 15 de dezembro de 1993. In: **JSTF-Lex**, n. 186, p. 69-181.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN (ML) n.º 975-3-DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Carlos Velloso. 09 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jul. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN (ML) n.º 1312-2-DF. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. 19 de outubro de 1995. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jul. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN (ML) n.º 1.330-1-DF. Requerente: Confederação Nacional da Agricultura. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Francisco Rezek. 10 de agosto de 1995. In: **Revista de direito constitucional e internacional**, n. 44, jul./ago. 2003, p. 309-324.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN (ML) n.º 1355-6-DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Ilmar Galvão. 23 de novembro de 1995. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 ago. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN (ML) n.º 1.408-1-DF. Requerente: Partido Comunista do Brasil – PC do B. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Ilmar Galvão. 15 de fevereiro de 1996. In: **JSTF-Lex**, n. 235, p. 49-56.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN (ML) n.º 1576-1-DF. Requerente: Partido Liberal – PL. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. 16 de abril de 1997. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jul. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN (ML) n.º 1.753-2-DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 16 de abril de 1998. In: **JSTF-Lex**, n. 237, p. 62-73.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN (ML) n.º 1.910-1-DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 22 de abril de 1999. In: **Interesse público**, n. 24, 2004, p. 289-310.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN (ML) n.º 1969-4-DF. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT e outros. Requerido: Governador do Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. 24 de março de 1999. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 ago. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN (ML) n.º 2010-2-DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. 30 de setembro de 1999. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jul. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n.º 2213-0-DF. Requerentes: Partido dos Trabalhadores – PT e Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. 04 de abril de 2002. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 21 ago. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n.º 2473-0-DF. Requerentes: Partido dos Trabalhadores – PT e outros. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Néri da Silveira. 13 de setembro de 2001. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 21 ago. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n.º 3105-8-DF. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Requerido: Congresso Nacional. Relatora: Min. Ellen Gracie. 18 de agosto de 2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jul. 2005.