

ORGANIZADORES

Ivan Guérios Curi
Liton Lanes Pilau Sobrinho

CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TEORIAS DA DECISÃO JURÍDICA NA PERSPECTIVA ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

$$(a+b)^n = \binom{n}{0} a^n + \binom{n}{1} a^{n-1} b + \binom{n}{2} a^{n-2} b^2 + \dots$$
$$+ \binom{n}{n-1} a b^{n-1} + \binom{n}{n} b^n = \sum_{k=0}^n \binom{n}{k} a^{n-k} b^k$$
$$(a+b)^n = \binom{n}{0} a^n + \binom{n}{1} a^{n-1} b + \binom{n}{2} a^{n-2} b^2 + \dots$$
$$+ \binom{n}{n-1} a b^{n-1} + \binom{n}{n} b^n = \sum_{k=0}^n \binom{n}{k} a^{n-k} b^k$$



UNIVALI

COLABORADORES

Aline Dip Toniolo
Ana Paula Caimi
Carolinne Nhoato dos Santos
Dalmir Franklin de Oliveira Júnior
Elisangela Sampaio Teixeira
Guilherme Lohmann Togni
Karina Carla Girardi
Marcel Andreatta de Miranda
Mônica GiustiRigo
Rodrigo Dal Forno de Camargo
Roseane Ferrari
Tiago Neu Jardim
Tiago Ramos

ORGANIZADORES

Ivan Guérios Curi

Liton Lanes Pilau Sobrinho

CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TEORIAS DA DECISÃO JURÍDICA NA PERSPECTIVA ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

COLABORADORES

Aline Dip Toniolo

Ana Paula Caimi

Carolinne Nhoato dos Santos

Dalmir Franklin de Oliveira Júnior

Elisangela Sampaio Teixeira

Guilherme Lohmann Togni

Karina Carla Girardi

Marcel Andreatta de Miranda

Mônica GiustiRigo

Rodrigo Dal Forno de Camargo

Roseane Ferrari

Tiago Neu Jardim

Tiago Ramos



UNIVALI

2015

ISBN: 978-85-7696-144-4

Reitor

Dr. Mário César dos Santos

Vice-Reitora de Graduação

Cássia Ferri

**Vice-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa,
Extensão e Cultura**

Valdir Cechinel Filho

**Vice-Reitor de Planejamento e Desenvolvimento
Institucional**

Carlos Alberto Tomelin

Procurador Geral da Fundação UNIVALI

Vilson Sandrini Filho

Diretor Administrativo da Fundação UNIVALI

Renato Osvaldo Bretzke

Organizadores

Dr. Ivan Guérios Curi

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Colaboradores

Aline Dip Toniolo

Ana Paula Caimi

Carolinne Nhoato dos Santos

Dalmir Franklin de Oliveira Júnior

Elisangela Sampaio Teixeira

Guilherme Lohmann Togni

Karina Carla Girardi

Marcel Andreatta de Miranda

Mônica GiustiRigo

Rodrigo Dal Forno de Camargo

Roseane Ferrari

Tiago Neu Jardim

Tiago Ramos

Diagramação/Revisão

Heloise Siqueira Garcia

Rafaela Borgo Koch

Capa

Alexandre Zarske de Mello

Comitê Editorial E-books/PPCJ**Presidente**

Dr. Alexandre Morais da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Clovis Demarchi

MSc. José Everton da Silva

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Créditos

Este e-book foi possível por conta da Editora da UNIVALI e a Comissão Organizadora E-books/PPCJ composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Morais da Rosa e pelo Editor Executivo Alexandre Zarske de Mello

Endereço

Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-202,
Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 – Sala 427,
Telefone: (47) 3341-7880

C765 Considerações sobre as teorias da decisão jurídica na perspectiva atual do supremo tribunal federal [recurso eletrônico] / organizadores Ivan Guérios Curi : Liton Lanes Pilau Sobrinho... [et al.]. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI ,2015.

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>

Incluem referências.

Varios Autores

ISBN 978-85-7696-144-4 (e-book)

1. Direito. 2. Supremo Tribunal Federal. I. Curi, Ivan Guérios ,
II. Pilau Sobrinho, Liton Lanes. III. Título.

CDU: 34

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	VI
O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O CONFLITO ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS E A TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA	10
Marcel Andreato de Miranda.....	10
A REALIZAÇÃO DO DIREITO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DA DECISÃO DE CASTANHEIRA NEVES À LUZ DA METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER .	29
Tiago Neu Jardim	29
O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO VERSUS A DISCRICIONARIEDADE: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO CESARE BATTISTI	46
Aline Dip Toniolo.....	46
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS PRINCIPAIS TEORIAS DE INTEPRETAÇÃO QUE CONDUZEM À DECISÃO JUDICIAL.....	65
Elisangela Sampaio Teixeira	65
O DEVER DO ESTADO DE GARANTIR O DIREITO À SAÚDE A TODA COLETIVIDADE, A QUESTÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS E A POSIÇÃO MAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO AO TEMA.....	89
Roseane Ferrari	89
ENSAIO SOBRE TEORIAS DA DECISÃO E CONTROLE DE RACIONALIDADE NO PROCESSO DECISÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	112
Ana Paula Caimi	112
ANÁLISE DA INTERPRETAÇÃO HERMENÊUTICA UTILIZADA PELO STF NA ADC 19 E NA ADI 4.424, ACERCA DA LEI MARIA DA PENHA	131
Carolinne Nhoato dos Santos.....	131
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ESTUDO DE CASO SOBRE O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº511961/SP.....	149
Guilherme Lohmann Togni	149

A VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE A DIREITOS FUNDAMENTAIS ASSISTENCIALISTAS E A TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA APLICADA	169
Karina Carla Girardi	169
Análise crítica da Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54 sob a perspectiva da teoria da decisão de Robert Alexy	189
Mônica Giusti Rigo	189
PRECEDENTES DO STF E TEORIAS DA DECISÃO JUDICIAL	206
Dalmir Franklin de Oliveira Júnior.....	206
IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO STF: JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA OU ATIVISMO JUDICIAL?	221
Rodrigo Dal Forno de Camargo.....	221
A (IM)POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS PROFERIDAS NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS	239
Tiago Ramos.....	239

APRESENTAÇÃO

O E-book “**Considerações sobre as teorias da decisão jurídica na perspectiva atual do Supremo Tribunal Federal**”, foi desenvolvido pelos alunos da primeira turma de Mestrado em Direito do Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF).

Após abordar as mais diversas teorias que permeiam as decisões na disciplina “Teorias da Decisão Jurídica” do referido curso, elaborou-se o presente e-book, com o objetivo de tentar identificar a aplicação das referidas teorias em algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e verificar quais as tendências predominantes. Para atingir tal desiderato utilizou-se a pesquisa no sítio do STF de decisões recentes, cotejando-as de acordo com a melhor doutrina.

Por outro lado, este e-book vem a cumprir com um dos objetivos do Mestrado em Direito da UPF, que é, no caso da disciplina, o estudo crítico e reflexivo das teorias da decisão judicial. Também, verificar se quando aplicadas, realmente refletem a intenção do seus autores. A importância de perceber no comportamento das decisões do Supremo Tribunal Federal a prevalência dessa ou daquela teoria fornece uma perspectiva e até mesmo um diagnóstico de como se pode pensar o Direito, a Constituição e de que forma se desenha o quadro de um ordenamento jurídico prospectivo.

A justificativa para a publicação deste livro também está na necessidade de que se fomente o pensamento e a reflexão sobre as questões discutidas em sala de aula apresentando-as sob outra face, qual seja, aquela que pode ser percebida pela reflexão e pesquisa do próprio aluno. Essa é a missão da Academia.

Cabe aqui, por fim, lembrar Luiz Costa Pereira Júnior, quando diz: “Escrever é a outra face do ler. E pensar é um jeito próprio de escrever. O mundo e a nós mesmos.”

É importante destacar que da presente obra participaram os seguintes colaboradores e seus respectivos temas:

1. O supremo tribunal federal, o conflito entre normas constitucionais e a teoria da decisão jurídica

Marcel Andreatta de Miranda. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Civil. Mestrando em Direito pela UPF. E-mail: marcel.andreatta@gmail.com

2. A realização no Direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Análise a partir da Teoria da Decisão de Castanheira Neves à luz da Metodica Estruturante de Friedrich Müller

Tiago Neu Jardim. Procurador do Município de Horizontina. Professor do curso de Ciências Econômicas da Faculdade Horizontina – FAHOR. Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Possui graduação em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2007), graduação em Direito pela mesma Universidade (2009) e especialização em Finanças pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA (2009).

3. O Guardião da Constituição versus a discricionariedade: algumas considerações acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Césare Battisti

Aline Dip Toniolo. Advogada. Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista Prosup/Capes. E-mail: alinediptoniolo@gmail.com

4. Breves considerações sobre as principais teorias de interpretação que conduzem à decisão judicial

Elisângela Sampaio Teixeira. Advogada. Mestranda em Direito do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista Prosup/Capes. Email: elisangelateixeira.adv@gmail.com

5. O dever do Estado de garantir o direito à saúde a toda coletividade, a questão do fornecimento de medicamentos e tratamentos e a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema.

Roseane Ferrari. Advogada. Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista PROSUP/CAPES. Especialista em Direito Processual Civil pela Anhanguera/Uniderp. E-mail: roseane_ferrari@hotmail.com

6. Ensaio sobre Teorias da Decisão e controle de racionalidade no processo decisório do Supremo Tribunal Federal.

Ana Paula Caimi. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo.

7. Análise da interpretação hermenêutica pelo STF na ADC n.19 e na ADI 4.424 acerca da Lei Maria da Penha

Carolinne Nhoato dos Santos. Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista do Prosup/Capes. Email: carolinnenhoato@gmail.com

8. Argumentação Jurídica na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: estudo de caso sobre o recurso extraordinário n.º 511961/SP

Guilherme Lohmann Togni. Advogado. Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo.

9. A visão do Supremo Tribunal Federal frente a direitos fundamentais assistencialistas e teoria da decisão jurídica aplicada.

Karina Carla Girardi. Advogada. Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Especialista em Direito Previdenciário. E-mail: karinagirardi@yahoo.com.br.

10. Análise da Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54 sob a perspectiva da teoria da decisão de Robert Alexy

Mônica Giusti Rigo. Advogada. Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF. Bolsista do PROSUP/CAPES. E-mail: monicagiustirigo@gmail.com

11. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e teorias da decisão judicial

Dalmir Franklin de Oliveira Júnior. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Direitos Fundamentais e Direito da Criança e do Adolescente. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UPF. E-mail: dalmiroliveira@@hotmail.com

12. Implementação de políticas públicas pelo STF: judicialização política ou ativismo judicial.

Rodrigo Dal Forno de Camargo. Advogado. Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Especialista em Direito Tributário. E-mail: rcamargo@upf.br

13. A (im)possibilidade de impetração do mandado de segurança para impugnação das decisões interlocutórias proferidas no âmbito dos juizados especiais cíveis.

Tiago Ramos. Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Analista de Graduação no Setor de Legislação e Normas da UPF. E-mail: tiagoramosrs@gmail.com

Passo Fundo, outono de 2015.

Prof. Doutor Ivan Guérios Curi
iguerios1@hotmail.com
<http://lattes.cnpq.br/1404861557494006>

Prof. Doutor Liton Lanes Pilau Sobrinho
liton@upf.com
<http://lattes.cnpq.br/2413013286462855>

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O CONFLITO ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS E A TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA

Marcel Andreato de Miranda¹

NOTAS INTRODUTÓRIAS – O OBJETO DA PESQUISA

A pesquisa retratada no presente artigo se iniciou com o custoso – se não impossível – objetivo de identificar qual a teoria da decisão jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

As dificuldades enfrentadas ao longo da pesquisa para se atingir o objetivo não decorrem apenas da circunstância de se tratar de um órgão colegiado, formado por 11 (onze) ministros que decidem, cada um, conforme a sua pré-compreensão e compreensão sobre os temas judicializados, mas, também, da aparente adoção, por cada um dos componentes da Corte, de um “sincretismo metodológico”², quer dizer, a utilização de diversas teorias da decisão jurídica de modo conjugado em um mesmo voto.

A fim de se obter um padrão decisional que permitisse descobrir o método utilizado por nossa Corte Suprema, tornou-se necessária a limitação da pesquisa, elegendo-se um tema específico: a liberdade de expressão, direito que, comumente, está em colisão (aparente, ou não) com outros direitos de igual estatura.

A amostra que se frutificou no curso da pesquisa permitiu a generalização e evitou uma manipulação inconsciente dos resultados, pois foram utilizados parâmetros objetivos de seleção de casos (amostragem), com o seguinte critério de pesquisa, inserido no campo de busca de jurisprudência do sítio do Supremo Tribunal Federal na internet (<www.stf.jus.br>), abrangendo apenas “acórdãos” e “súmulas” (ou seja, desprezadas as decisões singulares, por exemplo): “liberdade *adj* de *adj* expressão”.

¹ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Civil. Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: marcel.andreato@gmail.com

² SILVA, Virgílio Afonso da Silva (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

O resultado, obtido no dia 29 de junho de 2014, apresentou 48 (quarenta e oito) Acórdãos³, os quais serão expostos e analisados em tópico próprio.

Ainda em sede introdutória, é importante, no intuito de proporcionar ao leitor uma análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se apresentem os direitos comumente em rota (aparente, ou não) de colisão: de um lado, a liberdade de expressão; do outro, os direitos à honra, à intimidade e à vida privada.

O direito à liberdade expressão consiste em um direito da personalidade agrupado entre aqueles pertinentes à garantia da integridade intelectual. De matiz constitucional, com previsão expressa no artigo 5º da Constituição da República, deve ser qualificado também como um direito fundamental do cidadão e considerado como um gênero que engloba outras liberdades específicas, como a livre manifestação do pensamento, a liberdade de comunicação e a liberdade de expressão artística, intelectual e científica, no mesmo sentido em que labora Ingo Sarlet⁴.

Para a definição do âmbito de proteção⁵ desse direito fundamental de matiz constitucional, vale historiar que, no ordenamento jurídico brasileiro, a liberdade de expressão é garantida, ressalvadas a mitigação e mesmo a supressão sofridas em épocas ditatoriais, desde a Constituição imperial de 1824, que assegurava a todos o direito de “comunicar os seus pensamentos”, independentemente de censura, mas ressalvada a responsabilidade pelos abusos.

Na Constituição de 1988, que extirpou as restrições vigentes em textos constitucionais anteriores, precipuamente a elástica proibição de exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes, inserida pela EC 1/1969, a liberdade de expressão conta com uma previsão mais detalhada, espalhada em diversos dispositivos, como nos incisos IV, V, VI, IX do artigo 5º, além do disposto em seus artigos 206, II, e 220.

³ Todos os julgados citados estão disponíveis em <<http://www.stf.jus.br>> e foram acessados em 29 de junho de 2014. Além disso, o número dos Acórdãos é citado no decorrer do texto. Assim, nas referências, dispensam-se as indicações individuais dos julgados, o que só dificultaria o acesso às demais obras pelo leitor.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.34.

⁵ Segundo Gilmar Mendes Ferreira, a definição do âmbito de proteção de um direito fundamental, dependente de uma interpretação sistemática e abrangente de outros direitos e disposições constitucionais – logo, tarefa difícil –, exige uma análise que vise: “a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma); b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (expressa restrição constitucional) e identificação das reservas legais de índole restritiva.” (MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 375).

O detalhamento conferido pelo poder constituinte a essa liberdade já demonstra a sua essencialidade para a consolidação de nosso Estado Democrático de Direito, conferindo-lhe posição destacada entre o rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa⁶.

Doutrinariamente, a liberdade de expressão é definida como uma tutela da exteriorização do pensamento por qualquer forma de transmissão, ainda que pelo silêncio, independentemente de censura prévia, mas ressalvados outros direitos fundamentais e a responsabilização civil, criminal e administrativa quando cabível⁷.

Observe-se que, no momento em que os citados doutrinadores agregam na definição do âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão a ressalva a outros direitos fundamentais, defendem uma posição de cisão entre fundamentação e aplicação, opondo-se ao método normativo estruturante.

Os direitos à honra e à vida privada (privacidade e intimidade) são, igualmente, direitos da personalidade de matiz constitucional, com expressa previsão no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República.

O direito à honra está vinculado à noção de integridade e inviolabilidade moral, garantindo tanto o direito ao bom nome e a proteção da reputação (face objetiva) quanto a própria autoestima do indivíduo (face subjetiva). Em linhas gerais, “cuida-se do direito a não ser ofendido ou lesado na honra, dignidade ou consideração social mediante imputação feita por terceiros, bem como do direito de defender-se em relação a tais ofensas e obter a competente reparação (...)”⁸.

Já quanto ao direito à vida privada (privacidade e intimidade), a tarefa de definir precisamente o seu âmbito de proteção, segundo Ingo Sarlet⁹, não foi ainda alcançada, mesmo porque não seria adequada uma concepção que catalogasse previamente todas as situações que devem ser objeto de proteção. Todavia, pode-se afirmar que o direito à vida privada protege, em linhas gerais, o indivíduo de qualquer interferência do Estado e de terceiros em aspectos da vida pessoal e familiar, tornando incólumes as circunstâncias que dizem respeito a si. Além disso, o direito

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 2013.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 2013, p. 423.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 2013, p. 393.

engloba a promoção da liberdade pessoal, ampliando o espectro de escolha de seu projeto de vida e permitindo, assim, o desenvolvimento de sua individualidade.

1. LIMITES OU RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS – LINHAS GERAIS

Certamente, o estudo das restrições aos direitos fundamentais perpassa um debate extenso atinente à sua estrutura (deontológica ou teleológica) e à sua natureza (princípios ou regras – teorias interna e externa), bem como a comparação e o contraponto das teorias diversas que trabalham com opções valorativas (Alexy) ou com um modelo de coerência normativa (Gunther e Habermas).

Ultrapassando-se esse plano de divergência, a doutrina costuma dividir as restrições em imediata e mediata. A restrição imediata seria aquela decorrente da própria disposição constitucional, como ilustra o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio, mitigado nos casos de flagrante delito, desastre, prestação de socorro ou, durante o dia, por determinação judicial. Já a restrição mediata consistiria naqueles casos em que a Constituição relega a regulamentação ou a conformação do direito para a lei ordinária (“nos termos da lei”, *verbi gratia*).

As situações de restrição mediata são subdivididas em reserva legal simples e reserva legal qualificada. Na simples, o Poder Constituinte limita-se a autorizar a regulação legislativa, sem fazer qualquer exigência quanto ao conteúdo ou à finalidade da lei. Por outro lado, na reserva legal qualificada, o Poder Constituinte já estabelece as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados pelo legislador, vinculando-o; por exemplo, ao relegar a normatização das interceptações telefônicas para o legislador ordinário, o Constituinte determinou, de antemão, que as mesmas só podem ser realizadas por meio de ordem judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Para além das restrições imediatas e mediatas e até mesmo nos casos em que o constituinte não inseriu no texto qualquer limitação – como na hipótese da liberdade de expressão, que será objeto de estudo –, poderá se questionar se há, em tese, a possibilidade de restrição pela colisão de direitos fundamentais, que ocorre quando duas posições jurídicas distintas, amparadas por um direito fundamental, disputam a prevalência numa mesma situação concreta.

De qualquer modo, em todos os casos (restrição imediata, mediata e colisão de direitos fundamentais), é necessário que sejam respeitados, preservados os limites dos limites (*Schranken-Schranken*), quer dizer, controlada a constitucionalidade formal e material dos limites reconhecidos, protegendo-se assim os núcleos essenciais dos direitos fundamentais.

Em linhas gerais, a referida constitucionalidade formal residiria na aferição da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal que implementa a restrição; já a constitucionalidade material estaria na proteção do núcleo essencial, na observância da razoabilidade e proporcionalidade, bem como na chamada proibição de retrocesso.

No tocante à liberdade de expressão, especificamente, a leitura das normas constitucionais indicia, em um primeiro momento, que, ressalvada a vedação do anonimato, o aludido direito da personalidade, diante da ausência de outra previsão constitucional, não comportaria restrições imediatas ou mediatas, se não aquelas atinentes ao direito de resposta, à indenização por dano material, moral ou à imagem; às regulações das diversões e espetáculos públicos (artigo 220, §3º, inciso I, CR/88) e dos meios legais que garantam à pessoa e à família os meios de defesa contra a violação ao artigo 221 da Constituição; e as propagandas nocivas à saúde e ao meio ambiente (artigo 220, §3º, inciso II, CR/88).

Em relação à proteção da vida privada (privacidade e intimidade), não há qualquer reserva legal. Segundo Sarlet¹⁰, “ao não prever, para a privacidade e intimidade, uma expressa reserva legal, além de afirmar que se cuida de direitos invioláveis, há que reconhecer que a Constituição Federal atribuiu a tais direitos um elevado grau de proteção”.

Destarte, constatado que os direitos à liberdade de expressão e à vida privada são direitos fundamentais de matiz constitucional, aos quais a Constituição da República de 1988 atribuiu acentuada relevância, como compatibilizá-los em determinadas circunstâncias? Qual deve preponderar?

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 2013, p. 395.

2. O DIREITO COMPARADO – BREVES CONSIDERAÇÕES

No âmbito do direito comparado, sobre o qual se farão breves anotações, dispensando-se os respectivos rigores metodológicos, distinguem-se os sistemas de proteção à liberdade de expressão em dois grandes grupos, relativamente à admissão de restrições ao aludido direito: o sistema norte-americano e o sistema europeu¹¹.

No sistema americano, o *free speech* é certamente o mais protegido e valorizado direito fundamental. Decorrente da Primeira Emenda¹², a liberdade de expressão é considerada pela jurisprudência norte-americana uma “liberdade preferencial”, à qual se atribuiu um peso superior na ponderação com outros direitos, como privacidade, reputação e igualdade¹³.

Segundo Meyer-Pflug¹⁴, a liberdade de expressão, no sistema norte-americano, não obstante seja considerada como um direito preferencial, não é absoluta, sofrendo restrições no que tange às palavras provocadoras (*fighting words*) e ao discurso do ódio (*hate speech*), “desde que esses termos estejam a representar um ‘perigo claro e iminente’ (*clear and present danger*) de uma ação concreta que venha a violar um outro direito fundamental”.

Para bem se delinear o âmbito de proteção da liberdade de expressão no direito norte-americano e as ínfimas restrições que sofre, vale destacar o julgamento da respectiva Suprema Corte no caso *Hustler Magazine v. Falwell*, citado pelo português Mota¹⁵, no qual se entendeu que uma publicação satírica que insinuava uma falsa relação incestuosa entre Jerry Falweel, ministro religioso e comentador político da direita fundamentalista, e a sua mãe não provocaria um dano moral indenizável, uma vez que se sobrelevaria a proteção da Primeira Emenda. Igualmente, no recente caso *Snyder v. Phelps*, a Suprema Corte negou a indenização aos familiares do soldado Snyder pela manifestação da Igreja Batista de Westboro, a aproximadamente 300 metros do

¹¹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹² O Congresso Nacional não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos, ou cerceando a liberdade de palavra ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.

¹³ SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em dezembro de 2013, p. 04.

¹⁴ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.139.

¹⁵ MOTA, Francisco Teixeira DA. **A Liberdade de expressão em tribunal**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013.

local onde realizava a sua cerimônia fúnebre, que ostentava dizeres como “Vocês vão para o inferno” e “Obrigado, Deus, pelos soldados mortos”, em protesto contra as políticas liberais do Exército americano no tocante à homoafetividade de seus integrantes.

Já no sistema europeu, a proteção à liberdade de expressão não é regida pelo “princípio da neutralidade” do Estado ante quaisquer conteúdos imagináveis de um discurso, como ocorre no sistema americano¹⁶. Os comentários de Sarmento¹⁷ sobre o Direito alemão bem delineiam a corrente que prepondera no sistema europeu:

A concepção existente no Direito Constitucional alemão sobre a liberdade de expressão difere substancialmente daquela predominante nos Estados Unidos. De fato, embora na Alemanha esta liberdade também seja extremamente valorizada, já tendo sido rotulada, na decisão do famoso caso Lüth, como “a mais imediata manifestação da personalidade humana em sociedade”, “um dos mais nobres dentre todos os direitos humanos”, e “a base de todas as outras liberdades”, a compreensão sobre o seu significado, e sobre o papel do Estado diante dela, é sensivelmente diferente da norte-americana. Pode-se dizer, de forma muito resumida, que a liberdade de expressão na Alemanha não é tida apenas como um direito individual daqueles que se exprimem, mas também como um valor objetivo da ordem jurídica democrática, cujas garantia e promoção muitas vezes requerem ações estatais positivas.

A idéia básica é a de que a liberdade de expressão desempenha um duplo papel: por um lado, ela constitui um direito subjetivo individual, vital para a dignidade humana, mas, por outro, ela é também um instrumento para a livre formação da opinião pública e para o intercâmbio de idéias entre os cidadãos, tão necessários ao funcionamento de um regime democrático. Esta primeira dimensão individual da liberdade da expressão tende a preponderar em casos envolvendo direitos de cidadãos comuns, artistas, escritores, etc., enquanto a segunda dimensão institucional e objetiva é mais enfatizada em questões relativas à imprensa em geral.

Jurisprudencialmente, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já tem precedente que considerou válida uma restrição (embora, no caso, *a posteriori*) do direito à liberdade de expressão ao manter a condenação, imposta pelos tribunais belgas, de um político que distribuía panfletos com afirmações do tipo “opor-se à islamização da Bélgica”, “interromper a política de pseudo-integração”, “devolver os desempregados não europeus”, “reservar aos belgas e aos europeus a prioridade da segurança nacional”, por entender que “a linguagem utilizada incitava claramente ao ódio e à discriminação racial, o que não podia ser camuflado pelo processo eleitoral”¹⁸. Igualmente, no tocante ao direito à intimidade e privacidade, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em julgamentos pertinentes à princesa Carolina de Mônaco, reconheceu um

¹⁶ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 149.

¹⁷ SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em dezembro de 2013, p. 12.

¹⁸ MOTA, Francisco Teixeira DA. **A Liberdade de expressão em tribunal**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013.

espaço de intimidade o qual, por não trazer qualquer contribuição para um debate público relevante, não poderia ser divulgado sob o amparo da liberdade de expressão¹⁹.

3. BRASIL. A ANÁLISE DA AMOSTRAGEM – O (NÃO) POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA

Obtidas as amostragens por meio dos critérios abrangentes e objetivos delimitados no primeiro tópico, que alcançaram o montante de 48 (quarenta e oito) Acórdãos, destacaram-se, para análise da teoria da decisão judicial adotada, aqueles que apresentaram um conflito, aparente ou não, entre o direito à liberdade de expressão e o direito à vida privada. Aqueles que mencionaram os aludidos direitos apenas lateralmente, como mero *obiter dictum*, tal qual os atinentes à censura tributária, não serão citados neste trabalho, embora a sua leitura tenha auxiliado na formação das conclusões.

Alguns Acórdãos (por exemplo, Repercussão geral no Recurso Extraordinário com agravo 739.382, Ag. Reg. No recurso extraordinário com agravo 769.729) que compõem a amostragem versavam sobre uma importante questão processual: para o Supremo Tribunal Federal, o conflito entre a liberdade de expressão e a proteção da vida privada, muitas vezes, não se revela uma questão constitucional direta, mas, meramente, reflexa. Constatou-se ser corrente a assertiva de que “Salvo em situações extremas e excepcionais, nas quais se verifique o esvaziamento do direito de imagem e, por conseguinte, ofensa direta à norma constitucional, as discussões relativas à ocorrência ou não de dano moral não deve galgar a instância extraordinária”, como se encontra, por exemplo, na repercussão geral no recurso extraordinário 739.382.

Por outro lado, de modo destoante, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo que deu origem aos nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo n. 734.067, a Ministra Carmén Lúcia reformou um Acórdão que condenara o recorrente ao pagamento de indenização por danos morais, o que demandou a análise de matéria fática e a análise meramente reflexa de dispositivos constitucionais. Segundo a Ministra, “Cumprir afastar o fundamento da decisão agravada de que a controvérsia veiculada no recurso extraordinário

¹⁹ MOTA, Francisco Teixeira DA. **A Liberdade de expressão em tribunal**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013.

interposto por Jayme Copstein demandaria o exame de legislação infraconstitucional, pois a matéria é de natureza constitucional”.

De todo modo, os julgados mais relevantes sobre o tema, na medida em que trataram de forma ampla sobre o âmbito de proteção e as restrições à liberdade de expressão, contribuindo de forma decisiva para a compreensão da matéria, são os seguintes: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 4.274, ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL n. 187, REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 4.451, RECLAMAÇÃO n. 9.428, RECURSO EXTRAORDINÁRIO n. 511.961, ADPF n. 130, MEDIDA CAUTELAR EM ADPF n. 130-7 e MEDIDA CAUTELAR EM PETIÇÃO n. 2.702-7.

O Acórdão proferido na Medida Cautelar em Petição n. 2.702-7, do Rio de Janeiro, consubstancia o famoso caso “O Globo x Garotinho”.

O Ministro Relator, Sepúlveda Pertence, acentuou, no início do seu voto, a relevância da tensão dialética entre a liberdade de expressão e a proteção da intimidade, privacidade, honra e imagem, trazendo as opiniões doutrinárias contrárias de Sérgio Bermudes e Gilmar Mendes Ferreira sobre a possibilidade de restrição apriorística (antes do exercício) da liberdade de manifestação do pensamento quando em conflito com outras normas constitucionais, como o direito fundamental à vida privada, ressaltando que, até então, não havia posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Todavia, além do conflito entre normas constitucionais, o imbróglio, segundo o Relator, seria composto ainda, naquele caso específico, pela consideração da ilicitude da interceptação telefônica cujo conteúdo se pretendia divulgar, o que, na sua visão, impediria a formação de um dos requisitos para a antecipação da tutela recursal.

É relevantíssimo anotar a divergência instaurada pelo Ministro Marco Aurélio, que, em seu voto minoritário, afirmou que o conflito apontado pelo Relator seria meramente aparente, pois a Constituição daria primazia à liberdade-dever de informação em face de outros direitos fundamentais, como a proteção da honra e da intimidade – aparentemente, o Ministro posicionou-se, na ocasião, ao lado da corrente que sustenta a impossibilidade de restrição apriorística (*rectius*: antes do exercício) da liberdade de expressão.

O segundo caso selecionado é o retratado no Habeas Corpus n. 82.424-2, do Rio Grande do Sul, o também famoso “caso Ellwanger”.

No julgamento do caso Ellwanger, o Supremo Tribunal Federal, aproximando-se do sistema europeu, reconheceu, por maioria, a existência de restrições à liberdade de expressão, asseverando que o referido direito não suporta conteúdos imorais nem a prática de ilícitos penais, pois haveria a prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

O Ministro Celso de Mello destacou que o âmbito de proteção da liberdade de expressão não abrange a prática de ilícitos penais.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes aludiu à questão do *hate speech* como restrição à liberdade de expressão e afirmou não ser possível atribuir primazia absoluta ao respectivo direito no contexto de uma sociedade pluralista.

Os Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio apresentaram divergência. O primeiro já deixou antever a sua posição de que a liberdade de expressão é um direito absoluto, no plano da “incontrolabilidade da sua apriorística manifestação”, que pode ser reforçado pelas três excludentes de abusividade (a crença religiosa, a convicção filosófica e a convicção política). O segundo realizou também uma extensa análise do âmbito de proteção e restrições da liberdade de expressão, a fim de realizar um juízo de ponderação entre normas constitucionais, já que admitiu o caráter não absoluto do aludido direito.

Os casos sequentes são os representados pela Medida Cautelar em ADPF 130-7 e pela própria ADPF 130, que, por tratarem da mesma questão, serão abordadas conjuntamente.

No julgamento da já citada ADPF 130 – Lei de Imprensa, o Supremo Tribunal Federal, posicionando-se aparentemente entre o sistema europeu e o sistema americano, mas mais próximo do último, asseverou que o direito à liberdade de expressão seria um sobredireito da personalidade, um bem jurídico superior que, até o seu completo exercício, não comportaria restrição apriorística em nenhuma situação concreta, nem mesmo pela atuação do Poder Judiciário, não sucumbindo perante outros direitos fundamentais, que somente seriam objeto de tutela estatal em um momento posterior, por meio do direito de resposta e de responsabilização civil, administrativa ou criminal.

Além disso, asseverou-se que, quando a liberdade de expressão exteriorizasse uma convicção religiosa, filosófica ou política, haveria a exclusão de qualquer hipótese de agravo ou

abuso. O entendimento exposto neste parágrafo foi sugerido pelo Ministro Carlos Ayres Britto, que assim já o tinha feito, como voto vencido, no julgamento do caso Ellwanger, e bem reflete a posição do Magistrado, bem próxima do sistema americano, como pode se extrair do seguinte trecho do seu voto (ADPF 130, 2009, p. 51/52):

45. Nova pergunta é de se fazer, também sob a marca da imperiosidade: como entronizar o indivíduo nesses bens de personalidade que são a manifestação do pensamento e a expressão em sentido geral, se a ele é negada a possibilidade de fazer de cada obra sua um retrato falado de si mesmo? Se cada autor, cada escritor, cada pensador e cada artista tem por quintessência do seu DNA imaterial a ironia, por hipótese, como impedir que seja igualmente irônica a sua produção intelectual, ou artística, ou comunicacional? E se ele for um incréu (Millôr Fernandes fala do direito fundamental à descrença), um agnóstico, um iconoclasta, um evolucionista, um questionador, um anarquista ('Anarquistas, Graças a Deus', é o mais conhecido dos livros de Zélia Gattai), um arauto do holismo, da utopia e do surreal, como impedir que venha a contraditar, incomodar, desagradar ou até mesmo ofender, chocar, vexar, revoltar quem não o seja? Como proibir que o indivíduo seja ele mesmo em tudo que fizer, de sorte a tudo que ele fizer seja ele mesmo? Encarnado e inculpado, como se dizia em português dos tempos idos? Impossível, a não ser pelo raso e frio holocausto da liberdade de imprensa em nosso País.

46. Nessa toada de intelecção constitucional da matéria, quem quer seja pode dizer o que quer que seja, ao menos na linha da partida das coisas, pois a verdade, a beleza, a justiça e a bondade – só para citar os quatro valores por excelência da filosofia grega – podem depender dessa total apriorística liberdade de pensamento e de expressão para poder vir a lume. O possível conteúdo socialmente útil da obra a compensar eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. (...)

Mais adiante, explicita o Ministro Carlos Ayres Britto a impossibilidade, no seu entendimento, de haver uma colisão de outros direitos fundamentais em face da liberdade de expressão (ADPF 130, 2009, p. 61/62):

II – o segundo parêntese é para nos possibilitar dizer que essa hierarquia axiológica, essa primazia político-filosófica das liberdades de pensamento e de expressão lato sensu afasta sua categorização conceitual como 'normas-princípio' (categorização tão bem exposta pelo jurista alemão Robert Alexy e pelo norte-americano Ronald Dworkin). É que nenhuma dessas liberdades se nos apresenta como 'mandado de otimização', pois não se cuida de realizá-las 'na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes' (apud Virgílio Afonso da Silva, em 'A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares', Malheiros Editores, pp. 32/35, 2ª tiragem). Tais possibilidades não contam, simplesmente, porque a precedência constitucional é daquelas que se impõe em toda e qualquer situação concreta. Assim na esfera de atuação do Estado quanto dos indivíduos. Logo, valendo terminantemente para todas situações da vida em concreto, pouco importando a natureza pública ou privada da relação entre as partes, ambas as franquias constitucionais encarnam uma tipologia normativa bem mais próxima do conceito de 'normas-regra'; isto em consideração ao fato de que, e com o timbre da invariabilidade, preferem à aplicação de outras regras constitucionais sobre direitos da personalidade. Não para invalidar estes últimos, mas para sonegar-lhes a nota da imediata produção dos efeitos a que se preordenam, sempre que confrontados com as liberdades de manifestação do pensamento e de expressão lato sensu. Mormente se tais liberdades se dão na esfera de atuação dos jornalistas e dos órgãos de comunicação social.

Com um pequeno e providencial salto cronológico, já vale apontar que, todavia, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação 9.428-DF, realinhando-se ao modelo europeu, asseverou, pelo Plenário, que as considerações contidas na ementa do Acórdão

proferido na ADPF 130 – Lei de Imprensa e nos votos do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, não refletiam o entendimento da maioria dos ministros daquela Corte. Consignou-se que não houve a definição, naquele julgamento (a ADPF 130), da impossibilidade de, em um juízo de ponderação, diante da colisão de direitos fundamentais, o Poder Judiciário limitar previamente o exercício da liberdade de expressão.

Antes do julgamento da citada reclamação, antevia-se o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes sobre a matéria em virtude do julgamento do Recurso Extraordinário n. 511.961, *leading case* em que se discutiu, incidentalmente, a constitucionalidade da exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista.

Segundo o Relator, Ministro Gilmar Mendes (RE 511.961, 2009, s/ p.),

“É certo que o constituinte de 1988 de nenhuma maneira concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. A própria formulação do texto constitucional — "Nenhuma lei conterà dispositivo..., observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV" - parece explicitar que o constituinte não pretendeu instituir aqui um domínio inexpugnável à intervenção legislativa. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação. O texto constitucional, portanto, não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição.”

Seguiu-se o Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.451, na qual se discutiram alguns dispositivos da Lei 9.504/1997.

No julgamento, o Ministro Ayres Britto asseverou que (MC na ADIn 4.451, 2010, s/ p.):

“Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de 'imprensa', sinônimo perfeito de 'informação jornalística' (§1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V. A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. Isso porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, lócus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Decisão a que se pode agregar a ideia de que a locução 'humor jornalístico' enlaça pensamento crítico, informação e criação artística.”

Durante os debates que seguiram o voto do Relator, os Ministros Cezar Peluso e Carmén Lúcia indicaram sucintamente que não concordariam com a limitação de atuação do Poder Judiciário apenas *a posteriori*, ou seja, depois do exercício danoso da liberdade de expressão, para

casos que pudessem evidenciar lesão à honra, em face do dispositivo constitucional que não admite que se exclua lesão ou ameaça da apreciação jurisdicional.

Finalmente, tem-se dois casos relacionados às chamadas “marchas das drogas”.

O primeiro, a ADPF 187, teve como relator o Ministro Celso de Mello, que ressaltou a fundamentalidade de que se reveste a liberdade de expressão, a qual é também titularizada pelas minorias, “sendo completamente irrelevantes, para efeito de sua plena fruição, quaisquer resistências, por maiores que sejam, que a coletividade oponha às opiniões manifestadas pelos grupos minoritários, ainda que desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares”.

O Relator ressalta que, na sua concepção, o direito à livre expressão do pensamento não se revela absoluto, pois sofreria “limitações de natureza ética e de caráter jurídico”, lembrando a advertência do Juiz Oliver Wendell Holmes. Jr., proferida no julgamento do caso *Schenck v. United States*, no sentido de que não se protegeria a liberdade de expressão de um homem que falsamente gritasse fogo num teatro e, assim, causasse pânico.

O Ministro Celso de Mello relembra ainda que a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), exclui, do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento, “toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”.

É interessante anotar que, no aludido julgamento, além da reafirmação de posição do Ministro Ayres Britto quanto à inadmissão da censura prévia, ainda que pelo Judiciário, parece se posicionar, do mesmo modo, o Ministro Marco Aurélio, que se baseia em dispositivo expresso do Pacto San José da Costa Rica.

Finalmente, em situação idêntica, mas mais recente, o Supremo Tribunal Federal, na apreciação do caso consubstanciado na ADI 4.274-D e nominado como “marcha das drogas”, acolheu um extenso debate entre os ministros, a fim de se fixar, ainda que em mero *obiter dictum*, se e em quais hipóteses haveria uma repulsa constitucional à externalização da opinião.

Para que se tenha uma noção ainda maior da indefinição de que padece o tema perante o Supremo Tribunal Federal, questionados pelo Ministro Gilmar Mendes sobre a legitimidade de uma reunião pela descriminalização da pedofilia, os ministros ofereceram respostas antagônicas:

de um lado, os Ministros Carlos Ayres Britto e Celso de Mello, para os quais não se pode impedir a livre circulação de ideias, ainda que contrariem padrões morais ou culturais hegemônicos; do outro, os Ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski, convictos de que, sob o ângulo da razoabilidade e da proporcionalidade, não se poderia admitir, em nome da liberdade de manifestação de pensamento, uma reunião para discutir a descriminalização da pedofilia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS – AS TEORIAS DA DECISÃO JURÍDICA

A classificação das diversas teorias da decisão jurídica não é uma tarefa simples, talvez não seja mesmo uma tarefa possível, pois existem diversos pontos de aproximação e de distinção entre todas elas.

Exemplificadamente, as teorias da decisão jurídica de Robert Alexy e Klaus Günther, ligadas à teoria da argumentação, apresentam diferenças consideráveis no tocante à conceituação dos princípios e das regras, o que leva a métodos distintos de decisão.

Para Alexy, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” - ordens *prima facie* ou razões *prima facie*²⁰. Em crítica, Günther diz que “a indeterminação não é um problema da estrutura da norma, contudo uma perífrase do procedimento de aplicação imparcial” (2004, p. 398).

Tal diferença conceitual, na prática, pode levar a respostas diversas no enfrentamento de problemas jurídicos, como mostraram as divergências expostas no julgamento da ADPF 130.

No aludido julgamento, o Ministro Ayres Britto, expressamente, refutou a distinção adotada por Alexy entre princípios e regras - distinção que justifica a adoção, no estudo das restrições a direitos fundamentais, da chamada teoria externa - , aproximando-se de um método estruturante, que não considera os princípios como mandados de otimização – e justifica, por outro lado, a adoção da teoria interna. O Ministro concluiu, assim, que o direito à liberdade de expressão não pode encontrar os seus limites, externamente, no direito à vida privada, por meio da técnica do sopesamento, mas, sim, internamente, de acordo com a definição de seu âmbito de proteção.

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva, 2012, p.90.

Igualmente, não haverá quem sustente que as teorias da decisão jurídica de Robert Alexy e Ronald Dworkin possam ser classificadas em um mesmo grupo, uma vez que há muito que as distingue, precipuamente sobre a possibilidade e a necessidade de se construir uma única resposta correta.

Para o norte-americano, há uma exigência de integridade do Direito, o que torna necessário, no momento do julgamento, que o método adotado pelo julgador conduza a uma única resposta correta. Já para o doutrinador alemão, os problemas jurídicos suscitam várias respostas racionais e, até, irracionais.

Não obstante, os aludidos autores concordam quando o assunto é a distinção entre princípios e regras, o que, certamente, não torna similares as respectivas teorias da decisão jurídica.

Assim, um agrupamento das teorias da decisão jurídica que se revela plausível diz respeito aos paradigmas positivista e pós-positivista. Partindo-se da exposição do jurista Lênio Streck em sua obra *Verdade e Consenso* (2014), enquadrariam-se no paradigma positivista todas as teorias da decisão jurídica que defendem ou redundam em uma discricionariedade judicial, tal qual o positivismo normativista kelseniano, a Jurisprudência dos Valores, o realismo jurídico e a teoria da argumentação alexyana. Já o pós-positivismo seria marcado pela superação desse paradigma por meio de uma visão democrática da jurisdição, que não confere ao julgador um espaço de discricionariedade, tal qual as teorias da decisão de Ronald Dworkin e do próprio Lênio Streck.

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode, em tese, revelar a adoção de uma teoria da decisão, de um “mix” de teorias ou mesmo de um método inidentificável, bem como situá-la em um dos paradigmas jusfilosóficos delineados.

A presente pesquisa empírica, como visto no tópico anterior, revelou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no tocante ao tema da colisão (aparente, ou não) entre o direito constitucional à liberdade de expressão e o direito constitucional à vida privada, não indica a eleição de uma teoria da decisão judicial específica que oriente os julgamentos daquela Corte.

Por outro lado, observou-se que existe uma clara tendência à superação dos métodos tradicionais de interpretação cunhados por Savigny ainda no Século XIX, adotando-se acriticamente os postulados de interpretação constitucional elaborados pelo alemão Konrad Hesse – unidade da Constituição, concordância prática, conformidade funcional, efeito integrador,

força normativa da Constituição –, agregando-se outros dois, o princípio da máxima efetividade e o da interpretação conforme, conforme já havia sido notado por Silva (2010).

Sem qualquer indicação da eleição de um método de interpretação constitucional – segundo Silva (2010, p. 134), no Brasil, são apresentados comumente os métodos cunhados por Böckenförde e adaptados por Canotilho: hermenêutico clássico, método tópico-problemático, método hermenêutico-concretizador, método científico-espiritual e método normativo-estruturante –, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se apresenta com um verdadeiro sincretismo metodológico, conjugando, algumas vezes, até teorias contraditórias – por exemplo, o método estruturante de Friedrich Muller e o sopesamento de princípios de Robert Alexy.

Não é à toa que críticas contundentes são realizadas também por Lênio Streck (2014, p. 57), que afirma que, no Brasil, teria ocorrido a recepção equivocada da Jurisprudência dos Valores, do Realismo norte-americano e da teoria da ponderação de Robert Alexy, que, no mais das vezes, são aplicadas sincreticamente.

No que concerne aos direitos fundamentais, a percepção é a de que o Supremo Tribunal Federal trabalha sem uma definição de sua estrutura, quer dizer, sem esclarecer ao jurisdicionado se se adota a perspectiva de uma estrutura deontológica, com definição precisa do âmbito de proteção do direito fundamental, ou da finalidade valorativa, na qual a extensão do direito fundamental se origina de um sopesamento.

Não se define também qual a perspectiva sobre a natureza dos direitos fundamentais, se de princípios ou de regras, realizáveis na maior medida do possível ou na perspectiva do tudo ou nada. Não se explicita se, caso adotada a conceituação dos direitos fundamentais como princípios, sujeitos à otimização, haveria compatibilidade com a exigência de máxima efetividade dos direitos fundamentais e com o método estruturante, tão citados e/ou utilizados em seus votos.

Há um ponto, porém, que parece certo: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não adota as teorias de Ronald Dworkin e Lênio Streck sobre a existência de uma única resposta adequada constitucionalmente, na medida em que trabalha (o STF) os princípios como abertura do sistema (“pamprincipiologismo”), não como fechamento. A resposta jurisdicional parece ser construída sem a preocupação com a integridade – acima, mostrou-se que, em algumas ocasiões, contrariando a posição da Corte, conhece-se de questão de prova e de “ofensa reflexa” – e a autonomia do direito – no debate travado no julgamento do caso “marcha das drogas”, já

referido, alguns Ministros consideraram a moral, se não como corretiva, como um guia para a decisão.

Aliás, pode-se dizer que a jurisprudência de nossa Corte Suprema se afasta bem desse paradigma ultra-racionalista, aproximando-se, até, mais da teoria irracionalista de Alf Ross. Por exemplo, já fora da amostragem eleita para este trabalho, o Ministro Marco Aurélio, no julgamento do AI 252347 e do AI 218668, afirmou com todas as letras que a interpretação é um ato de vontade – paradigma positivista kelseniano.

Veja-se que, diversamente, no julgamento do caso *Ellwanger*, o mesmo Ministro Marco Aurélio, identificando uma situação de colisão de normas constitucionais, trabalhou diretamente com o sopesamento de normas, concluindo haver uma predileção da liberdade de expressão, que cederia apenas “se de fato a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão ou se, ao contrário, é um receio subjetivo ou uma vontade individual de que a opinião exarada não seja divulgada” (HC 82.424/2003).

Na verdade, do modo como a técnica do ponderação foi utilizada pelo Ministro e, comumente, é utilizado em outros julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, sem a devida atenção às fórmulas e procedimentos talhados por Robert Alexy para dar a devida racionalidade à sua teoria e reduzir a discricionariedade judicial a uma discricionariedade estrutural para sopesar, acaba-se por manter a teoria alexyana no paradigma positivista, forjada no esquema sujeito-objeto, pois, nesses termos, a interpretação mantém-se caracterizada como ato de vontade.

O próprio Alexy adverte que “o sopesamento não é um procedimento por meio do qual um interesse é realizado às custas de outro 'de forma precipitada'. De acordo com esse modelo, o sopesamento é tudo, menos um procedimento abstrato ou generalizante” (2012, p. 173).

Em outras palavras, a colisão de direitos fundamentais, segundo Alexy, exige que, constatada a inexistência de prevalência em abstrato, utilize-se a máxima da proporcionalidade por meio de critérios revelados nas máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido escrito, que exigem uma extensa demonstração argumentativa das razões que justificam a preferência a um valor constitucional.

Há, portanto, no Supremo Tribunal Federal, um quadro de indefinição metodológica, com a importação de teorias forjadas em países de consolidada história democrática, marcando a sua jurisprudência como solipsista, ainda fundada em paradigmas filosóficos do esquema sujeito-objeto, podendo ser enquadrada dentro do paradigma positivista em virtude do exercício latente da discricionariedade judicial.

A conclusão final é a de que, no atual estado da arte, não é possível identificar qual a teoria da decisão judicial utilizada pelo Supremo Tribunal Federal. Preponderam, é verdade, as referências à lei do sopesamento alexyana, embora a teoria seja aplicada sem a devida consideração às fórmulas fabricadas por seu mentor.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **A liberdade de expressão na jurisprudência do STF**. Brasília: IDP, 2012.

BECKER, Howard S. **Segredos e Truques da Pesquisa**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Zahar, 2007.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CRORIE, Benedita da Silva Mac. **Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Coimbra: Almedina, 2013.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINBD**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, v. I.

GUERRA, Sidney. **Hermenêutica, Ponderação e Colisão de Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução de Claudio Moz. São Paulo: Landy, 2004.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga Marques. **Liberdade de expressão e a colisão entre direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010.

MATTIA, Fabio Maria de. **Direitos da personalidade: aspectos gerais**. Revista forense, v.74, nº 262, p. 79-88, abr./jun. De 1978. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181045>>. Acessado em dezembro de 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOTA, Francisco Teixeira DA. **A Liberdade de expressão em tribunal**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013.

RIBEIRO, Leandro Ricardo. Estudos empíricos no direito: questões metodológicas. In: CUNHA, José Ricardo. **Poder Judiciário: Novos olhares sobre a gestão e jurisdição**. Rio de Janeiro: FGV, 2010, p. 71-95.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em dezembro de 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

A REALIZAÇÃO DO DIREITO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DA DECISÃO DE CASTANHEIRA NEVES À LUZ DA METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER

Tiago Neu Jardim¹

INTRODUÇÃO

Esse artigo se destina a analisar se os critérios utilizados pela Suprema Corte brasileira para decidir levam ou não em conta as particularidades do caso concreto, mormente em tempos de massificação das ações que tramitam pelos tribunais. Como se sabe, a utilização dos princípios para a solução dos problemas do mundo da vida há muito deixou de estar limitado à aplicação naqueles casos considerados difíceis, como pressupunha Dworkin, mas passou a ser condição de possibilidade para a concretização dos direitos fundamentais.

A complexidade da sociedade moderna e a incapacidade do procedimentalismo democrático elaborar regras adequadas para a solução dos problemas, permitiu que os princípios fossem trazidos para dentro do direito como forma de solucionar os conflitos sociais, como forma de resgatar a moral solapada pelo paradigma positivista. É certo, no entanto, que sem a relação de dialeticidade estabelecida entre sistema e problema, não é possível encontrar soluções justas e adequadas com a realização do direito.

É nessa esteira que a Teoria da Decisão formulada pelo Professor António Castanheira Neves se mostra cada vez mais relevante, na medida em que o problema passa a ser o ponto de partida para a decisão. O aplicador, ao se deparar com um problema a ser solucionado, busca no sistema normativo o fundamento e os critérios da decisão.

Com efeito, o papel do problema na construção do direito tem sido frequentemente descartada pelos teóricos, ou porque defendem uma decisão oriunda de uma pré-compreensão do intérprete (hermenêutica filosófica), ou porque se limitam a extrair o conteúdo da norma buscando a intenção do legislador (método teleológico), ou porque acreditam que não devem se

¹Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Possui graduação em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2007), graduação em Direito pela mesma Universidade (2009) e especialização em Finanças pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA (2009). É Procurador do Município de Horizontina e Professor do curso de Ciências Econômicas da Faculdade Horizontina – FAHOR.

afastar da literalidade do texto (método gramatical) ou então romper a integratividade do sistema (método sistemático), só para citar alguns. O objetivo deste artigo é, portanto, o de buscar evidências empíricas de que a Suprema Corte brasileira tem se valido

O discurso político-jurídico pode ser traduzido na relação dialética que tem se estabelecido entre legislador e intérprete no interior do processo democrático. Os papéis da fundamentação e da aplicação na realização do direito e o espaço da moral que permeia a razão prática e a consciência coletiva foi amplamente debatido por autores como Klaus Günther, Jürgen Habermas e Castanheira Neves, embora de maneira bastante distinta no que diz respeito às formas de mediação e ao papel da fundamentação nesse processo. Enquanto Günther considera ser imprescindível estabelecer uma distinção entre justificação e aplicação e Habermas defende que a prática comunicativa do cotidiano não pode ser preservada se houver uma cisão do mundo da vida, a concepção adotada por Castanheira Neves não concebe o direito como um subproduto da política, condicionando a sua existência a sua realização frente a um problema extraído de um determinado caso concreto. É o que ele vai chamar apropriadamente de “legitimação pelos efeitos”.

Com efeito, não se trata de negligenciar o texto erigido no seio de um procedimentalismo democrático, mas de ser capaz de confrontá-lo com os princípios na busca pela melhor resposta que torne possível a realização do direito. Com esse propósito, as decisões da Suprema Corte brasileira tem-se valido cada vez mais dos princípios como sistema fechado de norma que permite a salvaguarda dos direitos fundamentais frente ao caso concreto, sem cair na abstração legislativa fruto da política.

O objetivo não é a de procurar saber se existe uma única resposta par um dado problema, tampouco se a aplicação do direito foi a melhor possível. Não se trata de técnicas utilitaristas, mas apenas a de constatar que a teoria adotada por Castanheira Neves é de fato empiricamente evidenciável, mormente quando se lança mão dos princípios para a concretização dos direitos fundamentais. A realização do direito tem aqui a conotação de concretização de direitos fundamentais por meio de princípios e não a versão do direito como simples pacificador de conflitos visto que esta não é capaz de reproduzir o direito, mas apenas de reafirmá-lo na medida em que limita-se simplesmente a aplicar a norma abstrata.

1. PRESSUPOSTOS DE UMA TEORIA DA DECISÃO

Uma teoria da decisão, qualquer que seja o método que se utilize, deve sempre ter em mira não apenas a realização do direito, mas uma reprodução justa do direito. O direito enfrenta hoje uma crise de validade, em parte decorrente de uma frágil representatividade política cujo processo se consubstancia na própria legitimação do direito. Enquanto a legitimidade corresponde à elaboração política das normas, estruturadas pelo discurso de fundamentação (justificação), a validade representa o grau de observância da norma produzida.

De acordo com Habermas,

A validade social de normas do direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. Ao contrário da validade convencional dos usos e costumes, o direito normatizado não se apoia sobre a facticidade de formas de vida consuetudinárias e tradicionais, e sim sobre a facticidade artificial da ameaça de sanções definidas conforme o direito e que podem ser impostas pelo tribunal. Ao passo que a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais. A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se².

A passagem, embora nem de longe represente a magnitude da teoria desenvolvida pelo autor na obra “Direito e Democracia”, é bastante elucidativa e reveladora. Nela, Habermas faz uma clara distinção entre a validade que, segundo ele, é determinada pelo grau de imposição da norma produzida independentemente de qualquer substrato moral e a legitimidade, adjudicada pela realidade fática e desvinculada do seu caráter deontológico. A legitimidade seria, portanto, mensurada pela sua natureza axiológica.

Com efeito, Castanheira Neves defende posição totalmente diversa, haja vista que ele admite a chamada “legitimação pelos efeitos”, vale dizer, que o direito só se legitima quando se realiza. Nesse sentido, o Professor de Coimbra admite a construção do direito frente ao problema de modo a dispensar a abstração legislativa e a filtragem política, servindo o intérprete como mediador exclusivo entre a práxis e norma positiva. Aparentemente, não haveria espaços da justificação na criação e na realização do direito. Nesse sentido, é possível concluir que o autor se utiliza de outro a priori metodológico para a realização do direito, partindo justamente do problema para tentar encontrar uma solução no sistema.

Höffe, entretanto, aborda postura diversa defendendo que a justiça poderia ser realizada pela simples aplicação da norma, eis que o seu processo de elaboração já contemplaria juízos pré-morais, não se fazendo necessária a verificação pelo intérprete aplicador.

² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Temo Brasileiro, 2003. Vol. I. 2ªed, p. 50.

A justificação correspondente pode ser entendida em duas direções. Segundo uma compreensão mais fraca, o ponto de vista moral é possível em face do mandato para o exercício da coerção; segundo uma compreensão mais forte ele é necessário. Se a justiça é apenas uma perspectiva possível e se a questão da legitimação em face do mandato para o exercício da coerção pode ser respondida com razões pré-morais, se poderia renunciar então, à busca de razões morais³.

A conclusão a que se chega é que o espaço reservado à moral na teoria de Höffe está na política e no discurso de justificação. Com esse pressuposto, aparentemente, evita-se cair na abstração da universalização moral da norma, na qual Günther acaba incorrendo, ao atribuir o papel de verificação moral ao discurso de aplicação. Interessante observar, ainda, que, na teoria de Günther, a justificação serviria para integrar a validade do direito e não sua legitimidade.

Contrariamente, a teoria defendida por Klaus Günther, revelada já na Introdução à Edição Brasileira da sua obra, escrita por Luiz Moreira⁴, pode ser assim resumida:

Progressivamente, parte o trabalho da demonstração de que não é possível, mas válida, a distinção, para as normas morais, entre fundamentação e aplicação. (...) No entanto, ressalte-se que tal recurso é formulado tendo em vista a universalidade das normas morais. Cabe às normas morais a tarefa de justificação das ordenações de condutas. (...) No caso específico das normas morais, a normatividade é deduzida de sua universalidade. Eis a pergunta primeira elaborada por Klaus Günther: como gerar a prescrição de condutas no seio de uma normatividade moral? A resposta seria: por meio da distinção entre justificação (moralidade) e aplicação (juridicidade).

Vê-se, portanto, que Habermas e Günther adotam posturas diferentes quanto à forma pela qual o direito se legitima. Para Günther, a moral se realiza por meio da generalização e da aceitabilidade, cabendo à política a tarefa de fundamentar. Há, portanto, uma dependência normativa do direito em relação à moral. Já para Habermas, a consciência moral vai sendo erigida no interior do procedimentalismo democrático, a partir de um agir comunicativo em que os dissensos vão sendo assimilados no interior do processo.

Fato comum entre Günther e Habermas, entretanto, é que ambos abordam a questão da consciência moral, divergindo apenas quanto às formas de mediação. Aparentemente, ambos estão interessados em procurar responder ao problema da moral na argumentação, seja ela discursiva ou comunicativa. Para Habermas⁵, “todo ato de entendimento pode ser concebido como parte de um procedimento cooperativo de interpretação, voltado a alcançar definições situacionais intersubjetivamente reconhecidas”. De acordo com ele, todo o trabalho interpretativo é concebido na esfera do mundo da vida, através de um processo de reprodução das tradições culturais.

³ HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005. 3ªed. p. 54.

⁴ MOREIRA, Luiz. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 2ªed., p. 01.

⁵ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012. Vol. 1, p. 138.

A leitura que Habermas⁶ faz da teoria Gadameriana, é a de que “o interprete pode fazer uso da estrutura interna racional do agir orientado pelo entendimento”, somente podendo “esclarecer o significado de uma exteriorização simbólica enquanto participante virtual no processo de entendimento entre os imediatamente envolvidos”. A visão de Castanheira Neves, entretanto, é bem diferente. De acordo com o autor de Coimbra,

(...) também para a legislação o problema da legitimidade (política) não suprime ou reduz o problema da validade (jurídica), o certo é que, no quadro embora dessa validade, a legislação não só tem uma intencional índole normativa qualitativamente diversa da que corresponde ao juízo jurídico-decisório concreto, como sobretudo assume atualmente uma intencionalidade e uma funcionalidade políticas e político-sociais que de modo essencialmente a diferenciam da estrita realização do direito⁷.

Aparentemente, o aspecto moral em Castanheira Neves só se torna presente quando confrontado o direito com o problema real e atual, sem a intermediação da política. Ele afirma: “O jurista realiza o direito resolvendo os problemas jurídicos concretos, e o nosso problema é o da própria realização do direito que se cumpre e tem por conteúdo a resolução desses concretos problemas jurídicos”⁸. O mais curioso na tese do autor de Coimbra, é que ele não vê o direito como subproduto da política tal como Höffe, Günther ou Habermas, mas como algo a ser realizado.

O direito não o é antes da sua realização, pois só na sua realização adquire a sua autêntica existência e vem à sua própria realidade. (...) 'O direito existe para se realizar. A realização do direito é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito. O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e sobre o papel, não é mais do que um fantasma de direito, não são senão palavras'.⁹

A efetividade do direito como pacificador de conflitos sociais e como pretensão promotor de cooperação entre consciências dissonantes encontra limites não apenas no pluralismo decorrente das diferentes historicidades, tradições e formas de vida como também nas individualidades criadas pela razão econômica. Como seria possível então conceber a equidade sem antes promover a internalização consciente no interior do procedimentalismo democrático? Não há como ignorar o fato de que o ideal burguês forjou não apenas o curso da própria história (Hegel) como as formas de promoção da equidade, racionalizando a justiça para uma perspectiva eminentemente liberal o que, por certo, contribuiu para o afastamento da moral enquanto mediadora na intrincada relação entre política e direito.

Naturalmente, a moral, como promotora de uma realização justa do direito, tem a sua sede primariamente na formação da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública.

⁶ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012. Vol. 1, p. 251.

⁷ NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 22.

⁸ NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais**. 1993, p. 23.

⁹ NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais**. 1993, p. 25.

“Na prática comunicativa do cotidiano, as interpretações cognitivas, as expectativas morais, as expressões e valorações têm de qualquer modo que se interpenetrar”¹⁰. Daí resulta que a moral pode ser apreendida objetivamente, mas deve ser concebida como processo na intersubjetividade discursiva entre fundamentação e aplicação em uma relação de reciprocidade. A validade da lei depende da sua justa aplicação. Essa perspectiva, portanto, exige a inversão da relação de universalidade imperativo-categorial proposta por Kant. Em vez de buscar uma moral universalmente válida para interpretar e aplicar a lei parte-se de uma norma que passa a ser aceita natural e espontaneamente pelos indivíduos superando-se a heteronomia através da liberdade conquistada pela emancipação da razão prática.

As possibilidades de estabelecer-se um diálogo entre aquele que produz a norma (processo político) e aquele que a interpreta e aplica¹¹ (processo de adequação) já pressupõem a existência de uma estrutura comunicativa. Nessa mesma esteira é o pressuposto da escola positivista, segundo a qual as regras simplesmente são, não competindo um critério axiológico de validade. Kant afirma que a razão é constituída ao mesmo tempo por uma dimensão teórica e cognitiva voltada ao raciocínio lógico cuja busca da compreensão prática, determinaria o seu objeto mediante a ação e a vontade livres. É possível incorporar a ideia de uma moral Kantiana através de uma razão prática, como aliás procedeu Klaus Günther na tentativa de conciliar a moral à aplicação do direito, de forma apartada da política e do constructo democrático.

Nesse sentido, Günther diferencia-se de outros filósofos do direito no que diz respeito ao papel da moral na teoria da argumentação, mas acaba incorrendo no mesmo equívoco ao apartá-la do direito, apesar de admitir a importância da razão prática nesse processo. Logo no prefácio da obra que é resultado de sua tese de doutoramento, ele afirma o seguinte:

Os argumentos seguintes deverão confirmar a suspeita de que, em casos de conflito moral e jurídico, teremos maiores problemas em avaliar adequadamente a situação, à qual se poderiam aplicar diferentes regras e princípios. (...) Nesse sentido, a tese deste livro é a de que não é possível abdicar da razão prática¹².

Günther, embora não negligencie o chamado mundo da vida, acaba relegando a moral apenas aos aspectos fáticos e situacionais, cuja evidência repousa no fato de que para ele, assim como para Dworkin e tantos outros ainda caudatários do paradigma positivista, uma regra legitimamente imposta pode eventualmente entrar em conflito com preceitos morais. Para

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 2013, p. 33.

¹¹ De acordo com a teoria concebida pela Hermenêutica Filosófica levada a efeito principalmente por Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer interpretação e aplicação resultam de um único processo.

¹² GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral – Justificação e Aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 2ªed. p.VII

Castanheira Neves¹³, portanto, a melhor solução estaria em reconhecer a norma aplicável como um elemento aberto, dinâmico e, diga-se, adaptável.

A análise dessas duas diferentes percepções em torno do espaço da moral no direito impõe a questão de saber sob qual ponto de vista ela deve ser encarada para que dos sistema se extraia a máxima efetividade, pois, afinal de contas, o problema se resume em descobrir como proporcionar uma realização justa do direito. Para Luhmann,

La comprensión que se logró para vincular política y derecho se resumió y se superó finalmente em el esquema "Estado de Derecho. (...) Como Estado de Derecho, el Estado era simultáneamente una institución jurídica y una instancia de responsabilidad política que miraba por el derecho: por La imposición y el subsiguiente desarrollo jurídico; por La adaptación a las cambiantes circunstancias sociales y a los fines políticos realizables¹⁴.

Luhmann aparentemente procura unificar pacificamente política e direito através de um novo paradigma de Estado, por meio da imposição decorrente da força coercitiva da lei e as circunstâncias sociais para as quais a política dever ser realizada. Importante destacar que o autor parece negligenciar a existência de uma ruptura funcionalista entre as esferas que compõem o processo democrático, de forma a não deixar espaço para a moral ou para as possibilidades de uma realização justa do direito. É nesse sentido que ele critica a postura adotada por Castanheira Neves:

Luhmann critica pela sua disfuncionalidade uma perspectiva de decisão jurídica que pretenda ter o seu critério nos efeitos, como corresponde aos modelos que estamos a considerar, invocando para tanto, três fundamentos principais: esses modelos inseririam a contingência nas decisões jurídicas, com sacrifício da exigível certeza; atentariam, pela variação resultante da concreta oportunidade implicada, contra o princípio da igualdade; seriam incapazes de realizar a principal função social do direito, que é, segundo ele, a redução da complexidade pela subsistência de um sistema diferenciado ou dogmaticamente autônomo¹⁵.

A crise de efetividade, que de certo modo também é do Estado, é resultado da submissão da lei à política. A realização justa do direito somente pode ser levada a efeito através de um procedimentalismo democrático onde a moral encontre espaço tanto no discurso de justificação (política) quanto no de aplicação (adequação feita pelo intérprete). De acordo com Habermas¹⁶,

Na filosofia política de Kant há duas versões claramente distinguíveis. A versão oficial serve-se da construção de uma ordem cosmopolita produzida unicamente pela coerção da natureza, sob cujo pressuposto a doutrina do direito pode então deduzir as ações políticas na forma de ações morais:

¹³ NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais**. 1993, p. 167.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. México: Universidade Iberoamericana, 2002, p. 481.

¹⁵ NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais**. 1993, p. 63.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014. 1ªed, p. 284.

em um estado jurídico de todo modo existente (ou seja, aquelas condições externas nas quais realmente pode ser atribuído um direito ao ser humano), a política moral não significa nada mais do que ação jurídica por dever sob leis positivas. (...)

Nesse primeiro ponto, Habermas, valendo-se da teoria kantiana, deduz que a moral é realizável através da política coercitivamente imposta por meio de uma ação jurídica. Essa versão, por si só, já pressupõem que a justiça não pode ser concretizada apenas através da política como defendem Rawls e Höffe e, tampouco, através de normas deontológicas, mas por meio de uma fusão discursiva ocorrida no interior do processo democrático. Com efeito, o direito não pode ser objetificado, materializado ou consubstanciado apenas na lei. Nesse sentido, Klaus Günther:

Com a autonomia da política, o conceito de prudência, no contexto aristotélico, desprende-se do campo semântico que ainda abrangia. Com a autonomia da política, o conceito de prudência tornou-se uma categoria do campo de atuação da política, desprovida, inicialmente, de juridicidade e, posteriormente, de moralidade. Justamente por não ser mais possível solucionar conflitos morais de atuação por meio da integração em um modo de vida comum e por nos depararmos crescentemente com conflitos entre membros de modos distintos de viver, foi inevitável abstrair a qualidade moral de uma norma do respectivo modo de vida, no qual ou para o qual pudesse ser aplicada.¹⁷

Reforçando tal concepção, o Friedrich Müller, afirma:

A norma jurídica é compreendida erroneamente como ordem, como juízo hipotético, como vontade materialmente vazia. Direito e realidade, norma e segmento normativo da realidade aparecem justapostos “em si” sem se relacionarem; um não carece do outro, ambos só se encontram no caminho da subsunção do suporte fático, de uma aplicação da prescrição.¹⁸

Com efeito, a dificuldade de obter um grau universalista de abstração, por certo herdado de Kant, levou o autor a abstrair qualquer tentativa de verificação moral de uma norma. Em que pese o reconhecimento dessa dificuldade, não é menos verdade que Günther procura empreender formas de contemplar as ações morais por meio da aplicação, ainda que seja através da racionalização de um dado problema, adaptando as complexas e pluralistas estruturas sociais a contingências pré-concebidas pela razão do julgador.

O direito não pode ser descrito e tampouco caracterizado como algo estático, mas como produto de um processo em constante transformação em que a justiça ocorra como seu substrato. A força coercitiva que Habermas atribui o nome de legalidade, mas que em verdade poder ser traduzida como validade, resulta da moral, erigida no seio da razão prática. A esse respeito, diz o Professor de Coimbra:

O problema jurídico-normativo da interpretação não é o de determinar a significação, ainda que significação jurídica, que exprimam as leis ou quaisquer normas jurídicas, mas o de obter dessas leis ou normas um critério prático normativo adequado de decisão dos casos concretos. (...) Uma boa interpretação não é aquela que, numa pura perspectiva hermenêutica-exegética, determina

¹⁷ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral – Justificação e Aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 2ªed. p.XI.

¹⁸ MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009, p. 18.

corretamente o sentido textual da norma; é antes aquela que numa perspectiva prático-normativa utiliza bem a norma como critério da justa decisão do problema concreto¹⁹.

A concepção defendida por Castanheira Neves e constitucionalmente adaptada por Friedrich Müller ao desenvolver um novo método interpretativo supera o obstáculo positivista e avança no sentido de possibilitar não apenas a concretude das normas como também a realização mais justa do direito através da aproximação entre a moral e o direito. Tal perspectiva torna-se ainda mais evidente na medida em que os discursos de fundamentação (argumentação) e aplicação passam a perceber o direito não como um produto pronto e acabado, mas como um processo.

2. EM BUSCA DE UMA TEORIA ADEQUADA A UMA REALIZAÇÃO JUSTA DO DIREITO: A CONCEPÇÃO DE CASTANHEIRA NEVES

Castanheira Neves, em sua obra *Metodologia Jurídica*, admite como pressuposto básico para desenvolvimento da sua tese, a realização do direito. Para ele, este seria o fim último de toda e qualquer teoria. Para tanto, o método a ser buscado deveria ter sempre esse objetivo em mira. Sendo assim, uma teoria adequada a uma realização do direito não pode estar limitada a simples aplicação de normas pressupostas, haja vista que a norma já é uma resposta a uma questão de direito. Castanheira Neves admite que existiriam momentos sucessivos de uma mesma tarefa, compartilhados entre o legislador e o intérprete.

Pelo que haveria assim lugar para se falar da realização do direito em sentido amplo, de modo a abranger, como suas duas modalidades, tanto a prescrição legislativa como a judicativa decisão concreta: aquela seria uma realização do direito em abstrato, esta uma realização do direito em concreto, e que apenas prolongaria, justamente na sua concretização normativa, aquela primeira²⁰.

Aparentemente, portanto, a concretude do direito dar-se-ia em momentos distintos e independentes visto que o autor considera possível a aplicação apartada da fundamentação. Segundo ele, “ou o julgador repete em concreto o legislador ou o legislador antecipa em abstrato o julgador – não obstante, decerto, as diferenças institucionais entre ambos”. Dessa forma, tem-se que a teoria mais adequada à realização do direito é aquela que se proporciona mecanismos e instrumentos capazes de compreender a realidade no exato momento em que se apresenta problema cujas respostas são o resultado de um processo indutivo. É fundamental admitir que dentro do sistema hajam inúmeras soluções possíveis e igualmente adequadas para o caso, pois

¹⁹ NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*. 1993, p. 84.

²⁰ NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*. 1993, p.18.

essa é a peça chave para entender porque se mostra tão apropriada a concepção do Professor Castanheira Neves.

Outra, porém, é a concepção de Viehweg. Atienza *apud* Viehweg conceitua o problema da seguinte forma: “(...) toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que sempre exige um entendimento preliminar, de acordo com o qual assume o aspecto de questão que é preciso considerar com seriedade e para a qual é preciso buscar uma única resposta como solução”²¹.

Tercio Sampaio Ferraz Jr., ao prefaciar a obra de Viehweg²², sintetiza o que vem a ser o método de que se vale o Professor de Coimbra:

A tópica não é propriamente um método, mas um estilo. [...] pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático, na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa. Como tentativa, as figuras doutrinárias do Direito são abertas, delimitadas sem maior rigor lógico, assumindo significações em função dos problemas a resolver, constituindo verdadeiras 'fórmulas de procura' de solução de conflito.

Nesse mesmo sentido, é o método encampado e defendido por Friedrich Müller a partir do qual contempla a realidade do intérprete confrontando-as com as possibilidades abertas pelo sistema, aduz o seguinte:

Diante da impossibilidade de se isolar a norma da realidade, na concretização da norma o operador deve considerar tanto os elementos resultantes da interpretação do programa normativo (norma propriamente dita), quanto os decorrentes da investigação do domínio normativo (realidade social que o texto intenta conformar), pois ambos fornecem de maneira complementar, ainda que de modo distinto, os componentes necessários à decisão jurídica²³.

A Teoria Estruturante do Direito foi desenvolvida pelo Prof. Friedrich Müller durante a segunda guerra mundial. A principal inovação dessa teoria foi ter explorado e desenvolvido o conceito de concretização, a qual estaria amparada sob a *práxis*. A norma jurídica, portanto, seria resultado da interação entre a realidade do caso concreto e o texto enquanto subproduto de um processo político e democrático. O intérprete passaria a ter, assim, um papel central, visto que ele é o responsável por confrontar as possíveis soluções tópicas em norma jurídica, promovendo o trabalho de concretização. O aplicador deveria, portanto, compreender e interpretar o problema para só depois encontrar nos catálogos normativos a resposta mais adequada, fazendo-se um juízo de conformação.

²¹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 43.

²² VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UnB, 1979.

²³ MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009, p. 63.

Evidencia-se que, na metódica estruturante, a norma jurídica não preexiste no texto como um *a priori*, mas como produto da adequação entre o problema e o sistema. Nesse sentido, Müller:

A norma jurídica é, portanto, resultante de um processo tópico-dialético entre o texto legal *a priori* e o meio fático do caso, tendo-se o método como elo crucial de ligação entre o Direito e realidade, contribuindo para uma decisão jurisprudencial límpida, racional e segura. É mister destacar também a chamada elipse hermenêutica, que engloba toda a trilha entre a norma textual abstrata e a norma estruturada concreta²⁴.

É de ver, portanto, que a teoria mais adequada e compatível com o modelo de Estado Democrático é aquele que permite a superação do positivismo apartado da razão prática em que os juízos axiológicos são ceifados, priorizando-se a norma em detrimento do caso concreto. Para essa concepção, o direito é percebido como o resultado de um procedimentalismo democrático, um subproduto da política, onde o discurso de fundamentação já foi realizado, cabendo agora ao intérprete tão somente aplicar a norma.

3. TEORIA DA DECISÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: EVIDÊNCIA EMPÍRICA DA TESE DE CASTANHEIRA NEVES APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

É bem verdade que as decisões da Suprema Corte brasileira tem caminhado no sentido de solucionar os problemas à luz da Constituição, valendo-se, como visto, de elementos como o da uniformidade, da coerência, da eficácia integradora e da conformidade, aproximando-se mais das teorias da argumentação defendidas por Neil MacCormick, Robert Alexy e Ronald Dworkin. É bem verdade também, que a jurisprudencialização das decisões proferidas torna-se incompatível com o método indutivo, característico da tópica, tal como, aliás, já deduzido por Manuel Atienza.

Em que pese, portanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não seja muito farta em exemplos de adequação do sistema ao caso concreto, ressalvados os julgados em matéria penal em que o aplicador não pode se furtar de ponderar a pena às circunstâncias específicas do agente, é preciso reconhecer que em algumas circunstâncias o STF tem se valido do caso concreto para conseguir encontrar a solução mais justa dentro do ordenamento.

Por óbvio que a jurisprudência consiste em uma decisão prévia, rígida e indiferente às peculiaridades da casuística, vale dizer, utiliza-se do método dedutivo para todo e qualquer caso. Esse aporte decisório é caudatário do paradigma pós-positivista em que o judiciário se substitui.

²⁴ MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 150.

Contra tal concepção Müller²⁵ afirma que a “norma jurídica não é apenas um dado orientador apriorístico no quadro da teoria da aplicação do direito, mas adquire sua estrutura em meio ao processamento analítico de experiências concretas no quadro de uma teoria da geração do direito”.

A resposta à democracia não consolidada e a superação da crise de efetividade só se torna possível, portanto, através do processo de constitucionalização do direito em substituição à dogmática jurídica e à pragmática do positivismo. Nessa nova perspectiva, o interprete do texto legal passou a ter maior espaço de atuação, pautando-se nos princípios que despontaram como a condição de possibilidade para a concretização dos valores sociais até então esquecidos.

Atienza²⁶, analisando a obra “Tópica e Jurisprudência” de Viehweg conclui que o “método consiste em partir de uma série de princípios e axiomas que devem ter as propriedades de plenitude, compatibilidade e independência, mas ele não pode ser aplicado ao campo da jurisprudência”. Em sua obra, Castanheira Neves propõe um modelo de realização do direito, decompondo o sistema em quatro substratos ou categorias.

O sistema é uma unidade de totalização normativa que se analisa em quatro elementos – os elementos constitutivos da sua normatividade, organizados em quatro estratos distintos e entre si relacionados num todo integrante. O primeiro desses estratos formam-no os princípios. (...) Um segundo estrato é ocupado pelas normas prescritas numa opção político-estratégica e de um vinculante valor normativo que provém das já aludidas legitimidade e autoridade político-jurídicas. (...) Um terceiro estrato é a expressão da jurisprudência. (...) O quarto e último estrato é ocupado pela dogmática (ou doutrina jurídica), enquanto o resultado de uma elaboração livre e de uma normatividade que apenas se sustenta na sua própria racionalidade fundamentada (...)²⁷

Para Castanheira Neves, o problema ganha contornos de relevo dentro de uma teoria da decisão, visto que nele reside o papel mediador entre os sistemas. As decisões proferidas pela Suprema Corte caminham nesse mesmo sentido. A seguir as decisões proferidas pelo STF em dois momentos bastante distintos: a primeira, extraída do Recurso Extraordinário nº 93701 de Minas Gerais julgado em 1985 e, as logo após, trechos do Recurso Extraordinário nº 500880 do Ceará julgado em 2010 e da ADPF 54 que trata do caso levado à decisão do Pretório Excelso que versa

²⁵ MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 150.

²⁶ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 45.

²⁷ NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais**. 1993, p. 155/57.

sobre a interrupção de gravidez de feto anencéfalo constante do informativo nº 66128 julgado no ano de 2012:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 93701/MG

RELATOR(A): MIN. OSCAR CORREA

JULGAMENTO: 24/09/1985 ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA TURMA

AÇÃO REIVINDICATÓRIA. NEGATIVA DE VIGENCIA AOS ARTS. 524 E 530 DO C.C., SUBSTITUINDO-SE O JUIZ AO LEGISLADOR, COM FUNDAMENTO NOS ARTIGOS 4. E 5. DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. **NÃO PODE O JUIZ, SOB ALEGAÇÃO DE QUE A APLICAÇÃO DO TEXTO DA LEI A HIPÓTESE NÃO SE HARMONIZA COM O SEU SENTIMENTO DE JUSTIÇA OU EQUIDADE, SUBSTITUIR-SE AO LEGISLADOR PARA FORMULAR DE PRÓPRIO A REGRA DE DIREITO APLICAVEL. MITIGUE O JUIZ O RIGOR DA LEI, APLIQUE-A COM EQUIDADE E EQUANIMIDADE, MAS NÃO A SUBSTITUA PELO SEU CRITÉRIO.** RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. RE 93701/MG - MINAS GERAIS. Publicação. DJ 11-10-1985 PP-17861 EMENT VOL-01395-03 PP-00430.

Na presente decisão, ainda sob o advento da Constituição de 1967, a Suprema Corte deixou bem clara a sua posição positivista de mero aplicador da lei, não dando margem para os juízos de equidade. A moral, portanto, possuía como única via de acesso ao sistema, o processo político de elaboração das leis. O direito era subproduto desse procedimentalismo, algo pronto e estático e não ele mesmo um processo de construção e reconstrução diante dos problemas apresentados. Tratava-se de um sistema fechado de normas cuja resposta só podia ser nele mesmo encontrado e a decisão erigida de uma interpretação metodológica.

Na percepção Kelseana, a análise do dever-ser não permite juízos de valor e tampouco questionamentos quanto ao seu cumprimento. Daí presume-se que uma transgressão da norma, embora passível de sanção, não pode ser rotulada como injusta, embora possa abrir espaço para a fragilização das regras que tornam possível manter-se a estrutura e a coesão do corpo social e político. Conforme se pode perceber pelos dois julgados a seguir, a Constituição de 1988 possibilitou novos rumos para a solução dos problemas de natureza econômica, social e político dentro do âmbito jurídico, oxigenando o sistema com a dialeticidade entre a norma e o caso concreto. Admite-se pois a existência de lacunas e a própria incompletude do ordenamento, espaços estes que permitem a atuação do intérprete/aplicador do direito e a inserção da moral por mecanismos outros que não apenas a via indireta do processo político.

INFORMATIVO Nº 580²⁹

²⁸ RECURSO EXTRAORDINÁRIO 93701/MG - MINAS GERAIS. Relator(a): Min. OSCAR CORREA. Julgamento: 24/09/1985 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação. DJ 11-10-1985

²⁹ RECURSO EXTRAORDINÁRIO 590880/CE, rel. Min. Ellen Gracie, 24.3.2010. (RE-590880) in Informativo nº 580. Supremo Tribunal Federal.

EM SEQÜÊNCIA, A RELATORA, DIANTE DA EXISTÊNCIA DE PARCELAS ANTERIORES À ENTRADA EM VIGOR DA LEI 8.112/90, PASSOU A ANALISAR A CITADA VIOLAÇÃO AO ART. 5º, XXXVI, DA CF. OBSERVOU QUE O EXERCÍCIO ABSOLUTO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUASE SEMPRE NÃO ENCONTRARIA LUGAR NA COMPLEXIDADE QUE EMERGIRIA DA REALIDADE, E QUE SE RECONHECERIA QUE, NUM ESTADO DE DIREITO, MESMO OS DIREITOS MAIS CAROS E INDISPENSÁVEIS A UMA DETERMINADA COLETIVIDADE NÃO PODERIAM TER SEU PLENO EXERCÍCIO GARANTIDO INCONDICIONALMENTE, SOB PENA DE NULIFICAÇÃO DE OUTROS DIREITOS IGUALMENTE FUNDAMENTAIS. **ADUZIU QUE TAL RECONHECIMENTO SERIA FRUTO DE AMADURECIMENTO, DA EVOLUÇÃO SOCIAL E POLÍTICA DE UM POVO, A DEMONSTRAR VALORES COMO O EQUILÍBRIO, A PONDERAÇÃO E A EQUIDADE. DAÍ, PARA A RELATORA, A UTILIDADE DO JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE OU DE RAZOABILIDADE NO EXAME DAS NORMAS CONFORMADORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, QUE DEVERIA PASSAR PELO CRIVO DOS CRITÉRIOS DA ADEQUAÇÃO, DA NECESSIDADE E DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO.** AO SE REFERIR AO § 5º DO ART. 884 DA CLT, DISSE QUE, NO CASO SOB EXAME, TER-SE-IA, CLARAMENTE, NORMA QUE VIABILIZARIA A REDISCUSSÃO DE QUESTÃO QUE, ENCERRADA EM SENTENÇA JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO, JÁ SE ENCONTRARIA SUBMETIDA AOS EFEITOS DA COISA JULGADA. SERIA, ENTÃO, PRECISO VERIFICAR, PARA FINS DE RECONHECIMENTO DA SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM A ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE, SE A RESTRIÇÃO NELA CONTIDA ESTARIA OU NÃO AUTORIZADA PELO ART. 5º, XXXVI, DA CF. **REGISTROU SER NECESSÁRIO CONSIDERAR, NESSA ANÁLISE, QUE A RESTRIÇÃO A DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONALMENTE AUTORIZADA SERIA A ESTRITAMENTE INDISPENSÁVEL PARA EVITAR O ESVAZIAMENTO DE OUTRO DIREITO FUNDAMENTAL.** NO CASO, A LEI CRIARIA HIPÓTESES NAS QUAIS A COISA JULGADA SERIA RELATIVIZADA, ASSIM COMO SE DARIA COM A AÇÃO RESCISÓRIA, CRIADA POR LEI CUJA CONSTITUCIONALIDADE TERIA SIDO RECONHECIDA PELO SUPREMO. RE 590880/CE, rel. Min. Ellen Gracie, 24.3.2010. (RE-590880)

Importante observar que, na hipótese, a relatora, Min. Ellen Gracie vale-se das circunstâncias do caso concreto para adequar a aplicação da norma, vale dizer, primeiro compreende a realidade, decide, para depois fundamentar.

INFORMATIVO Nº 661³⁰

O MIN. LUIZ FUX REFORÇOU QUE O BEM JURÍDICO EM EMINÊNCIA SERIA EXATAMENTE A SAÚDE FÍSICA E MENTAL DA MULHER, CONFRONTADA EM FACE DA DESPROPORCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO LEVADO A EFEITO POR GESTANTE DE FETO ANENCEFÁLICO. ASSEVEROU QUE ESSA PONDERAÇÃO DE PRECEITOS DENOMINAR-SE-IA “ESTADO DE NECESSIDADE JUSTIFICANTE”, CONSECTARIAMENTE, O ART. 128 DO CP DEVERIA RECEBER RELEITURA MORAL. **ADEMAIS, A LACUNA NORMATIVA ATUAL NÃO DEVERIA CONDUZIR À INCRIMINAÇÃO DA CONDOTA, POR CONFIGURAR CASO DE RECURSO À EQUIDADE INTEGRATIVA, A FIM PERMITIR O PREENCHIMENTO DA OMISSÃO LEGISLATIVA COM AQUILO QUE TERIA DITO O LEGISLADOR SE TIVESSE CONHECIDO OS DADOS ATERRORIZANTES DA GESTAÇÃO DE FETO ANENCEFÁLICO.** A MIN. CÁRMEN LÚCIA RESSALTOU QUE A QUESTÃO DISCUTIDA SERIA O DIREITO À VIDA E À LIBERDADE, CONSIDERADA A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE GRÁVIDA DE FETO ANENCEFALO ESCOLHER QUAL SERIA O MELHOR CAMINHO A SER SEGUIDO, QUER CONTINUANDO, QUER INTERROMPENDO A GRAVIDEZ. ENFATIZOU O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA VIDA E REPORTOU-SE AO DIREITO À SAÚDE. AQUILATOU QUE A DIGNIDADE DO SER HUMANO IRIA ALÉM DA DIGNIDADE DA PESSOA. ESCLARECEU QUE O LUTO PELO QUAL A MÃE PASSARIA, NA HIPÓTESE DE OPTAR PELA ANTECIPAÇÃO DO PARTO, SERIA LUTO E LIBERTAÇÃO. ADUZIU QUE OS DIREITOS ORA TRATADOS DEVERIAM SER AVALIADOS SOB O PRISMA DE TODA A FAMÍLIA: FETO, MÃE, PAI E IRMÃOS. ARREMATOU QUE A INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ NÃO SERIA CRIMINALIZÁVEL. ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012. (ADPF-54)

Em ambos os julgados apresentados, os Ministros decidiram utilizando-se da equidade, como forma de amoldar as normas aplicáveis aos casos concretos. Houve uma mudança

³⁰ ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012. (ADPF-54) in Informativo nº 661 do Supremo Tribunal Federal.

consubstancial no entendimento exarado pela Suprema Corte entre a decisão proferida na década de 1980, ainda sobre o crivo da Constituição de 1967 e aquelas recentemente exaradas, já sob o mando da Constituição democrática.

Com efeito, diversas decisões emanadas da mais alta corte brasileira caminham no sentido de aproximar o intérprete do caso concreto, eis que desse processo de contínua dialeticidade entre o julgador e o problema é que surge o direito. Tem-se, portanto, que a hermenêutica deve voltar-se à compreensão da realidade e não propriamente a desvendar o espírito da lei ou a vontade do legislador. A proposta defendida neste opúsculo é justamente a proporcionar a incorporação da moral no processo decisório, superando-se os obstáculos do positivismo que ainda roda a espreita o inconsciente do intérprete/aplicador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permitiu concluir que não há uma uniformidade quanto aos métodos utilizados, sendo bastante comum encontrar nos fundamentos decisórios expressões como “máxima efetividade da Constituição”, “interpretação conforme a Constituição”, “unidade da Constituição”, “concordância prática ou da harmonização”, “justeza e correção funcional”, “eficácia integradora” e “força normativa da Constituição”. Tal circunstancia torna bastante difícil identificar, catalogar e adequar cada decisão em alguma teoria ou método específico. Vê-se que a preocupação da Suprema Corte brasileira é no sentido de proporcionar ampla efetividade aos direitos estampados na Carta da República, sem no entanto se restringir a uma fórmula específica.

As modernas teorias da decisão, mormente aquelas que se utilizam da filosofia como instrumento, tem-se limitado principalmente a questionar as formas de aplicação das normas, procurando encontrar novas formas de adequação por meio de teorias discursivo-argumentativas. Nessa linha são as concepções de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Castanheira Neves e, dentre os autores brasileiros, Lênio Streck. Em linhas gerais, eles propõem ou a modificação da hermenêutica tradicional ou então a utilização de métodos principiológicos para a solução de casos, procurando a melhor resposta para um dado problema.

Para essa corrente, portanto, a superação do obstáculo da efetividade que proporcionaria maior concretude ao direito seria uma readequação interpretativa, sem entretanto levar em consideração alternativas para a inserção da moral entre os papéis desempenhados pelo legislador e o intérprete. É que a superação do método interpretativo e a crítica ao positivismo

normativista colocaram em seu bojo a racionalização das decisões judiciais tal como o paradigma positivista solapou as possibilidades de atuação da moral.

O discurso de justificação passou a ser amplamente utilizado, passando o direito a ser construído de baixo para cima, ou seja, do fato para a norma, daí porque dizer que a constituição não mais constitui e que o direito não mais disciplina. Com efeito, a ideia da superação do método pela verdade proposta por Gadamer, possibilitou a abertura e o desvelamento do sentido da constituição, superando a tradição metafísica na qual o sujeito primeiro compreende, depois interpreta, para, finalmente, aplicar o direito. Contudo, é preciso reconhecer que o texto já está carregado de sentido pelo próprio modo prático que acompanha a construção do ser enquanto legislador. Esse fenômeno é descrito por Gadamer como uma fusão de horizontes na qual o intérprete complementaria, com a sua visão de mundo, o sentido do texto.

Com efeito, as perspectivas edificadas pela nova hermenêutica colocam o julgador como sujeito inserido no próprio mundo da vida, daí porque ele, por si só, teria autoridade para dizer o direito, o qual não se confunde com as questões morais adstritas a uma razão prática. A forma encontrada pelos autores adeptos dessa alternativa como forma de superação da crise utilizam-se dos princípios para resolver os casos difíceis e, por vezes, deparam-se com conflitos entre uma aplicação coercitiva da norma e as particularidades dos fatos trazidos a lume.

A realização justa do direito depende, portanto do resgate de um espaço adequado da moral, a qual não se manifesta apenas na forma de justiça como subproduto da política, nem como resultado de um ato consciente de interpretação e aplicação, mas uma teoria da decisão comprometida com uma realização justa do direito. O direito não pode ser compreendido apenas como um conjunto de regras. É antes um processo que se autolegitima e que reproduz a justiça somente através de uma consciência moral coletiva, não universalizável como pressupunha Kant, mas realizável por meio da intersubjetividade entre os discursos de fundamentação e aplicação. Portanto, as possibilidades de uma realização justa do direito ocorrem substituindo-se os discursos de fundamentação (justificação) o qual, segundo Klaus Günther seria responsável pela validade do direito e o de aplicação, responsável pelos juízos de adequação imparcial entre a situação e a norma, pela singularidade discursiva consubstanciada na estrutura político-jurídica.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012. (ADPF-54) in Informativo nº 661 do Supremo Tribunal Federal.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral – Justificação e Aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 2ªed.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 2013.

_____. **Teoria do Agir Comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

_____. **Teoria do Agir Comunicativo: racionalidade da ação e racionalidade social**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

_____. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014. 1ªed.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Vol. I. 2ªed.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005. 3ªed.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. México: Universidade Iberoamericana, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.

_____. **O Novo Paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 93701/MG - MINAS GERAIS. Relator(a): Min. OSCAR CORREA. Julgamento: 24/09/1985 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação. DJ 11-10-1985

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 590880/CE, rel. Min. Ellen Gracie, 24.3.2010. (RE-590880) in Informativo nº 580. Supremo Tribunal Federal.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UnB, 1979.

O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO VERSUS A DISCRICIONARIEDADE: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO CESARE BATTISTI

Aline Dip Toniolo¹

INTRODUÇÃO

É inegável que a discricionariedade está impregnando as decisões jurídicas em *terrae brasilis*. Consequentemente, o prejuízo disso encontra-se no fato dos magistrados englobarem nas decisões judiciais sua subjetividade pessoal, ignorando que uma decisão jurídica não é uma escolha e que resulta em muitas implicações na vida do ser humano. Dessa maneira, julgar é uma atividade política que implica em responsabilidade.

Assim, quando um magistrado sentencia baseado em sua opinião pessoal, ele acaba descumprindo o Princípio Constitucional da Imparcialidade, vindo a lesar um dos polos da lide. Além disso, outra consequência resultante da discricionariedade no ordenamento jurídico se verifica no âmbito da democracia, uma vez que julgar implica em um dever político e, o Poder Judiciário é um meio de controle social.

Ressalta-se que no Brasil não ocorreu a superação da crise de uma estrutura penal liberal-individualista, mesmo havendo se passado vinte cinco anos desde a promulgação da Constituição Brasileira, o que evidencia que o Brasil possui problemas na operacionalidade da Ciência Jurídica.

Desse modo, esse artigo visa discutir sobre as implicações decorrentes da decisão do Supremo Tribunal Federal de absolver Cesare Battisti, acusado político de cometer quatro assassinatos na Itália, no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, o problema dessa decisão encontra-se no fato de que o STF havia decidido anteriormente pela extradição de Battisti, vindo a alterar a sua sentença, após o Presidente da República da Luiz Inácio Lula da Silva, entender ser cabível a absolvição a Battisti, acarretando a não observância a um tratado internacional firmado entre Brasil e Itália, no qual diz respeito a extradição, bem como deixando impune um indivíduo

¹ Mestranda do Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: alinediptoniolo@gmail.com.

que cometeu condutas tipificadas em outro país, que, também, configuram atos típicos no território brasileiro.

Nesse sentido, nasce a seguinte indagação: Diante de todas as prerrogativas que apresenta um Presidente da República, é adequado que suas convicções ‘anulem’ o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, Corte Suprema do País?? Trata-se de uma indagação de grande significância, pois, veja-se, essa decisão que não concedeu extradição a Cesare Battisti, além de conceder a ele o direito de permanecer no Brasil e não responder pelos crimes cometidos em outro País, afrontou um Tratado Internacional e, desrespeitou o próprio ordenamento jurídico, uma vez que ele cometeu condutas tipificadas no próprio território nacional.

Diante do exposto, surge a necessidade de se refletir sobre o procedimento adotado para se chegar a essa decisão, bem como abordar a discricionariedade nas decisões jurídicas, tanto de magistrados, como também, do Presidente da República, embora a prerrogativa de discricionariedade desse último encontre-se explícita na Constituição Federal. Em decorrência disso, passa-se a expor acerca do decisionismo no ordenamento jurídico brasileiro, elencando a Escola de Recife, movimento que trouxe muitas influências para o ordenamento jurídico, razão pela qual justifica-se sua abordagem.

1. BREVES NOTAS ACERCA DO DECISIONISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Importante mencionar que, em razão de se abordar sobre o decisionismo, faz-se mister fazer breves apontamentos acerca de um movimento intelectual introduzido no Brasil em meados do século XIX na Faculdade de Direito de Recife, sendo por esse motivo intitulado Escola de Recife.

A Escola de Recife teve seu surgimento por volta de 1860 e alastrou-se até o início do século XX. Por meio desse movimento, veem-se novas ideias expandirem-se pelo País, visando romper a mentalidade conservadora que assolava a ideologia jurídica no Brasil. Ressalta-se que essa Escola alicerçava-se no corrente de Augusto Comte e nas diferenciações de Littré, Taine, Noiré e outros. Dessa maneira, esse movimento procurou se afastar do positivismo ortodoxo e aproximou-se mais de Littré, sempre defendendo o rompimento e abandono com velhas ideias.

Observa-se que os membros da Escola de Recife, entre os quais se destaca o professor Sylvio Romero, inclinam-se as ideologias evolucionistas de Herbert Spencer, embora os integrantes desse movimento almejassem respostas para os acontecimentos sociais vivenciados no Brasil.

Cabe destacar, que se constituía base de estudos da Ciência Jurídica a análise de doutrinas portuguesas e francesas no território brasileiro naquela época, conforme ensina Adeodato².

Analisando as bases filosóficas e jurídicas dessa Escola, cabe citar como principais juristas que contribuíram para esse movimento: Rudolf von Jhering, Herman Post, Augusto Comte, Herbert Spencer, Kant e Littré. Nesse sentido, tratando-se de Jhering verifica-se que ele primou pela criação do Direito como um organismo, em uma visão atrelada a biologia, bastante alastrada na época, do qual se extrai as normas configurando-se como Institutos que resultariam em um corpo jurídico.

Dessa forma, através da ideologia de Jhering acerca da anatomia do Direito, Tobias Barreto, expoente da Escola de Recife, acolhe a visão de Jhering, o que contribui para que o Direito passa a ser procedimentalizado no século XX com grande impulsividade. Assim, ao estudar Jhering constata-se que a Ciência Jurídica nasce da motivação do indivíduo, constituindo-se como os interesses que a sociedade protege. Nas palavras de Adeodato, extrai-se que:

Na Luta pelo Direito, o autor dá conotação jurídica às teorias de Darwin, ápice da influência da biologia sobre a teoria do Direito; como Darwin argumenta que mais “evoluído” é aquele que triunfa pela luta da sobrevivência, Jhering diz que o Direito é uma ideia de força, não uma ideia lógica ou valorativa³.

Em contraponto ao método dedutivo defendido por Jhering, surge Herman Post que origina um método experimental, baseando-se em fontes históricas para justificar o Direito. Em virtude disso, o que atraiu Barreto, no que diz respeito a visão de Post, foi o fato de que influências contrárias regeriam o mundo, sendo que direito e dever no universo jurídico configurariam posições opostas.

Consequentemente, Post alegava que ‘as tendências de auto conservação e limitação mútua gerariam o Direito’, que adquiriria sua independência por meio da organização do ente estatal⁴. No que concerne a Augusto Comte, esse jurista passa a reconhecer na Psicologia uma

² ADEODATO, João Maurício. Poder, justiça e cultura na Filosofia do Direito. In: TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e privado contemporâneo**. Barueri, São Paulo: Manole, 2005. p. 05

³ ADEODATO, João Maurício. Poder, justiça e cultura na Filosofia do Direito. In: TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e privado contemporâneo**. Barueri, São Paulo: Manole, 2005. p. 06

⁴ ADEODATO, João Maurício. Poder, justiça e cultura na Filosofia do Direito. In: TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e privado contemporâneo**. Barueri, São Paulo: Manole, 2005. p. 07

ciência e, compreende o conhecimento como o resultado de uma atitude reflexa, que engloba a memória, o instinto e a razão, conforme ilustra Adeodato⁵.

Em razão disso, os membros da Escola de Recife tornam-se seguidores das ideias de Comte. Todavia, nesse cenário depara-se com a ideologia de Herbert Spencer, que argumenta que as ideias não existem em toda a raça humana, visto que a Ciência Jurídica decorre do progresso do homem. Além disso, Spencer aponta a Sociologia como uma ciência, afastando-a da ética, mas sendo contrário à ideia de Comte a respeito da minimização da Sociologia perante o desenvolvimento do grupo social.

Essa divergência entre esses dois juristas, põem em discordância Barreto e Romero, visto que o primeiro nega o caráter científico da Sociologia, o que vai de conflito no reconhecimento do Direito como uma ciência. Nesse aspecto, entende-se, nas palavras de Adeodato⁶ que Comte alega que a “Filosofia é a sistematização geral dos conhecimentos positivos”, o que contribui para que o positivismo constitua-se como uma filosofia ou religião.

Dessa maneira, aqueles que negam o positivismo como teor religioso formam a corrente de positivistas ortodoxos e, os indivíduos que ligam o positivismo ao conteúdo místico abrangem a corrente dos positivistas dissidentes. Contudo, a valorização da ideia é alterada pelo culto do materialismo, que passa a possuir divisões, sendo que o materialismo transformista passa-se a ser denominado de monismo realista, tendo como grande expoente Ernest Haeckel.

Consoante, o monismo representasse uma maneira de sistematizar científica e filosoficamente o materialismo, a maioria das divergências que se deu entre a Escola de Recife reduz-se ao desejo de unir monismo evolucionista e a ideologia Kantiana. É inegável que a doutrina Kantiana foi muito significativa para a Escola de Recife, pois os membros desse movimento zelavam pela fidelidade da obra Kantiana.

No que se refere a Haeckel, defensor do monismo evolucionista, frisa-se que seu pensamento monista é adotado no Brasil, por Tobias e Sylvio e muitos outros juristas. No entanto, claro que houveram outros juristas que inclinaram-se a ideologia de Spencer, de modo que o universo de ideias contrárias que surgiram no Recife foi de suma importância para o Direito.

⁵ ADEODATO, João Maurício. Poder, justiça e cultura na Filosofia do Direito. In: TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito e poder**: nas instituições e nos valores do público e privado contemporâneo. Barueri, São Paulo: Manole, 2005. p. 08

⁶ ADEODATO, João Maurício. Poder, justiça e cultura na Filosofia do Direito. In: TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito e poder**: nas instituições e nos valores do público e privado contemporâneo. Barueri, São Paulo: Manole, 2005. p. 10

A razão de fazer essa breve menção acerca da Escola de Recife consiste no fato dessa escola ser de suma importância para o Direito e, em especial às decisões jurídicas, visto que esse movimento deixou os reflexos de suas raízes na cultura em *terrae brasilis*. Assim, após essa elucidação, é mister abordar o decisionismo no território brasileiro. Primeiramente, quando o assunto é decisão jurídica deve-se saber que julgar é um ato impregnado de responsabilidade política. Sabe-se que uma decisão para ser válida deve ser motivada e fundamentada, conforme se depreende da Constituição.

Além disso, por meio da análise do texto constitucional constata-se que ao sentenciar o magistrado deve zelar pelo Princípio da Imparcialidade, não favorecendo nenhum dos polos da lide. Caso, o juiz se enquadre em uma das situações de impedimento e suspeição deve se acusar, bem como é notório que uma decisão não deve possuir obscuridade, omissão e contrariedade sob pena de nulidade, podendo tal vício ser sanado por meio de Embargos de Declaração.

Cabe destacar que há vários modelos da Teoria da Decisão, sendo que esses modelos, encontram-se ligados entre si de alguma maneira, embora cada um deles pretenda ser autônomo. Consequentemente, constituem-se como modelos de Teoria da Decisão: linguístico, hermenêutico, retórico, argumentativo, analítico, metodológico e, muitos desses sistemas possuem uma estreita relação entre si.

Dessa maneira, pode-se afirmar que um modelo não exclui o outro. Exemplificando, veja-se que o modelo metodológico exerce forte influência sobre o modelo hermenêutico. Nessa senda, através dos modelos de teoria da decisão brevemente citados, percebe-se que sentenciar é pensar, refletir, dando margem a conclusão de que não há uma única resposta correta, pois cada caso concreto tem suas especificidades e cada magistrado pensa de uma maneira, de uma forma solitária.

Aliás, o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição possibilita uma revisão de uma decisão, caso a parte sucumbente ache ser injusta a sentença e, preencha os requisitos para ser revista a decisão. Nesse sentido, entra em cena o consenso, que se dá após o debate em um Tribunal de um colegiado, devendo considerar em um momento anterior a alcançar esse consenso, cada julgador já possui sua decisão em relação ao caso.

Diante disso, nasce a seguinte indagação: Como limitar a interpretação jurídica, ato de suma importância quando se aborda a decisão? Verifica-se que para esse desafio há como zona

limítrofe a ordem jurídica e os sistemas, isto é, as normas e os princípios. Nas palavras de Streck⁷ retira-se que “ainda não conseguimos superar a velha teoria das normas, confundindo os princípios constitucionais com os princípios gerais do direito”.

Convém ressaltar que as regras, na visão de Herbert Hart, formam o Direito, solucionando o problemas dos *hard cases* através da discricionariedade. Por outro lado, Ronald Dworkin defendia que o Direito era constituído por um sistema de regras e princípios. Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro presencia-se uma gama de princípios, que muitas vezes acabam colidindo-se.

No que diz respeito ao conflito de princípios, a Teoria da Argumentação proposta por Alexy sugere uma ponderação de princípios. Tratando de *easy cases*, recorrer-se-ia as regras, ao passo que para resolver *hard cases*, adotar-se-ia princípios. Enfim, após essa superficial exposição sobre a teoria da decisão, adentrar-se-á nas implicações resultantes da discricionariedade das decisões jurídicas, abordando assuntos tais como o panprincipiologismo e o ativismo judicial, fenômenos muitos frequentes no universo jurídico contemporâneo e que apresentam-se como aspectos negativos no Judiciário, para, por fim, tentar entender a sentença que absolveu Cesare Battisti, que assassinou quatro pessoas em território italiano e responde pelos crimes em liberdade no Brasil.

2. AS IMPLICAÇÕES DECORRENTES DA DISCRICIONARIEDADE NAS DECISÕES JURÍDICAS

Primeiramente, antes de elucidar sobre a discricionariedade, faz-se mister citar as teorias recepcionadas no Brasil acerca da interpretação jurídica. Sabe-se que há recepções teóricas equivocadas inseridas na jurisdição constitucional brasileira, refletindo na necessidade de novos paradigmas interpretativos. Vivenciam-se decisões jurídicas impregnadas de discricionariedades e ativismos. Além disso, muitas decisões judiciais ao serem analisadas criam a ideia de que, em um primeiro momento, foram originadas, para após serem fundamentadas, infringindo preceitos constitucionais como o Princípio da Motivação das Decisões Judiciais.

No tocante a Teoria da Jurisprudência dos Valores, presencia-se que os teóricos jurídicos brasileiros descuidaram-se das diferenças existentes entre o Brasil e a Alemanha e, adotaram dessa corrente a ideia de que a “Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos

⁷ STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 58

intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores”, conforme aponta Streck⁸. No que concerne a Teoria da Argumentação, cujo expoente é Alexy, verifica-se uma diferenciação estrutural entre princípios e regras e, para isso, ele sugere a ponderação de valores, o que cria um paradoxo porque não se resolve diretamente um conflito, cabendo ao operador do direito escolher um dos princípios colidentes.

Contudo, essa teoria vem sido muito utilizada nos Tribunais Brasileiros, de modo que a regra da ponderação é adotada como um princípio. Além disso, há como terceira recepção teórica equivocada o ativismo norte-americano. Ainda há uma quarta recepção equivocada resultado de uma antiga metodologia do século XIX, com resquícios hermenêuticos do século XIX, na qual se enquadra a Escola de Recife, mencionada no tópico anterior.

Por fim, como última recepção equivocada na jurisdição brasileira cita-se o neoconstitucionalismo, inserindo a moral no interior do Direito e, fazendo uso da discricionariedade e da principiologia⁹. Todavia, a Teoria Alexyana é usada frequentemente por magistrados, que fazem dessa teoria, o alicerce para julgar de acordo com as suas convicções, passando a desconsiderar o legislador. Em decorrência disso, depara-se com os magistrados decidindo de acordo com o seu íntimo convencimento e recorrendo aos princípios para motivar as decisões, contribuindo para o panprincipiologismo.

Em decorrência disso, um fenômeno muito presente nas decisões judiciais é o panprincipiologismo, problema decorrente do enfrentamento do positivismo com o constitucionalismo contemporâneo. O empasse que surge do positivismo resulta em pregar que os conflitos no universo jurídico poderiam ser solucionados pelas regras e pela ‘letra fria da lei’. Acontece que a razão começou a perder espaço para a vontade do intérprete, o que concede lugar a certo solipsismo. Dessa maneira, nas palavras de Streck, compreende-se que o panprincipiologismo dá espaço

A uma verdadeira fábrica de princípios, fenômeno ao qual dei o nome de “panprincipiologismo”, que fragiliza sobremodo o grau de autonomia que deve ter o Direito na contemporaneidade. Essa crítica é ratificada por Luigi Ferrajoli, para quem a proliferação de princípios não passa de argumentações morais, que conduzem inexoravelmente à fragilização do Direito¹⁰.

⁸ STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 286

⁹ STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 295

¹⁰ STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10 ed. ver., atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2011. p. 146

No ordenamento jurídico brasileiro, há um imenso rol principiológico, onde qualquer fato pode ser justificado por meio de um princípio. Isso acarreta sérios prejuízos às instituições jurídicas, pois se deve observar uma coerência entre o princípio aplicado e o caso a ser julgado.

Aliás, o problema que surge da discricionariedade é a possibilidade de abalar os pilares da democracia, porque o direito não pode ficar subordinado ‘a vontade’ dos tribunais. Conforme Streck¹¹, as teorias críticas em sua totalidade inseridas no Estado Democrático de Direito almejam superar o positivismo jurídico, de modo que se ultrapasse as antigas teorias das normas, ocasionando uma ruptura paradigmática. Decorrencia disso, nas palavras de Streck, retira-se que:

Trata-se, portanto, de um choque de paradigmas, o que acarreta uma impossibilidade de misturar, por exemplo, posturas ainda assentadas no esquema sujeito-objeto e posturas antiepistemológicas. Definitivamente, hermenêutica não é teoria da argumentação, do mesmo modo que verdade não é consenso. E não é possível lançar mão tão somente da “partes nobres” de cada teoria (ou paradigma), descartando as insuficiências. Não é possível fazer sincretismo metodológicos¹².

Acontece que a Teoria da Argumentação Alexyana visando escapar dos desafios presenciados nesse pós-positivismo no território brasileiro não desvencilhou-se da discricionariedade, que é fruto do subjetivismo. Dessa maneira, perante *hard cases* ao apostar na Teoria da Argumentação de Alexy, vê-se a discricionariedade como uma solução para resolver tais obstáculos, o que perpassa a própria ‘textura aberta do Direito’ de Hart.

E, diante disso, nasce o grande perigo para o exercício da democracia, porque deve-se evitar que as decisões jurídicas se tornem puros atos de subjetividade dos magistrados, deturpando toda a estrutura jurídica. Veja-se que por meio da Teoria da Argumentação, muito utilizada nas sentenças judiciais e no universo jurídico, verifica-se a tentativa de fazer uso do Direito através da ponderação de princípios, o que abre espaço para a ausência de segurança jurídica e impossibilidade de controlar uma sentença judicial.

Ao analisar Alexy, percebe-se que ele entende haver entre o Direito e a Moral um liame que não pode ser dispensado, intitulado por ele de “pretensão de correção”. No entanto, Alexy

¹¹ STRECK, Lênio. . **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10 ed. ver., atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2011.p. 378

¹² STRECK, Lênio. . **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10 ed. ver., atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2011. p. 379

têm dificuldades em compreender 'a abertura do direito' de Hart, de maneira que o primeiro entende que nessa abertura do direito localizam-se os fundamentos morais do Direito¹³.

Nessa possibilidade de abertura do Direito reside o grande vilão, pois como a Ciência Jurídica não apresenta subsídios para solucionar todos os conflitos que originam-se na sociedade, na grande maioria dos casos, o magistrado acaba buscando respostas em fundamentos morais que constituem o discurso prático. Conseqüentemente, o julgador acaba decidindo de acordo com suas convicções de justiça e moralidade, o que abre margem para que se propicie decisões injustas, além de ferir o Princípio da Imparcialidade.

Evidencia-se que tentar dar fim ao problema que nasce da colisão de princípios adotando o critério da ponderação, favorece a discricionariedade. Desse modo, seguindo os ensinamentos de Alexy, evidencia-se que:

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais - ou seja, impasses reais no sopesamento -, de forma a torná-los praticamente sem importância. Neste caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário¹⁴.

Então, observa-se que a discricionariedade está intimamente presente no cotidiano do grupo social, visto estar presente no Poder Legislativo e no Poder Judiciário, sendo este último um dos meios de controle social menos permeável, ao passo que há um certo engessamento desse poder diante de muitos conflitos como se vê quando se trata da Lei da Anistia, onde o Brasil foi condenado no cenário internacional pela Corte Interamericana de Direito Humanos, no caso da Guerrilha do Araguaia, mas no âmbito doméstico observa-se uma certa estagnação.

Até o presente momento foi abordado acerca da Teoria de Alexy que abre espaço para a discricionariedade. Contudo, há a Hermenêutica Filosófica, que por meio dos princípios, restringe a subjetividade do magistrado, retirando as forças da discricionariedade. Daí, por meio da Hermenêutica Filosófica e a Teoria do Dworkin, utilizando-se do Princípio da Proporcionalidade, poder-se-á resolver as dificuldades que decorrem de aplicar a ponderação, perante um conflito de princípios.

¹³ STRECK, Lênio. . **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. ver., atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2011. p. 383

¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 611

Desse modo, ao analisar a Teoria de Alexy têm-se que a solução de um conflito será uma regra, que acabará sendo subsumida ao caso específico, pois tudo dependerá do caso em questão. Nesse sentido, é mister salientar, nas palavras de Alexy¹⁵, “Como resultado de todo o sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem a estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido”.

Dessa forma, alude-se como é mal empregada a ponderação no ordenamento jurídico brasileiro, de uma maneira em geral, bem como é pouco estável a Teoria da Argumentação Alexyana quando é utilizada no universo jurídico¹⁶. Consequência disso, encontra-se no perigo da discricionariedade do magistrado quando ele sentencia com base em seus sentimentos e convicções podendo atentar contra a segurança jurídica. Deve-se lembrar que nenhum jurista está impedido de ‘criar’ sua interpretação. Todavia, a partir do momento em que um juiz decide conforme sua consciência, isso poderá resultar em uma decisão repleta de injustiça e que lesa a segurança jurídica.

Importante crítica a discricionariedade faz o doutrinador Lênio Streck, em um artigo da Revista Consultor Jurídico, publicado no dia 15 de maio de 2014, quando ele aborda a atitude do magistrado de Três Passos (RS) acerca da decisão do caso Bernardo. Analisa-se, o que elucida Streck, sob a manifestação do juiz, ao justificar que julgou o caso Bernardo de acordo com sua consciência,

Veja-se o perigo que é decidir conforme a consciência. Afinal - o que é isto - a consciência de cada um? Este é o *busilis* da questão! Poderia ele, o juiz, ter decidido que não daria a guarda ao pai. Infelizmente, sua escolha foi ruim (em termos finalísticos, porque com a permanência da guarda, o menino foi morto). Eis aí, pois, a “coisa”: decidir não é o mesmo que escolher, como tenho escrito *ad nauseam*¹⁷.

Logo, decidir conforme a consciência é uma atitude que não deve presenciada no ordenamento jurídico brasileiro, porque há um sistema jurídico a respeitar, como existe uma

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 102

¹⁶ STRECK, Lênio. . **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10 ed. ver., atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2011. p. 388

¹⁷ STRECK, Lênio. **O “Decido Conforme A Consciência” Dá Segurança A Alguém?** Revista Consultor Jurídico, 15 de maio de 2014, 08:00h. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>>. Acesso: 25 jun. 2014.

hierarquia legal a zelar. À medida que, o magistrado passa a sentenciar baseado em suas crenças e convicções, cria-se a ideia de que ele ultrapassou a leis, isto é, as ignorou. Assim, surge uma instabilidade no cenário jurídico e uma propícia insegurança na sociedade.

Entretanto, essa abordagem acerca da Teoria da Argumentação e da discricionariedade deu-se em função de no próximo tópico ser levantada a questão do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, ter de se reclinar a uma decisão do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva sobre a não extradição de Cesare Battisti.

Daí, nasce a seguinte indagação: O que as decisões jurídicas e a discricionariedade tem haver com esse caso? Ora, durante todo o trabalho foi discutido a respeito da implicação resultante da discricionariedade dos magistrados no ordenamento jurídico, implicações estas, que produzem inseguranças no Judiciário. Contudo, o que dizer quando um Presidente da República colabora para a não extradição de um ‘acusado’ de outro país, no qual o Brasil possui firmado um tratado internacional e, que comete crimes em outro território que, também, configuram delitos aqui no Brasil? Quais os fundamentos para essa decisão?

Além disso, indaga-se O poder de decisão do Supremo Tribunal Federal não sofre abalos diante de uma situação assim? E, por fim, já não basta a discricionariedade que é presenciada em alguns tribunais, agora há a discricionariedade do Presidente da República não atendendo ao pedido de um país com o qual possui um tratado signatário? Essas questões serão abordadas no tópico a seguir, que visará expor a polêmica decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Cesare Battisti.

3. A POLÊMICA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO CESARE BATTISTI

Primeiramente, o motivo que justificou a produção desse trabalho se assenta na prerrogativa do Presidente da República ter concedido absolvição a um acusado político de ter cometidos crimes puníveis em território brasileiro, conseqüentemente negando o pedido de extradição de Battisti e inobservando o Tratado Internacional firmado com a Itália acerca de extradição.

Diante disso, após nos tópicos anteriores ser feito uma breve exposição sobre algumas considerações acerca do decisionismo jurídico e a discricionariedade presenciada em *terrae brasilis*, passa-se a tratar do caso Cesare Battisti, que abrangeu uma série de situações entre as

quais destacam-se: não cumprimento de tratado com país signatário em caso de extradição, o Supremo Tribunal Federal conceder a extradição e o Presidente da República negar o pedido, bem conceder a absolvição de Battisti, acusado da prática de crimes de homicídio na Itália.

Na Itália, Cesare Battisti era um ativista de esquerda, que na década de 1970, foi condenado pela Corte Italiana pelo homicídio de quatro pessoas. Os assassinatos teriam ocorrido entre 1977 e 1979, quando Battisti era integrante do grupo Proletários Armados pelo Comunismo (PAC), vindo a ser condenado à prisão perpétua na Itália, mesmo estando ausente ao seu julgamento. Acontece que em março de 2007 no Rio de Janeiro, Battisti foi preso em uma operação realizada por Brasil, França e Itália, sendo encaminhado ao Complexo Penitenciário da Papuda, no Distrito Federal, onde permaneceu até a sua absolvição¹⁸.

A partir disso, nasceu todo um conflito entre o Brasil e a Itália, visto que o então Ministro da Justiça, Tarso Genro, concedeu status de refugiado político a Battisti, sob a justificativa de que era perseguido politicamente pelo Governo Italiano. Nesse sentido, em 18 de novembro de 2009, no Supremo Tribunal Federal foi decidido que a extradição de Battisti ficaria a 'carga' do Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, possuindo como alicerce o tratado firmado entre os dois países. Veja-se que a decisão que concedeu a palavra final ao Presidente da República se deu por cinco votos a quatro.

Frisa-se que, no mesmo ano, no dia 31 de dezembro, o Presidente resolveu não extraditar Battisti. Contudo, no dia 08 de junho de 2011, o Supremo Tribunal Federal sentenciou pela absolvição de Cesare Battisti, podendo residir e viver livremente no território brasileiro.

Todavia, nota-se que em novembro de 2009, o STF enxergava o caso Battisti sob uma visão diferente, de modo que considerava que Battisti não possui requisitos suficientes para se enquadrar na posição de refugiado político, bem como que suas condenações eram por crimes comuns (quatro homicídios) e, que não havia nenhuma ligação política entre esses crimes. Ainda, o Supremo Tribunal Federal alegava que a condenação não era injusta, deferindo a extradição.

Outrossim, havia um acordo que regulava a extradição entre Brasil e Itália e, a qual cabia ao Presidente da República observar o teor de suas cláusulas. Entretanto, Luiz Inácio Lula da Silva optou pela não extradição de Battisti, de modo que o Supremo Tribunal Federal teve que se 'calar e anular' a sua decisão, se atendo a vontade do Presidente da República.

¹⁸ (<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2011/06/08/stf-decide-pela-liberdade-de-cesare-battisti-no-brasil.htm>)

Percebe-se que no decorrer desse artigo foi muito debatida a questão da discricionariedade e de como seria importante evitá-la, mas o que dizer do desfecho desse caso. Acontece que o Presidente da República justifica que fez uso do terceiro artigo do Tratado firmado entre Brasil e Itália sobre extradição que traz em seu teor:

A extradição não será concedida se a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados¹⁹.

Analisando a conduta do Presidente da República ao não extraditar Battisti, vê-se um ato político, erigido de ampla discricionariedade do Executivo. Assim, Crettella Júnior elucida que: “(...) contrapondo-se ao ato vinculado (...) aproxima-se o ato de governo, sob certos aspectos, do ato discricionário, que se movimenta numa área bem mais ampla e flexível, a que poderíamos chamar de discricionariedade política ou discricionariedade governamental”.²⁰

Acontece que a prática de não extradição é uma conduta corriqueira e muito presenciada entre países no cenário internacional. Só que há muitos elementos que devem ser levados em consideração quando se está diante de países signatários em tratados internacionais. Veja-se abaixo dois exemplos em que a própria Itália recusa pedidos de extradição que lhe foram feitos:

Nessa linha, é de se destacar que a própria República Italiana não raro rejeita pedidos de extradição. Dois episódios são dignos de nota: o primeiro envolvendo suspeito de participação em atentado terrorista (Mohammed Rafik, suspeito de fazer parte de grupo extremista responsável por atentado terrorista em Casablanca/Marrocos); o segundo acusado de integrar grupo de guerrilha (Abdullah Ocalan). Neste último, note-se, houve insatisfação do país que formulou o pedido de extradição — a Grécia, sem que, contudo, houvesse mudança da decisão das autoridades italianas (...)²¹.

Sabe-se que o Presidente da República, conforme teor da Constituição Federal, possui ampla discricionariedade quanto as decisões que deferem pedidos extradicionais. No entanto, se há um Tratado firmado entre países que versa sobre a extradição, o Presidente deve se restringir e agir de acordo com o Tratado celebrado entre o país requerente. No caso Cesare Battisti, há um tratado bilateral firmado entre Brasil e Itália que versa sobre extradição, instrumento este que delimita a discricionariedade do Presidente da República.

¹⁹ CAMPANERUT, Camila. Disponível: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2011/06/08/stf-decide-pela-liberdade-de-cesare-battisti-no-brasil.htm>>.

²⁰ Apud ARAÚJO CONTRA, Antonio Carlos. **Motivo e Motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 53.

²¹ TIBURCIO, Cármen. **Itália não pode acionar o Brasil na Corte de Haia**. Disponível. Em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jan-08/battisti-italiano-acionar-brasil-corte-haia>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

Notoriamente, a extradição é uma cooperação entre países para a repressão de uma conduta criminosa. Trata-se de uma relação entre sujeitos de direito internacional público, onde possui como titulares os Chefes de Governo. Ressalta-se que essa relação se materializa por meio de tratados ou promessas de reciprocidade. Veja-se que a partir de 1905, as extradições no Brasil apenas foram possíveis quando houvesse tratados entre os países soberanos. Nesse sentido, a doutrinadora Boechat ensina que

O Supremo Tribunal Federal declarou que o Poder Judiciário podia intervir, em matéria de extradição, para verificar se o estrangeiro aqui asilado estava sofrendo ou se achava em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder, nos termos do art. 72, § 22, da Constituição²².

Contudo, em 1911 passou a ser possível a extradição no Brasil por meio de promessa de reciprocidade, através da promulgação da Lei nº 2.416 de 28 de junho desse mesmo ano, que fez com que a participação do Poder Judiciário se tornasse indispensável. Importante contribuição acerca da possibilidade de extraditar por meio de promessa de reciprocidade nos ensina Rezek quando aponta que:

Fundada em promessa de reciprocidade, a demanda extraditória abre ao Governo brasileiro a perspectiva de uma recusa sumária, cuja oportunidade será mais tarde examinada. Apoiado, porém, que se encontre em tratado ou em autêntica existência de reciprocidade, o pedido não comporta semelhante recusa. Há, neste passo – continua Rezek –, um compromisso que ao Governo brasileiro incumbe honrar, sob pena de ver colocada em causa sua responsabilidade internacional. É claro, não obstante, que o compromisso tão somente priva o Governo de qualquer arbítrio, determinando-lhe que submeta ao Supremo Tribunal Federal a demanda, e obrigando-o a efetivar a extradição pela Corte entendida legítima, desde que o Estado requerente se prontifique, por seu turno, ao atendimento dos requisitos da entrega do extraditando. Nenhum vínculo convencional prévio impediria, de tal sorte, que a extradição se frustrasse quer pelo juízo indeferitório do Supremo, quer pela inflexibilidade do Governo à honra da efetivação da entrega autorizada, quando o Estado requerente sonegasse o compromisso de comutar a pena corporal ou de promover a detração, entre outros²³.

Então deve ser honrado o tratado pactuado entre os países, cabendo ao processo de extradição obediência as normas desse tratado. Caso coexista conflito entre o Tratado e uma Lei, deverá prevalecer o Tratado, com base no Princípio da Especialidade. No entanto, há uma primeira fase do processo de extradição que caberia ao Poder Executivo se manifestar acerca do deferimento ou não do pedido de extradição.

²² RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo II, 1899-1910. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira; 1991. p. 185

²³ REZEK, Francisco. **O Governo Brasileiro da Extradição Passiva**. In: Estudos de Direito Público em homenagem a Aliomar Baleeiro. Brasília: Ed. UnB; 1976. p. 238-239

Além disso, há uma segunda fase no processo de extradição que compete ao Supremo Tribunal Federal, tanto que no teor do artigo 83 da Lei n.º 6.815/80, extrai-se que: “Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão”. Presencia-se que o controle da legalidade das extradições no Brasil, por meio da Lei nº 6.815/80 compete ao STF. Então, diante disso, não deveria ter sido ‘descartada’ a primeira decisão do STF de deferimento da extradição de Battisti. Em nenhum momento, questiona-se o poder do Presidente da República de ter dado o veredicto final em relação ao caso Battisti. Mas, o que se questiona é que o STF posicionou-se a favor da extradição do Battisti, entendendo não haver requisitos que justificassem o não atendimento ao pedido da Itália, visto que ele cometeu crimes naquele país, que, também, são considerados tipos penais no território brasileiro, conforme se verifica no artigo 121 e seguintes do Código de Penal Brasileiro em que matar alguém configura homicídio.

A polêmica que surge desse caso, é que nasce a impressão que o Supremo Tribunal Federal anulou a sua decisão para prevalecer uma decisão recheada de subjetividade do Presidente da República, o que vem a ameaçar a própria segurança jurídica, pois têm-se uma pessoa de outro país acusada de cometer quatro homicídios circulando livremente em território brasileiro, o que gera uma sensação de impunidade. Outra questão polêmica, é que no momento em que o Brasil opta por não atender ao pedido da República Italiana, passa a nascer um conflito entre os dois países, visto que havia entre eles um contrato firmado versando sobre o assunto. Assim, vê-se um caso em que a decisão do Presidente chocou-se com a primeira decisão da Suprema Corte Brasileira, pois o Presidente mesmo tendo todas as prerrogativas que possui, deu seu parecer eivado de subjetividade e discricionariedade. Nesse sentido, a polêmica surge do fato da Suprema Corte ter, em um primeiro momento, deferido o pedido de extradição de Battisti ao governo da Itália, conforme se depreende abaixo:

Prevaleceu o voto do Min. Cezar Peluso, relator, que, após reconhecer a ilegalidade do ato de concessão de refúgio ao extraditando, entendeu que os crimes a ele atribuídos teriam natureza comum, e não política, os quais não estariam prescritos, considerando atendidos os demais requisitos previstos na Lei 6.815/80 e no tratado de extradição firmado entre o Brasil e a Itália²⁴.

A crítica central desse artigo reside no fato de que uma decisão desse calibre gera certa ideia de impunidade entre o grupo social, pois o indivíduo comete crimes em seu país de origem e, ‘foge’ para o Brasil, onde passa a responder em liberdade.

²⁴ LEMOS, Clécio. Disponível em: <http://ccccquatro.blogspot.com.br/2009_11_01_archive.html>.

Em seguida, ao passo que o Presidente utiliza-se da faculdade de decidir discricionariamente sobre o envio ou não do acusado, deve-se respeitar o tratado vigente e, como o Ministro Cezar Peluzo se manifestou, os crimes cometidos por Battisti configuram crimes comuns no território brasileiro e, que ainda não havia prescrito, razão pela qual deveria ter sido mantida à primeira decisão da Suprema Corte deferindo a extradição de Battisti.

Assim, como os tratados internacionais produzem efeitos jurídicos, devem ser respeitados pelos polos do acordo, isto é, pelas pessoas jurídicas de Direito Internacional Público que firmaram esse pacto²⁵. Aliás, os Tratados Internacionais ocupam lugar de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, tanto que há previsão explícita na Constituição Federal Brasileira, consoante aponta Soares:

Com base no artigo 102, inciso III, alínea “b” da Constituição Federal que determina que o Supremo Tribunal Federal tem competência para julgar, mediante recurso extraordinário, “as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”, a jurisprudência e a doutrina brasileira acolheram a tese de que os tratados internacionais e as leis federais possuem a mesma hierarquia jurídica, ou seja, os tratados internacionais são incorporados no ordenamento jurídica brasileiro como norma infra-constitucional²⁶.

Veja-se que os Tratados Internacionais são recepcionados pela Constituição Federal Brasileira, motivo pelo qual cabe ao Brasil cumprir todos os tratados bilaterais ou multilaterais que pactuar com outros países soberanos, de modo a não criar animosidade com outras potências e, porque tratados internacionais são diplomas legais. Dessa maneira, almejou-se por meio dessa pesquisa, gerar uma reflexão acerca de que os Tratados Internacionais precisam ser cumpridos, restringindo-se a discricionariedade do Presidente da República, quando se estiver diante de um tratado internacional firmado entre o Brasil e outros países, primando-se pelo cumprimento das normas do tratado estabelecido.

Além disso, outra alusão importante que se faz é que as decisões do Supremo Tribunal Federal sejam inteiramente independentes do Poder Executivo, não devendo se curvar aos anseios desse último, visto que a Constituição Federal traz que os Três Poderes são autônomos e independentes entre si, razão pela qual defende-se o posicionamento de que o Supremo deveria ter mantido a decisão de conceder extradição à Battisti.

²⁵ ACCIOLY, Hidelbrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 11.ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 120

²⁶ SOARES, Carina de Oliveira. **Os Tratados Internacionais No Ordenamento Jurídico Brasileiro**: análise das relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno Estatal. p. 01

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que no ordenamento jurídico brasileiro, a decisão jurídica implica dever político e, não pode basear-se em subjetividades, sob pena de ameaçar a segurança jurídica. Desse modo, cabe ao magistrado ao sentenciar, afastar-se de suas subjetividades e, abandonar a ideia de julgar de acordo com suas convicções para evitar imperar perante o grupo social decisões jurídicas injustas. Observa-se ser notório que a discricionariedade está impregnando as decisões jurídicas em *terrae brasilis*. Em decorrência disso, o prejuízo disso encontra-se no fato dos magistrados englobarem nas decisões judiciais sua subjetividade pessoal, ignorando que uma decisão jurídica não é uma escolha. No entanto, nada impede que o magistrado faça suas interpretações, o que ele não pode incorrer é julgar baseado em suas crenças, recorrendo a discricionariedade quando estiver diante de *hard cases*. Convém ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro mantém-se vinculado a uma estrutura penal liberal-individualista, mesmo havendo se passado vinte cinco anos desde a promulgação da Constituição Brasileira, o que demonstra que o Brasil apresenta dificuldades referentes a operacionalidade da Ciência Jurídica. Além disso, através dessa pesquisa alerta-se sobre a importância de ser cumprido Tratados Internacionais, quando firmados entre países soberanos, visto que tratados são caracterizados como acordos formais. Logo, um Tratado Internacional deve ser cumprido, independente da vontade do Presidente do País. Assim, a decisão de um Presidente de um País deve ficar limitada a obediência das normas do tratado firmado. No que concerne ao Supremo Tribunal Federal, destaca-se que a Suprema Corte deve ter suas decisões mantidas e não posicionadas conforme a subjetividade do Presidente do País, sob pena de desestabilizar a autonomia e independência dos Três Poderes.

Assim, buscou por meio desse trabalho refletir acerca do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, diante do caso Battisti, apontando a necessidade de ser observado o cumprimento de Tratados Internacionais, ressaltando que a discricionariedade é um mal que lesa as decisões jurídicas, seja a decorrente de uma sentença de um magistrado ou da “última palavra” do Presidente da República.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACCIOLY, Hidelbrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 11.ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1995.

ADEODATO, João Maurício. Poder, justiça e cultura na Filosofia do Direito. In: TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e privado contemporâneo**. Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO CONTRA, Antônio Carlos. **Motivo e Motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BRASIL. **Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm>. Acesso em: 01ago. 2014.

_____. **Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 01ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento do Processo de Extradicação nº 1085**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1085&classe=Ext&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 01ago. 2014.

CAMPANERUT, Camila. **STF decide pela liberdade de Cesare Battisti no Brasil**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2011/06/08/stf-decide-pela-liberdade-de-cesare-battisti-no-brasil.htm>>. Acesso: 04 ago. 2014.

JÚNIOR, Romeu Tuma. **Extradicação: Conceito, Extensão, Princípios e Acordos Internacionais**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-15/conceitos_principios_acordos_extradicao>. Acesso: 05 ago. 2014.

LEMOS, Clécio. **O Fim da Novela Cesare Battisti**. C4- Ciências Criminais. Disponível em: <http://cccquatro.blogspot.com.br/2009_11_01_archive.html>. Acesso em: 04 ago. 2014.

REZEK, Francisco. **O Governo Brasileiro da Extradicação Passiva**. In: Estudos de Direito Público em homenagem a Aliomar Baleeiro. Brasília: Ed. UnB; 1976.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo II, 1899-1910. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira; 1991.

SOARES, Carina de Oliveira. **Os Tratados Internacionais No Ordenamento Jurídico Brasileiro: análise das relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno Estatal**. In: **Âmbito**

Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9431&revista_caderno=16>. Acesso em: 05 ago. 2014.

STRECK, Lênio. **O “Decido Conforme A Consciência” Dá Segurança A Alguém?** Revista Consultor Jurídico, 15 de maio de 2014, 08:00h. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>>. Acesso: 25 jun. 2014.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. ver., atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2011.

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TIBURCIO, Cármen. **Itália não pode acionar o Brasil na Corte de Haia.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jan-08/battisti-italiano-acionar-brasil-corte-haia>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS PRINCIPAIS TEORIAS DE INTEPRETAÇÃO QUE CONDUZEM À DECISÃO JUDICIAL

Elisangela Sampaio Teixeira ¹

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De um modo geral teorias da decisão, segundo Aguiar, se ocupam de analisar como uma pessoa elege uma ação que, dentre um conjunto de ações possíveis, a conduz ao melhor resultado dadas suas preferências². Existem diversas teorias nas mais diversas áreas do conhecimento para definir como se chega à uma decisão.

Por isso, pode-se afirmar que a teoria da decisão é interdisciplinar, mescla diversas disciplinas do saber, entre elas, matemática, sociologia, psicologia, economia e ciência política. De um modo ou de outro sempre houveram ao longo da história interesse em como o ser humano toma decisões e qual a melhor forma de conduzi-los neste processo, nestes sentido explica Buchanan:

“Acredita-se que na pré-história - Durante milênios o homem se guia pela interpretação de coisas como vísceras de animais, fumaça e sonhos para tomar decisões. Gerações e gerações de chineses seguem a sabedoria poética e as instruções de adivinhação do Ching. Gregos consultam o oráculo de Delfos. Profetas e visionários de toda sorte predizem o futuro. Já no **século 6 a.c** Lao-Tsé prega o princípio da —ação sem intenção, para que as coisas sigam seu curso natural. Confúcio explica que toda decisão deve ser influenciada pela benevolência, ritual, a reciprocidade e a piedade filial. **Século 5 a.C.** - Em Atenas, cidadãos do sexo masculino tomam decisões pelo voto, num dos primeiros exemplos de autogestão democrática. **Século 4 a.C.** - Platão diz que tudo o que é perceptível deriva de arquétipos eternos e é melhor apreendido pela alma do que pelos sentidos. Aristóteles prega uma visão empírica do conhecimento que valoriza a informação obtida por peio dos sentidos e do raciocínio dedutivo.”³

¹ Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista Capes. Advogada. *E-mail:* elisangelateixeira.adv@gmail.com

² AGUIAR, Fernando. **Teoría de la decision e incertidumbre: modelos normativos y descriptivos**. Madrid: Empiria: Revista de Metologia de Ciencias Sociales, nº8, 2004, p.139-160. Disponível em: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/7734/1/eserv.pdf>. Acesso em: 20 de setembro de 2014.

³ BUCHANAN, Leigh. O`CONNELL, Andrew. **Uma breve história da tomada de decisão**. Harvard: Harvard Bussiness Review. Janeiro 2006, p.39. Disponível em: http://tupi.fisica.ufmg.br/michel/docs/Artigos_e_textos/MPE_e_empresa_familiar/ISO_Pequenas_empresas.pdf. Acesso em 20 de setembro de 2014.

Dentre todos os citados acima, Aristóteles é, com certeza, um dos precursores na busca de como chegar a uma solução para um problema, ou seja, como conduzir à uma interpretação eficiente. Ele buscou demonstrar que a lógica era o principal apoio para todas as ciências e assim acabou por influenciar o mundo científico e pensamentos até os dias atuais. Descartes, em 1637, buscou um método racional para a investigação científica⁴, propôs quatro regras que considera acessível a qualquer pessoa que queira avançar no conhecimento. Propôs um procedimento metódico e sistemático que divide-se em quatro partes: a evidência, a análise, a síntese e a enumeração⁵.

Posteriormente Kant⁶ acompanha o pensamento de Descartes e reforça que, para se atingir uma consciência moral deve-se separar a parte empírica da razão. Também reforça a busca de um método rigoroso de investigação, puro, sem se deixar contaminar pelas influências externas e empíricas, sem considerar as vivências, buscava uma pureza do pensamento sem a influência da experiência cotidiana.

Todavia, a subjetividade veio à tona com Sigmund Freud. Desenvolveu a teoria sobre o inconsciente e afirmou que as decisões dos indivíduos são influenciados por causas ocultas da mente e, que os processos culturais influenciam na formação dos seres humanos, passando pela religião, por explicações antropológica e por questões de defesa do psique⁷.

Hans Kelsen ao tentar criar a Teoria Pura do Direito, apesar de ter vivido no mesmo período que Freud, levou a ciência do Direito a outro sentido. Propunha um rigor metodológico sob o pretexto de defender a autonomia do direito, delimitando a sua pretendida área privativa e específica. Em síntese, não pretendia um direito puro, mas sim, autônomo, por isso, separou o direito da moral e das ideologias através do formalismo lógico jurídico⁸. Para ele “Direito é apenas norma, somente um esquema lógico de comando, abstrato ou desvinculado da realidade e de

⁴ DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Paulo Neves. V.48, Porto Alegre: Editora L&PM Pocket, 2011, p. 54. Original publicado em 1637.

⁵ DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Paulo Neves, 1637, p.21.

⁶ KANT, Emmanuel. **Fundamento da metafísica dos costumes**. 7v. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. V. 7. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1936, p. 21-23.

⁷ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. Tradução: Renato Zwick. São Paulo, São Paulo: L&PM Pocket.

⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Edição 1. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1989, p.49.

valores ou finalidade”⁹ ou seja, o direito torna-se obrigatório por autoridade do Estado, apenas. Trata-se do rigor do positivismo jurídico de onde denomina-se a chamada Escola Positivista.

Outras teorias que provém das ciências exatas, mais especificamente da matemática, também ganham destaque. Entre elas, de maior destaque, está a Teoria dos Jogos que afirma que as decisões individuais são influenciadas não somente pela informação contextual disponível como também pelas decisões de outros. Se trata de um estudo formal de decisões estratégicas, sobre as quais a decisão das pessoas dependerá da informação que tenha sobre o que fazem também os demais¹⁰. Esta teoria influenciou outras teorias não só das ciências exatas como também a sociologia e a área da ciência política.

De qualquer modo, Aguiar coloca que as teorias da decisão tem uma tendência geral de renunciar a precisão matemática e parsimonia metodológica em favor de um maior realismo das suposições. Para ele, as pessoas violam seus axiomas, ou seja, não há um modelo de comportamento individual ou coletivo suficiente para explicar como a decisão se forma e qual o melhor método.¹¹

No entanto, uma decisão pessoal é diferente de uma decisão corporativa e esta por sua vez é diferente de uma decisão judicial. Na pessoal a emoção e as subjetividades do inconsciente podem estar presentes, na tomada de decisão corporativa empresarial há racionalidade, mas que não evita a imprevisibilidade, afinal, no mundo dos negócios a tomada de decisão também envolve a intuição, momento em que não interessa somente em acertar, mas as consequências do que será quando o erro acontecer.

O que é incontroverso é que os estudos sobre tomada de decisão advém e acompanham as teorias desenvolvidas ao longo da história do desenvolvimento científico.

No direito a decisão judicial advinda do Estado é diferente das teorias de decisão de outras áreas da ciência, o juiz, como representante do poder estatal, realiza uma decisão que representa

⁹ COSTA, Dilvanir José da. **Curso de hermenêutica jurídica**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997, p.19.

¹⁰ AGUIAR, Fernando. **Teoría de la decision e incertidumbre: modelos normativos y descriptivos**. Madrid: Empiria: Revista de Metodologia de Ciencias Sociales, 2004, p.142.

¹¹ AGUIAR, Fernando. **Teoría de la decision e incertidumbre: modelos normativos y descriptivos**. Madrid: Empiria: Revista de Metodologia de Ciencias Sociales, 2004, p.147.

uma declaração de vontade, “não só julga, mas também, manda, expressa sua opinião e quer que ela seja seguida.”¹² Obviamente, nem todas as declarações de vontade¹³ são decisões.

Todavia, Steck afirma “que o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja”.¹⁴ Disso advém a relevância para os atores do mundo jurídico em discutir questões que envolvam as teorias da decisão judicial. Traze-la à baila para que possa ser estudada, revisitada e discutida, afinal, são elas que conduzem o intérpretes em suas decisões. A compreensão delas possibilita aos atores do direito questionarem tais técnicas. Disso decorre tamanha importância de desenvolver na academia jurídica pesquisas que envolvam discussões sobre as teorias da decisão judicial.

Diante disso, o objetivo do presente artigo é buscar apenas uma singela compreensão sobre as principais teorias da interpretação para se chegar à decisão judicial e a comprovação da utilização delas em decisões no Supremo Tribunal Federal. Para tanto, utilizou-se a pesquisa teórica através da consulta jurisprudencial, artigos e livros dos principais doutrinadores sobre os assuntos abordados através do método dialético para demonstrar os conceitos e as críticas feitas as principais teorias¹⁵.

1. DAS TEORIAS DA DECISÃO JURÍDICA

Com a Revolução Francesa inicia-se o paradigma liberal do Direito e a partir deste momento vislumbra-se a composição dos conflitos sociais através da intermediação do Estado. Busca-se então, que a decisão judicial passe a ser formulada por órgãos que representam a sociedade e tem o poder e legitimidade para de aplicar o direito. Este poder, soberano, e não será mais ditado pelo monarca mas sim por pessoas que atuarão para apenas para dizer o direito.¹⁶

¹² CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Campinas: Editora Russel, 2009, p.97.

¹³ São exemplos de declaração de vontade que não é decisão: os mandados, os depachos para a condução regular do processo, etc...

¹⁴ STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p.25

¹⁵ MEZZAROBBA, Orides. MONTEIRO, Claudia Servilha. **Manual de Metodologia de pesquisa no direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 70 -84 e 112.

¹⁶ MONTEIRO, Claudia Servilha. **Fundamentos para uma teoria da decisão judicial**. Manaus: Conpedi, 2012, p. 6116. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf Acesso em: 04 de outubro de 2014.

Advém deste marco histórico a evolução e importância de se discutir como e qual a melhor metodologia para interpretar as normas para aplicá-las aos casos jurídicos que se apresentam então ao Poder Judiciário.

Historicamente as teorias da interpretação que conduzem a decisão judicial seguem baseando-se nas premissas dos postulados teóricos de diversas disciplinas que, segundo Monteiro:

(...) da Metamatemática emanam as formulações da Teoria da Decisão, da Filosofia provêm as premissas sobre formação do raciocínio, e dos seus modelos de racionalidade e do próprio Direito procedem as elucidações de conceitos da Hermenêutica Jurídica, da Teoria da Argumentação Jurídica e da Teoria Dogmática da Aplicação do Direito Assim, as Teorias da Decisão Judicial é também um “produto de algumas hibridações disciplinares” que contribuem ao diálogo de jusfilósofos e teóricos jurídicos.¹⁷

E, apesar de importantes contribuições de outras ciências, cabe destacar o que afirma Filho, quanto a diferença entre “teoria da decisão jurídica” e “teoria da motivação ou justificação da decisão”, segundo o autor:

Quando se fala em Teoria da Decisão Jurídica procura-se aferir se aquela decisão corresponde ao um plano lógico de articulação discursiva, consentânea com os propósitos de uma tecnologia discursiva democrática. E quando se fala em Teoria da Motivação da Decisão, sublinha-se que a atuação do juiz não é mais centrada no auto-convencimento, mas na atuação do especialista discursivo que garantiu que as diferentes vozes obtiveram acesso ao discurso e que o resultado discursivo produzido é um produto da racionalidade.¹⁸

Neste sentido, para a teoria da decisão judicial verifica-se se seguiu adequadamente uma metodologia de decisão judicial adequada ao discurso das linhas de pensamento do Estado Democrático de Direito, ou seja, dentro dos ditames em que aquela decisão está sendo proferida. Verifica-se se a decisão proferida respeita os princípios e leis norteadores do Estado em que esta-se tomando a decisão. Quando se fala em “teoria da motivação da decisão” esta-se a dizer que o juiz não deve basear sua decisão no auto convencimento, mas justificar-se na interpretação dada a lei. Ou seja, motivar através das normas, princípios e regras e decidir através de um método interpretativo que tenha lógica. Strteck afirma:

Os juízes tem a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão se constitui em um direito fundamental. O sentido da obrigação de

¹⁷ MONTEIRO, Claudia. **Fundamentos para uma teoria da decisão judicial**. 2012, p. 610.

¹⁸ MADEIRA FILHO, Wilson. **Teoria da motivação da decisão jurídica, aspectos introdutórios – lógica e linguística aplicadas ao direito**. Niterói: PPGSD UFF, Confluências: revista interdisciplinar de Sociologia e Direito, n.08, nov. 2006, p. 2006, p.27. Disponível em: www.confluencias.uff.br/indexphd/confluencias/article/viewFile/146/92. Acesso em: 10 de outubro de 2014.

fundamentar as decisões, previsto no art. 93, IX, da Constituição do Brasil, implica, necessariamente, a justificação dessas decisões.¹⁹

Complementa o autor que, as decisões devem ser motivadas ou justificadas através de um método de interpretação que não desrespeite a Constituição, afirma Streck que se deve buscar “a resposta adequada à Constituição”²⁰ ou seja, encontrar uma resposta que seja coerente com a carta política, independentemente do método de interpretação utilizado. No entanto, existem várias formas de se pensar a interpretação judicial, tal como segue algumas teorias expostas abaixo.

2. DAS TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO E DA DECISÃO JURIDICAL

2.1 Hermêutica Jurídica:

A palavra hermêutica deriva de Hermes, um dos deuses da mitologia grega clássica. Hermes era o mensageiro que dava publicidade à mensagem dos deuses do Olimpo enviada aos outros deuses e também aos mortais. Apesar de travesso, era respeitado por todos os deuses. Hermes viveu muitas aventuras levando mensagens e cumprindo tarefas importantes solicitadas por Zeus, seu pai.²¹ A palavra “Hermêutica” vem do grego e significa expressar, interpretar, revelar.²²

O surgimento da hermenêutica deu-se da necessidade de uma disciplina auxiliar de um cânon de regras, tinha finalidade de facilitar a exegese dos textos filosóficos, bíblicos e, mais tarde, jurídicos hermenêuticos. O estudo hermenêutico teve como seus principais pensadores: W. Dilthey, Fr. Schleiermacher, M. Heidegger, E. Betti, Tr. Viehweg, H-G. Gadamer.²³

Hermenêutica não é método e não é procedimento que proporcionará a compreensão, F. Muller, apud Silva²⁴, emprega o termo metologia apenas para explicar como conjunto de modalidades do trabalho de concretização e de realização do direito e, igualmente, quando

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 931.

²⁰ STRECK, Lenio. **O que é isto, decido conforme minha consciência?** 2013, p.107.

²¹ BOLTON, Lesley. **O livro completo da mitologia clássica**. São Paulo: Madras Editora, 2002, p.170-177.

²² SILVA, Kelly Susane Alflen. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, p.45.

²³ SILVA, Kelly Susane Alflen. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**, 2000, p.431.

²⁴ SILVA, Kelly Susane Alflen. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**, 2000, p. 392- 389.

modalidades tais como a teoria do estado, a teoria do direito e a teoria da constituição. Nestes sentido também complementa Silva que hermenêutica é a teoria dos métodos, a teoria da interpretação científica de interpretação dos textos de normas.

Para França²⁵ há distinção entre hermênutica e interpretação. Explica que hermênutica é a parte da ciência jurídica que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos que devem ser utilizados para que a interpretação se realize, de modo que seu escopo seja alcançado da melhor maneira. A interpretação, portanto, consiste em aplicar as regras que a hermênutica perquire e ordena para o bom entendimento dos textos legais, para sistematizar os processos e assim, fazer com que a interpretação se realize. Explica o autor que Hermênutica “é um conjunto orgânico das regras de interpretação.”²⁶

Em pesquisa jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal, de maneria geral realmente não encontram-se decisões que apliquem hermênutica como “método de intepretação”. Diversas decisões propõe aplicar um determinado método interpretativo em face de um “problema hermêutico” que se apresenta à corte.

A premissa da tarefa hemenêutica é realizar a interpretação baseando-se nos princípios do Estado de Direito e na Constituição porque deles decorrem preceitos jurídicos como o da certeza jurídica e a justiça no caso concreto, e decorre destes a obrigação dos tribunais “em encotrar o resultado constitucionalmente exato em um procedimento racional e controlável e, deste modo, criar certeza jurídica e previsibilidade e, por outra parte, em recuperar a propria formação da norma.”²⁷

Para os hermeneutas é a Constituição que mantém a unidade da ordem jurídica,²⁸ exigindo que o juiz esteja limitado aos limites do próprio texto constitucional, trata-se de um princípio geral e vertical que controla todas as normas.

Silva²⁹ ressalta que o equívoco está em achar que a tarefa hermênutica é achar o resultado constitucionalmente exato da norma através de um rigoroso método. Para o referido autor é por

²⁵ FRANÇA, Limongi R. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 21-30.

²⁶ FRANÇA, Limongi R. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 21-30.

²⁷ SILVA, Kelly Susane Alflen. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**, 2000, p. 351.

²⁸ SILVA, Kelly Susane Alflen. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**, 2000, p. 373.

²⁹ SILVA, Kelly Susane Alflen. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**, 2000, p. 351-353.

isso que ela não pode ser propagada como uma metodologia, isso causaria uma insegurança jurídica. A hermenêutica busca harmonia entre Estado, Sociedade e Política que, apesar de distintos, não devem ser separados. É necessária colaboração organizada, procedimentalmente ordenada, que deve conduzir a essa formação desta unidade harmônica nas quais serão cumpridas as tarefas estatais e por consequência a ordem jurídica necessária, sem abuso de poder e sempre atualizada em seu contexto histórico.³⁰

2.2 O elementos tradicionais de interpretação de problemas hermenêuticos:

Os elementos tradicionais ajudam a analisar o significado e a validade da norma, trata-se dos métodos de interpretação gramatical, lógica e silogística, sistemática, histórica, sociológica e teleológica. Estes são métodos tradicionais de interpretação judicial que estão inseridos dentro do contexto hermenêutico.

Sobre a interpretação **lógica** afirma Filho que Aritóteles ao lançar as bases da metodologia científica elaborou a lógica como uma técnica de apoio à todas as ciências. A lógica desenvolvida por ele passou a ser utilizada para explicar a aferição de conclusões através do que eles chamaram de Silogismo, um subproduto da lógica³¹.

A interpretação **Gramatical** é o elemento básico da hermenêutica da interpretação jurídica³², visto que sua base está na filosofia da linguagem. Aquela que toma como ponto de partida o exame do significado e alcance de cada uma das palavras do preceito legal. Atualmente, esta interpretação por si só não é mais suficiente devendo ser articulada com as demais.³³

No Recurso Extraordinário nº 627.815/PR foi utilizada a interpretação gramatical em conjunto com a interpretação lógica. Trata-se de uma declaração de inconstitucionalidade da incidência da COFINS e da contribuição ao PIS sobre a receita auferida pelas empresas exportadoras por variações cambiais ativas, dada a imunidade das receitas decorrentes de

³⁰ SILVA, Kelly Susane Alflen. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**, 2000, p. 351-353.

³¹ FILHO, Wilson Madeira. **Teoria da motivação da decisão judicial, aspectos introdutórios – lógica e linguística aplicadas ao direito**, p.25 .

³² NEVES, Antonio Castanheira. **Metodologia jurídica, problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p.109.

³³ FRANÇA, Limongi R. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: editora Saraiva, 1999, p. 8-9.

exportação prevista no art. 149, § 2o, I, da Constituição da República. Observa-se o seguinte na referida decisão:

Para a exegese da imunidade, como instituto constitucional que é, podem ser utilizados todos os métodos empregados na interpretação dos textos constitucionais, e, assim, sem se deixar de lado a exegese literal ou grammatical porque a interpretação não deve ultrapassar os limites do conteúdo significativo das palavras da norma, há de se usar necessariamente da interpretação lógica, onde, na hermenêutica constitucional, avulta o valor do elemento teleológico.³⁴

Para a escola exegética a lei é a plenitude do direito.³⁵ A exegese proclamou o primado da norma como expressão do Direito, reduzindo-o à lei escrita. Busca então a certeza e segurança dos direitos subjetivos.

Das interpretações tradicionais uma das mais relevantes é a **sistemática** que leva em conta a sua integralidade e harmonia sempre em busca da máxima unidade constitucional, de modo que a interpretação das normas constitucionais sejam realizada de maneira a evitar contradições entre elas.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade³⁶ n.º 2650/DF demonstrou-se a necessidade de utilizar-se a interpretação sistemática devido ao questionamento se uma determinada lei do Estado de Goiás teria ou não afrontado o art. 18 da CF, sobre a consulta popular para desmembramento de município. Na referida ADI entrava em questão a interpretação do termo “população diretamente interessada”. Questionou-se se somente a população do futuro município a ser desmembrado deveria ser consultada em plebiscito ou se deveria, também, ser consultada a população do município que sofria o desmembramento. De tal decisão fica claro a utilização da interpretação sistemática prevalecendo sobre a interpretação gramatical para resolver um problema hermênutico. O relator analisou a afirmação “população diretamente interessada” levando em consideração a Constituição e o que o legislador pretendia com tal afirmação, também analisou e comparou com a lei que fala do desmembramento dos Estados.

O caso exigia para além de uma interpretação gramatical uma interpretação sistemática da Constituição, de forma tal a levar em conta a sua integralidade e a sua harmonia, e como afirma o

³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 627.815/PR** - Paraná. Relatora: WEBER, Rosa. Plenário, publicado em 23/05/2013, p.19.

³⁵ COSTA, Dilvanir José da. **Curso de hermenêutica jurídica**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997, p.28.

³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2650 / DF** - DISTRITO FEDERAL. Relator: TOFFOLI, Dias Julgamento: 24/08/2011, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJe-218 DIVULG, 16-11-2011, PUBLIC, 17-11-2011, EMENT VOL-02627-01 PP-00001, RTJ VOL-00220- PP-00089, RT v. 101, n. 916, 2012, p. 465-508.

ministro relator, sempre em busca da máxima da unidade constitucional, de modo que a interpretação das normas constitucionais sejam realizada de maneira a evitar contradições entre elas. Nesta decisão confirmou-se o afirmado por França que na interpretação sistemática deve ser conduzida de forma a ser pesquisada a conexão da norma jurídica questionada com os demais estatutos de onde ela se encontra.³⁷ Diante optou-se por decidir que a população que sofrerá o desmembramento também deverá ser consultada.

A **interpretação teleológica ou racional** tem como principal doutrinador Rudolph Von Ihering que formulou a afirmação que o fim é o criador do Direito, para ele há um valor social, de causa final, de teleologia.³⁸ Explica Costa que para Ihering “o fim social não é uma intenção (escola exegese), mas uma realidade objetiva, na qual se deve inspirar para criar e desenvolver o Direito.” Para Ihering é importante determinar quais são os fatores jurídicos socialmente importantes para a norma, a razão de ser ou o objetivo prático da norma³⁹.

No Supremo Tribunal Federal percebe-se que a interpretação teleológica é constantemente utilizada em decisões sobre questões tributárias, no sentido de dar maior abrangência ao objetivo da norma, assegurando assim sua máxima efetividade. Pode ser citada como exemplo de interpretação teleológica utilizada pelo Supremo Tribunal Federal na decisão do relator, Ministro Luiz Fux, em Agravo Regimental ao Recurso Extraordinário n.º 599.633⁴⁰. A questão era se o governador do DF é parte legítima para, pessoalmente, interpor recurso nas representações de inconstitucionalidade. Foi negado conhecimento e considerado que ele não é parte legítima, pois a legitimidade recursal, nesses casos, seria do ente federado, dada a natureza objetiva do processo.

O relator afirma basear sua decisão na interpretação sistemática e teleológica visto que considera razoável concluir pelo não cabimento do recurso especial na hipótese de Adin Estadual por incompatibilidade de conformação entre o sistema recursal previsto no ordenamento jurídico para processos de natureza subjetiva com o modelo de controle abstrato de constitucionalidade nas normas adotado pela Constituição Federal. Afirmou-se em tal decisão que por um “silogismo”,

³⁷ FRANÇA, Limongi R. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 11.

³⁸ COSTA, Dilvanir José da. **Curso de hermenêutica jurídica**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997, p.29.

³⁹ NEVES, Antonio Castanheira. **Metodologia jurídica, problemas fundamentais**, 1993, p.105.

⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental ao Recurso Extraordinário n.º 599.633/ DF** – Distrito Federal. Relator: FUX, Luiz. Dia do julgamento: 02/04/2013, Órgão Julgador: Primeira Turma. Acórdão eletrônico, DJe-077, Divulgado em 24-04-2013, p. 1-25.

ou seja, por uma argumentação lógica, é possível deduzir e concluir pela manifesta inadmissibilidade do recurso.

Por outra via, Savigny propôs a teoria sobre o método **histórico evolutivo** onde defendeu a organização e sistematização do direito, além da letra da lei. Se para a escola da exegese, a lei era a plenitude do Direito, a sua revelação completa e perfeita. Para a Escola Histórica essa plenitude estava no sistema orgânico do direito, somente as fontes formais (lei e costume) não eram insuficientes, era preciso um sistema orgânico.⁴¹ A interpretação histórica busca analisar a intenção do legislador, quais foram os fatores relevantes que o levaram a criar tal regra. Destaca Neves⁴² que trata-se de um fator hermenêutico indispensável, visto que, mostra a circunstância jurídico social do aparecimento da lei.

A **escola sociológica**, por sua vez, defendeu que, a melhor interpretação da lei é aquela que a amolda às necessidades do presente, do momento de sua aplicação. Não se trata de deixar a interpretação ao arbítrio do juiz mas sim, possibilitá-lo de interpretar conforme o contexto social, cultural e de costumes. Busca que o juiz possa decidir conforme o tempo em que vive.⁴³ Da corrente sociológica destaca-se Emile Durkheim que parte da tese da “(...)autonomia da consciência coletiva, como consciência das consciências”.

Estes são em suma os elementos tradicionais de interpretação para chegar-se à decisão judicial que, segundo Neves⁴⁴ tornaram-se uma verdadeira canonização metódica. O mesmo autor ressalta que esses elementos básicos e tradicionais da Hermenêutica não são usados de forma autônoma, pois a interpretação judicial “é compreendida como um ato unitário”⁴⁵ na qual os elementos acima citados concorrem, e explica que poderá haver um elemento gramatical, um elemento histórico de uma interpretação judicial. E, segundo o mesmo autor, nenhuma teoria mostrou como conjugar todos esses elementos numa interpretação ou qual seria a relação que deve ser provada existir entre eles. Disso, portanto, ainda decorrem muitas perguntas sem solução no Direito.

⁴¹ COSTA, Dilvanir José da. **Curso de hermenêutica jurídica**. Belo Horizonte: Editora Del Rey,1997, p.28

⁴² NEVES, Antonio Castanheira. **Metodologia jurídica, problemas fundamentais**, 1993, p.104.

⁴³ COSTA, Dilvanir José da. **Curso de hermenêutica jurídica**,1997, p.31

⁴⁴ NEVES, Antonio Castanheira. **Metodologia jurídica, problemas fundamentais**, 1993, p. 103.

⁴⁵ NEVES, Antonio Castanheira. **Metodologia jurídica, problemas fundamentais**,1993, p.106.

No entanto, uma afirmação é certa: os casos jurídicos não estão todos regulados e previsto em detalhes nas normas, é necessário “reconstruí-la ou concretiza-la integrando o seu sentido”⁴⁶. Os métodos de interpretação até o momento narrados são a forma tradicional de fazer isso, existem outros, porém os citados acima são os mais comuns de serem encontrados no âmbito do Supremo Tribunal Federal quando digitado em sistema de pesquisa jurisprudencial.

Cabe destacar ainda, a **escola hermenêutica contemporânea** que possui sua estrutura no estudo da filosofia da linguagem e desconstruiu toda a confiança no discurso positivista e sua modalidade representacional baseada na rígida separação do sujeito e objeto. É pioneiro desta corrente o filósofo Heidegger que contribuiu com a hermenêutica filosófica e que teve como seu mais importante formuladores Hans Georg Gadamer.⁴⁷

2.3 O modelo metodológico de interpretação jurídica de Antônio Castanheira Neves:

Ganha destaque a metodologia desenvolvida pelo doutrinador português Antônio Castanheira Neves. Para Neves a Hermenêutica jurídica não é necessariamente o ponto de partida que levaria à melhor decisão jurídica. Critica a forma que todo jurista tem de partir sempre da hermenêutica como sistema para explicar as decisões jurídicas⁴⁸.

Este jusfilósofo propõe um modelo metódico de interpretação que considera inserido num sistema que representa a unidade da totalização normativa. Do método depreende-se quatro elementos: princípios, normas, jurisprudência e doutrina jurídica, sendo que todos relacionam-se entre si. Os princípios manifestam o momento da subjetividade do sistema, é a unidade fundante da norma jurídica. As normas prescritas provém da legitimidade política das autoridades, validade destas normas seriam confirmadas pelos princípios, a validade é um fundamento para a existência da norma. A jurisprudência para o autor é o momento da estabilização de normas, já

⁴⁶ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 23-24.

⁴⁷ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**, 2009, p.02.

⁴⁸ CURI, Ivan Guérios. **Virada de Copérnico: reflexões em torno do pensamento de A. Castanheira Neves**. V. LXXI, Coimbra: Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, 2005, p. 828-849.

experimentadas na aplicação ao caso concreto. A dogmática por sua vez representa a reconstrói e explica as normas, os princípios e as jurisprudências e tem como objetivo orientar o sistema⁴⁹.

Cabe destacar que o problema (antes mesmo dele ser jurídico) é algo importante para Castanheira Neves, para ele a resposta correta para a solução de um problema só será viável se houver uma justeza decisória, uma decisão adequada à aquele problema. Este problema deve ser visto como autônomo, uma “autônoma posição problemática”⁵⁰, a partir deste problema autônomo passa-se a questionar se ele será um problema jurídico, porque o seu perguntar tem uma pressuposição de juridicidade, terá um sentido de direito.

Curi afirma o ensinamento de Castanheira Neves propõe que, para tomar a decisão, deve-se ter ciência do não saber, deve-se problematizar para depois passar o problema pelo crivo ou controle metodológico. Curi explica que há uma necessidade de pré compreensão que alude a um juízo autônomo de juridicidade sobre o caso decidiendo, e não à categorias do entendimento sobre o sentido do direito⁵¹.

Neste sentido o autor ensina que a norma aplicável é um elemento normativamente dinâmico e aberto. Aberto à problematização da questão de direito concreta para que remete, complementa Curi “(...) será impossível deduzir de um saber anterior a posição do problema, tanto no caso de ela nos vir a revelar um problema novo, como no caso de ser a reposição de um tipo de problema, pois é sempre um problema que em concreto assumimos... Somente depois será um problema jurídico”⁵².

Ou seja, faz-se necessário primeiro interpretar o problema, pré compreende-lo, para depois encontrar a melhor resposta constitucional para aquele problema.

Para Castenheira Neves a hermenêutica constitucional coloca-se acima do Direito, pois em resumo, ela prega que a Constituição é intocável, sendo tocável apenas com certas interpretações que lhe dá a própria hermenêutica. Ou seja, a hermenêutica está acima da constituição, visto que a compreende e interpreta. Castanheira Neves propõe um olhar diferente, que coloque-se em

⁴⁹ NEVES, Antonio Castanheira. **Metodologia jurídica, problemas fundamentais**, 1993, p.155-157.

⁵⁰ NEVES, Antonio Castanheira. **Metodologia jurídica, problemas fundamentais**, 1993, p.160

⁵¹ CURI, Ivan Guérios. **Virada de Copérnico: reflexões em torno do pensamento de A. Castanheira Neves**, 2005, p. 846.

⁵² CURI, Ivan Guérios. **Virada de Copérnico: reflexões em torno do pensamento de A. Castanheira Neves**, 2005, p.830- 831

primeiro a compreensão do problema jurídico (caso concreto) e não o problema de como compreender a norma constitucional.⁵³

Ademais confere Curi que deve-se “pensar o direito como a Constituição e não a constituição como direito” no mesmo sentido afirma Neves: “Uma “boa” interpretação não é aquela que, numa pura perspectiva hermenêutica-exegética, determina corretamente o sentido textual da norma; é antes que numa perspectiva prático-normativa utiliza bem a norma como critério da justa decisão do problema concreto.”⁵⁴

Em suma, Castanheira Neves não acredita que a Hermenêutica Jurídica seja a pedra filosofal para ser o melhor sistema por excelência à conduzir as decisões e interpretações judiciais.

2.4 A teoria da argumentação jurídica

A teoria da argumentação jurídica teve origem numa série de obras a partir dos anos 50 e tem como principais pensadores:

Theodor Viehweg (obra *Tópica*) que, em síntese, abordou uma técnica de busca de premissas; uma teoria sobre a natureza das premissas; e uma teoria para utilizar estas premissas na fundamentação jurídica. Posteriormente tornaram-se relevantes as obras de Chaim Perelman (*A nova retórica* e também a obra *Tratado*); Toulmin (*The uses of argument*, 1958); Neil MacCormick (*Legal reasoning and legal theory*, de 1978); Robert Alexy (*Theorie der juristischen Argumentation*, 1978), Klaus Gunther (*Teoria da Argumentação, no direito e na moral*).^{55 56}

E, segundo Atienza, todos compartilham entre si a rejeição da lógica formal como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos. Atienza afirma que a teoria da argumentação jurídica serve como um “contraponto entre a lógica e a metodologia das ciências humanas, tidas como subjetivas e imprecisas.”⁵⁷ Segundo o referido autor, o método cartesiano, demonstrativo e formal, atua através da coerção, já, a argumentação, permite que se atue através da adesão e pela democracia.

⁵³ CURI, Ivan Guérios. **Virada de Copérnico: reflexões em torno do pensamento de A. Castanheira Neves**, 2005, p. 832.

⁵⁴ NEVES, Antonio Castanheira. **Metodologia jurídica, problemas fundamentais**, 1993, p.84.

⁵⁵ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2006, p.52, 59, 117, 159.

⁵⁶ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**, 2006, p.45.

⁵⁷ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**, 2006, p.120

A maioria das teorias da argumentação partem do método dedutivo. Método dedutivo é aquele que apresenta argumentos verdadeiros e inquestionáveis, dele tira-se as conclusões formais, já que essas ficam restrita única e exclusivamente à lógica das premissas estabelecidas. Ou seja, parte de argumentos gerais para argumentos particulares. É como se o observador fosse do conhecido para o desconhecido com uma margem pequena de erro⁵⁸.

Alexy propõem uma teoria da argumentação jurídica como limite à discricionariedade do aplicador do direito, já Klaus Gunther, propõe uma certa crítica à modelos principiológicas, tais como o de Alexy. Ghunter pretendeu uma fundamentação racional ao discurso jurídico a partir da aplicação de coerentes normas.⁵⁹ Apesar por saírem da mesma matriz teórica, a teoria procedimental, comunicativa de Habermas, os três autores: Habermas, Alexy e Ghunter, discutem tais raízes e chegam a conclusões diferentes. Sobre Klaus Ghunter, Cadermatori ensina:

A tese desenvolvida por Günther é que a justificação de normas e a aplicação de normas, sejam elas regras ou princípios, têm objetivos distintos e são orientadas por princípios norteadores específicos. Apenas a fundamentação de normas é orientada pelo princípio da universalidade, idealizado por Habermas – assim representado por Günther: (U) – ao passo que a aplicação de normas já fundamentadas aos casos concretos exige uma perspectiva distinta. Com isso, Günther pretende exonerar o momento da fundamentação do excesso de tarefas que tornariam corretas as críticas que apontam à inviabilidade prática de (U). O próprio Habermas aceitou a necessidade de reformulação do princípio (U) nos termos em que Klaus Günther propõe.⁶⁰

Ocorre que existe críticas quanto a justificação das normas proposta por Ghunter porque é como se pudesse afirmar que os problemas podem ser previstos, possíveis casos pertinentes, considerados gerais e exemplares, ocorre que esquece-se neste caso do aspect particular de cada situação.

Já, para Alexy, uma norma não se esgota na subsunção, pelo contrário, exige do intérprete critérios de valorações. Afirma Kriele apud Alexy que “não se pode desconhecer o elemento valorativo, normativo-teleológico e político-jurídico contido em toda interpretação.”⁶¹

⁵⁸ MEZZARROBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa do direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 65

⁵⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**, 2009, p.03

⁶⁰ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1453, 24 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9952>>. Acesso em: 1 mar. 2015.

⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.24.

Para Alexy, princípios são mandados de otimização e tem como característica o fato que podem ser cumpridos ou não, neste sentido explica Cadermatori que os princípios para Alexy podem ser cumpridos :

(...) em graus diferentes, sendo a medida do seu cumprimento dependente não somente das possibilidades fáticas (determinadas no caso concreto a partir do qual são invocados princípios opostos pelas partes), mas também jurídicas, relacionadas com os princípios mesmos que se encontram em colisão e necessitam ser ponderados.⁶²

As regras para Alexy devem incidir de modo automático, ou seja, se o fato ocorrido, fato jurídico, estiver previsto na norma, a regra assim, deve incidir de modo direto, e as consequências serão os efeitos previstos na norma.⁶³ Do conflito entre regras ele aponta duas maneiras, ou existe uma cláusula de exceção apresentada pela regra e assim o conflito seria solucionado, ou , uma das regras está ofendendo o ordenamento jurídico, seria inválida e, portanto, deveria ser retirada do ordenamento.⁶⁴ As regras são rígidas. No caso de conflito entre princípios ou colisão entre princípios estes contém uma carga valorativa que, entre eles, deverá ser ponderado e não no plano da validade, como no caso do conflito entre regras, mas através do sopesamento.

Já, para Atienza a argumentação pode ser dividida, de forma sucinta, em três modos, a primeira uma concepção formal da argumentação, onde se aplica a resolução lógica dedutiva dos problemas formais. A segunda seria a concepção argumentativa material⁶⁵ onde o autor ressalta que a pessoa que irá decidir deve focar no conteúdo do problema, buscar questionar a verdade daquele problema, o que leva a situações com características ligadas à moral.

E, por último, propõe uma concepção programática⁶⁶, ou seja, pensar em quais serão as consequências daquela decisão. Para o referido autor ressalta que não é possível reduzir a argumentação jurídica a uma visão puramente pragmática, e afirma que ela possui levando em

⁶² MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1453, 24 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9952>>. Acesso em: 1 mar. 2015.

⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**, 2011, p.24.

⁶⁴ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**, 2009, p.127.

⁶⁵ ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006, p. 81.

⁶⁶ ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006, p. 85.

vários contextos e que sua finalidade não é apenas a de persuasão.⁶⁷ Para Atienza é preciso compreender que o julgador colocará em algum momento o objetivo de convercer o outro.

Ademais, na decisão judicial muitas vezes não se está procurando a dialética e a retórica mas sim a justificação daquilo que se está decidindo.

2.5 Crítica à teoria da argumentação jurídica alexyana na forma como aplicada no Brasil

Streck faz críticas à teoria da argumentação Alexyana na forma como ela é aplicada no Brasil pois afirma foi interpretada de maneira equivocada. A crítica do autor é que os teóricos brasileiros concluíram que a teoria alexyana diz que para resolver um caso jurídico simples se aplicam as regras (por subsunção – fato - norma) e casos difíceis se aplicam os princípios e, para decidir entre dois princípios utiliza-se a ponderação.⁶⁸ No entanto a ponderação para Alexy, é um procedimento complicado que ele tenta demonstra através de cálculos matemáticos e teoria complexa, mas os brasileiros, transformaram a teoria de Alexy no princípio da ponderação e proporcionalidade, simplificaram de tal forma que muitas decisões são tomadas com base nestes princípios, até mesmo questões que estão claramente tuteladas na Constituição Federal.

Portanto, em síntese, a teoria alexyana diz que a casos simples se aplica a regra, ou seja, a subsunção via fato – regra. Mas em casos difíceis nunca se aplica os princípios diretamente, primeiro se aplica a regra, se a regra não resolve traz-se os princípios que colidam e a partir disso faz-se a subsunção, ou seja, aplica-se o fato ao princípio⁶⁹ mas explica isso de forma complexa.

Streck explica que a consequência das teorias mal aplicadas gera uma crise jurídica, pois, em nome da “ponderação”, casos idênticos acabam recebendo decisões completamente diferentes, o filtro constitucional deixa de ser feito devido a uma produção exacerbada de princípios e interpretação conforme princípios.

Ademais, os princípios não superam as regras. Não pode simplesmente o jurista tentar descobrir o valor do princípio, isso traz como consequência muita subjetividade, é dever do jurista filtrar através de técnica. Na concepção de Streck a melhor opção seria a hermenêutica jurídica.

⁶⁷ ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006, p. 285.

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, 2013, p. 285-289

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, 2013, p. 285-289.

A ponderação não é colocar dois princípios na balança e se apontar para qual lado a balança está pendendo. A tese da ponderação Alexyana não envolve uma escolha direta.

Todavia, na hermenêutica, o compreender não ocorre da dedução – tal como nas teorias argumentativas – porque antes de argumentar, o interprete já compreendeu, “a compreensão antecede, pois, qualquer argumentação. Ela é condição de possibilidade”⁷⁰, neste sentido ensina Streck:

Portanto, é equivocado afirmar, por exemplo, que o juiz primeiro decide, para só depois fundamentar; na verdade, ele só decide porque já encontrou, na antecipação de sentido, o fundamento (a justificação). E somente é possível compreender isso a partir da admissão da tese de que a linguagem não é um mero instrumento ou “terceira coisa” que se interpõe entre um sujeito (cognoscente) e um objeto (cognoscível). O “abismo gnosiológico” que “separa” o homem das coisas e da compreensão acerca de como elas são, não depende – no plano da hermenêutica jurídico-filosófica – de pontes que venham ser construídas – paradoxalmente – depois que a travessia (antecipação de sentido) já tenha sido feita. Daí a importância da pré-compreensão, que passa à condição de possibilidade nesse novo modo de olhar a hermenêutica jurídica. Nossos pré-juízos que conformam a nossa pré-compreensão não são jamais arbitrários.⁷¹

Conflitos de interesse que devem ser analisados a partir da pré compreensão, e o caminho, segundo Streck torna-se possível através da hermenêutica jurídica filosófica.

2.6 A teoria da resposta correta de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin, filósofo do direito norte americano, elabora sua teoria a partir da crítica que formula ao modelo de Hebert Hart (filósofo e jurista inglês).

Hart entendia haver um campo de opção discricionária dado ao julgador diante de um caso onde o repertório de normas ou precedentes não fossem suficientemente claros ou precisos para apontar a solução do caso em apreciação. Em outros termos, Hart argumentava a favor da discricionariedade da decisão judicial nos chamados “casos difíceis” (*hard cases*) onde não se conseguiria aplicar o silogismo.⁷² Se não conseguisse conectar o caso concreto a norma através do silogismo, então estava-se diante de um caso difícil. E diante deste caso difícil o juiz teria

⁷⁰ STRECK, Lenio. **Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto**. Florianópolis: Revista Seqüência, nº 54, p.29-46, jul. 2007, p. 37. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25552-25554-1-PB.pdf> Acesso em 06 de outubro de 2014.

⁷¹ STRECK, Lenio. **Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto**. Revista Seqüência, 2007, p.37.

⁷² CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**, 2009, p.100.

discricionariedade para decidir e assim criaria o direito. Hart acreditava que a base para a compreensão está na compreensão da linguagem, as palavras tem significado ao intérprete, podendo haver ou não entrave aos signos linguísticos, significações linguísticas abertas e que podem ser aprimoradas.⁷³

No entanto, explica Cardemori, que Hart nunca delimitou os parâmetros para se chegar a uma interpretação razoável dos *hard cases*. Para Hart...“quando o juiz decide os casos difíceis utilizando elementos da moral ou da política, não está aplicando e sim criando um direito novo, o que o leva a considerar que não existe uma única decisão correta para os casos difíceis.”⁷⁴

E é justamente neste ponto que Dworkin diverge de Hart. Ele defende que os princípios preponderam sobre as regras positivadas, principalmente nos chamados casos difíceis. Acredita que é possível achar a mesma solução para os casos difíceis e, portanto, nega a discricionariedade nos casos difíceis⁷⁵, afirma que é possível achar uma resposta igual para os mesmos casos difíceis e não decisões diferentes para casos iguais, tal como pensava Hart.

Explica Machado sobre a construção teórica de Dworkin:

(...) a sua construção teórica é extensiva ao positivismo romano-germânico, sendo seus principais ataques feitos à rígida distinção positivista entre Direito e Moral, à tese da discricionariedade, e à concepção positivista do Direito como um modelo de e para um sistema de regras. Dworkin rejeita a concepção positivista do Direito como um modelo de regras, e utiliza-se de um critério lógico-argumentativo para apontar outros padrões (*standards*) normativos, sendo eles princípios e políticas (*policies*).⁷⁶

Para Dworkin o Direito se inter-relaciona com regras, diretrizes, políticas e princípios morais. Mas as respostas corretas serão dadas a partir da maturidade do sistema jurídico institucional do país, quanto mais sofisticado está a instituição jurídica de um país mais se reduziria a complexidade, mais possibilidade haveria de resolvê-los. Todavia, a crítica que se faz a Dworkin é:

⁷³ MACHADO, Felipe Daniel. (Re) Construindo as decisões jurídicas a partir de Ronald Dworkin: pode o juiz tomar decisões pautadas em argumentos de política? Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, p134. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2771.pdf. Acesso em: 25 de novembro de 2014.

⁷⁴ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**, 2009, p. 101.

⁷⁵ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**, 2009, p. 117.

⁷⁶ MACHADO, Felipe Daniel. (Re) Construindo as decisões jurídicas a partir de Ronald Dworkin: pode o juiz tomar decisões pautadas em argumentos de política? 2009, p.136.

a tese da resposta correta não combate a possibilidade de uma pluralidade de respostas que possam ser esgrimadas no campo do direito, combate, isto sim, o vazio ou carência de respostas a um dado problema que possa ser justificativa em prol da discricionariedade do julgador a falta de instrumentos jurídicos suficientes para a solução do problema posto.⁷⁷

Ao digitar o nome de “Dworkin” em pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal, surgem quinze decisões que levam em consideração obras e opiniões do referido doutrinador. Serve como exemplo a Arguição de Preceito Fundamental nº186/DF julgada procedente. A ação foi julgada improcedente a favor das cotas raciais estabelecidas pela UNB, por dez votos a favor e zero contra. Concluiu-se na decisão que o estabelecimento de sistema de cotas é uma política de ação afirmativa que busca reverter um quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso país. E encontra guarida no caput do art. 5º da CF para a superação da desigualdade.⁷⁸

Obviamente nesta decisão não foi discutido sobre respostas iguais a casos idênticos, mas percebeu-se que a utilização do referido doutrinador, sendo seus escritos consideravelmente levados em consideração em diversas decisões do referido tribunal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto pode ser tirado algumas conclusões. Ainda que se admita que existam diferentes teorias que conduzam à decisões racionais, não é qualquer decisão que pode ser considerada racional e que fornece um método rigoroso e fidedigno para se chegar à decisão, tal como exposto pela teoria Freudiana que demonstra que o homem decide com base em suas experiências vividas e não há como evitar a forma inconsciente, por mais que muitas teorias tentem evitar influências subjetivas do pensamento humano.

Neste sentido Dworkin também afirma que o homem está inserido em um contexto político e social e, portanto, não se pode desconsiderar que está inserido nele.

As teorias dialogam uma com as outras e entre si, inclusive com críticos algozes dentro de teorias que advém da mesma matriz metódica, sendo isso um fator relevante dentro do sistema jurídico e que o faz evoluir.

⁷⁷ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**, 2009, p. 122.

⁷⁸ ADF/DF (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Preceito Fundamental nº 186/DF. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Dia do julgamento: 26/04/2012, órgão julgador: Plenário. p. 02-04).

No Supremo Tribunal Federal é possível encontrar decisões que abordam todas as teorias citadas acima, muitas decisões não citam que teoria estão adotando, mas, se analisado em detalhes a decisão é possível perceber que utiliza-se sempre um método, mesmo que de forma implícita. Todavia, como há diversos ministros proferindo decisões há possibilidade de cada um utilizar um tipo de decisão jurídica e chegar a uma concordância em relação aos votos proferidos. Neste sentido, não é possível afirmar que tipo de teorias tende a ser adotada nas decisões do Supremo Tribunal Federal, para isso seria necessário uma pesquisa rigorosa através de banco de dados, utilização de métodos estatísticos para diminuir a margem de erros na conclusão da pesquisa.

Dos métodos tradicionais interpretativo não há uma decisão que baseia-se somente na interpretação lógica, por exemplo mas sim, dialogam entre si. Ou seja, uma interpretação pode usar vários métodos, gramatical e lógico, sistemático e teleológica. Todavia, bem aborda Silva⁷⁹ que os métodos práticos do direito assim como os dogmáticos não são mais do que auxiliares do trabalho jurídico.

Pode-se afirmar que existem diversas teorias desenvolvidas no intuito de conduzir à decisão judicial, algumas são teorias outras são métodos. Há possibilidade de ter-se dentro de uma teoria vários métodos.

No entanto, cabe ao julgador escolher a teoria que convém para o caso que está julgando e, provavelmente, é isso que os julgadores fazem.

Todavia é necessário profundo conhecimento das teorias para que não se cometam equívocos doutrinários, interpretações distorcidas, sob pena de sujeitar-se a uma adaptação “abrasileirada” perdendo a essência e as premissas da teoria, criando-se assim uma forma personalizada de decisão. Isso sim é inconstitucional, pois corre-se o risco da arbitrariedade e distorção dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

De todo modo, Neves já dizia em sua obra, em 1993⁸⁰, que o pensamento jurídico está em crise visto que, ruiu o sistema dogmático conceitual, característica do positivismo jurídico legalista. Discutir as teorias da decisão e os problema metodológico para sua aplicação tornou-se

⁷⁹ SILVA, Kelly Susane Alflen. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 380.

⁸⁰ NEVES, Antonio Castanheira. **Metodologia jurídica, problemas fundamentais**, 1993, p. 25.

fundamental para resolver o problema do Direito, disso decorre a importância de se pensar sobre as teorias construídas ao longo da história do Direito, expostas de forma sucinta no presente artigo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGUIAR, Fernando. **Teoría de la decision e incertidumbre: modelos normativos y descriptivos**. Madrid: Empiria: Revista de Metodologia de Ciencias Sociales, nº8, 2004, p.139-160. Disponível em: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/7734/1/eserv.pdf> Acesso em: 20 de setembro de 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2006.

ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Edição 1. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989, p. 44 - 53.

BOLTON, Lesley. **O livro completo da mitologia clássica**. São Paulo: Madras Editora, 2002, p.170-187.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2650 / DF** – Distrito Federal, Relator: DIAS, Toffoli. Julgamento em 24/08/2011, órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação em 16.11.2011, Vol. 02627-01, RT v. 101, n. 916, 2012, p. 465-508.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 627.815/PR** – Paraná. Relatora: WEBER, Rosa. Julgamento em 23/05/2013, órgão julgador: Plenário. 2013, p. 01-44.

ADF/DF (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Preceito Fundamental nº 186/DF. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Dia do julgamento: 26/04/2012, órgão julgador: Plenário. p. 1-233).

BUCHANAN, Leigh. O'CONNELL, Andrew. **Uma breve história da tomada de decisão**. Harvard: Harvard Business Review, janeiro, 2006. Disponível em: http://tupi.fisica.ufmg.br/michel/docs/Artigos_e_textos/MPE_e_empresa_familiar/ISO_Pequenas_empresas.pdf, Acesso em 20 de setembro de 2014.

- CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Campinas: Editora Russel, 2009.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
- CURI, Ivan Guérios. **Virada de Copérnico: reflexões em torno do pensamento de A. Castanheira Neves**. V. LXXI. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2005, 828-849.
- COSTA, Dilvanir José da **Curso de hermenêutica jurídica**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.
- DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Paulo Neves. V.48, Porto Alegre: Editora L&PM Pocket, 2011. Original publicado em 1637.
- FRANÇA, Limongi R. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: editora Saraiva, 1999.
- FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. Tradução: Renato Zwick. São Paulo, SP: L&PM Pocket.
- STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013.
- KANT, Emmanuel. **Fundamento da metafísica dos costumes**. 7v. Tradução: Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1936.
- MADEIRA FILHO, Wilson. **Teoria da motivação da decisão judicial, aspectos introdutórios – lógica e linguística aplicadas ao direito**. Niterói: PPGSD UFF, Confluências: revista interdisciplinar de Sociologia e Direito, n.08, nov. 2006, p. 2006, p.25 - 39. Disponível em: www.confluencias.uff.br/indexphd/confluencias/article/viewFile/146/92. Acesso em: 10 de outubro de 2014.
- MEZZAROBA, Orides. MONTEIRO, Claudia Servilha. **Manual de Metodologia de pesquisa no direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 70 -84 e 112.
- MONTEIRO, Claudia. **Fundamentos para uma teoria da decisão judicial**. Manaus: Conpedi, 2012, p.6101-6121. Disponível em: www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf Acesso em: 04 de outubro de 2014.
- NEVES, Antonio Castanheira. **Metodologia jurídica, problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MEZZAROBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa do direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MACHADO, Felipe Daniel. (Re) Construindo as decisões jurídicas a partir de Ronald Dworkin: pode o juiz tomar decisões pautadas em argumentos de política? Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2771.pdf. Acesso em: 25 de novembro de 2014.

STRECK, Lenio. **Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto**. Florianópolis: Revista Seqüência, n^o 54, jul. 2007, p. 29-46. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25552-25554-1-PB.pdf>, Acesso em: 06 de outubro de 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3^o ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Kelly Susane Alflen. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2000.

O DEVER DO ESTADO DE GARANTIR O DIREITO À SAÚDE A TODA COLETIVIDADE, A QUESTÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS E A POSIÇÃO MAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO AO TEMA

Roseane Ferrari ¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a questão dos direitos fundamentais, em especial o direito fundamental à saúde na ótica da Constituição Federal de 1988, bem como da responsabilidade do Estado em promover, proteger e recuperar este direito fundamental, neste ponto, demonstrando a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema.

Em um primeiro momento, será demonstrada a importância dos direitos fundamentais, tecendo algumas considerações sobre a sua definição, sua evolução histórica até chegar nas dimensões ou gerações dos direitos fundamentais.

No segundo item, se procurará apresentar a previsão dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, com foco no direito fundamental à saúde, pois o direito à saúde é um dos direitos sociais arrolados no caput do art. 6º da Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, um direito constitucional de todos e dever do Estado, no sentido amplo de Poder Público.

Já na última parte do trabalho, irá ser analisado e feito uma reflexão sobre o dever do Estado de garantir o direito fundamental e social à saúde, sendo um direito de toda a coletividade e tecer algumas considerações sobre a questão do fornecimento de medicamentos, cirurgias, tratamentos de saúde.

Bem como, fazer uma necessária exposição acerca da intervenção do Poder Judiciário no tocante ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, com a análise de um julgado do

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo/UPF. Bolsista PROSUP/CAPES. Especialista em Direito Processual Civil pela Anhanguera/Uniderp. Advogada. E-mail: roseane_ferrari@hotmail.com

Supremo Tribunal Federal, sendo com isto apontada a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, da proteção, promoção e recuperação do direito fundamental à saúde por parte dos Entes Públicos, no que tange ao indivíduo e também a coletividade.

1. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A DEFINIÇÃO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A evolução dos direitos fundamentais tem direta ligação e proporção com as exigências da sociedade. Desta forma, ao passar do tempo à sociedade se transforma, evoluem também os direitos garantidos aos indivíduos, de acordo com Bobbio: “o surgimento e os crescimento de determinados direitos estão intimamente ligados à transformação da sociedade”.²

Nesse sentido, vale destacar a questão da liberdade, lembrando que ao se estudar o Direito Romano, pode-se verificar que os escravos não eram considerados pessoas, mas sim, coisas, ou *res*, isso, por que lhes faltava o *status libertatis*. Assim, eles eram alienados e faziam parte do patrimônio de quem os adquirisse e também não exerciam qualquer direito político já que estes eram somente exercidos pelos cidadãos, ou seja, homens livres. De acordo com Cretella Junior, a liberdade no império romano se opunha a escravidão.³

Com o passar do tempo, o conceito de liberdade sofreu mutações, vislumbra-se o reconhecimento da primeira forma de liberdade individual experimentada pelo homem - espiritual – ao surgimento do cristianismo, segundo o qual todos os homens passam a ser considerados pessoas, pelos simples fato de serem seres humanos, todos iguais entre si, criados por Deus: “Para o cristianismo, todos os seres humanos, pelos simples fato de os serem, passam a ser considerados pessoas, criados à imagem e semelhança de Deus, tendo, portanto, uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social poderia suprimir.”⁴

Com a positivação dos direitos naturais pelo *Bill of Rights* (Significa Declaração de Direitos e é quando se dá a positivação dos direitos tidos como inerentes ao homem), e posteriormente, em 1789, com a declaração francesa de direitos humanos, é que se deu o início da consagração dos

² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 73).

³ CRETILLA JÚNIOR, José. **Direito Romano Moderno: Introdução ao Direito Civil Brasileiro**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 53.

⁴ OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de; GUIMARÃES, Flávio Romero. **Direito, Meio Ambiente e Cidadania: Uma Abordagem Interdisciplinar**. São Paulo: Madras, 2004, p. 60.

direitos fundamentais, que se concretizou mais tarde com a Declaração de Direitos Americana, em 1948:

Na qual a afirmação de direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens, positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser ou não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.⁵

Está análise referente o sentido e definição de “direito fundamental” e sua diferenciação em relação aos direitos humanos é primordial, pois ambas as expressões são vastamente utilizadas sem qualquer distinção, como se fossem sinônimas entre si, o que, de fato, não corresponde à realidade.

Assim, pode-se dizer que o direito fundamental é aquele garantido e limitado pela norma jurídica constitucional. Por outro lado, os direitos do homem são aqueles direitos inerentes ao ser humano, independente de norma que o legitime, como ensina Canotilho:

Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.⁶

Para Moraes, os direitos humanos fundamentais podem ser entendidos como:

O conjunto institucionalizado de direito e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como *direitos humanos fundamentais*.⁷

Desta forma, nota-se que os direitos fundamentais não são meros consentimentos, mas sim, se constituem em prerrogativas inerentes à condição de ser humano. Da mesma forma, não são, tais direitos, estáticos, eles acompanham a evolução histórica e a medida de sua necessidade.

No que tange as dimensões dos direitos fundamentais, ou como alguns doutrinadores classificam o termo como “gerações”. Tal preferência deve-se ao fato de que o termo “gerações” pode induzir ao erro, sugerindo a substituição cronológica de uma geração por outra. Nesse sentido leciona Sarlet:

⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 30.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 393.

⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 39.

Com Efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais [...]”⁸

Ao se falar sobre dimensões ou gerações de direitos fundamentais, é importante ressaltar que o transito de uma dimensão a outra não significa que tais direitos deixam de existir, mas sim que surgem direitos novos ou perspectivas novas sobre direitos já reconhecidos, sempre objetivando uma maior proteção à pessoa humana.

1.1 Os Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão

Os direitos fundamentais de primeira dimensão podem ser denominados, também de direitos negativos, uma vez que consistem em uma faculdade do indivíduo de se proteger de eventual arbítrio por parte do Estado.

Tais direitos possuem como titular o indivíduo e caracterizam-se pela não intervenção do Estado em razão do seu caráter individualista. São de cunho absolutamente negativo pela própria natureza, que não exige prestação positiva do Estado, e sim, abstenção por parte deste: “Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”⁹

Entende-se neste ponto, que a característica básica destes direitos, aqui compreendidos, é a titularidade do indivíduo, já que este usa destes meios para coibir abusos e arbitrariedade por parte do Poder Público, funcionando, assim, como meio de defesa por parte do indivíduo frente ao Estado.¹⁰

De acordo com Ferreira Filho, o Estado era considerado oponente às liberdades individuais e ainda o é, pelo menos em potencial, já que este é quem pode prender, censurar, confiscar propriedades e outros.¹¹

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. Ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 45.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 563-564,

¹⁰ AWAD, Fahd Medeiros. **Crise dos Direitos Fundamentais Sociais em Decorrência do Neoliberalismo**. Passo Fundo: UPF, 2005, p. 33.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 30.

No entanto,

Em contrapartida desses direitos, o sujeito passivo, em princípio, não deve senão uma abstenção, um não-fazer. Mas é claro que se o Estado deve, por um lado, abster-se de perturbar o exercício desses direitos, tem por outro, a tarefa de, preventivamente, evitar sejam eles desrespeitados, e, também, a de, repressivamente, restaurá-los se violados, inclusive punindo os responsáveis por esta violação.¹²

Dessa forma, o Estado se abstém de impedir o exercício destes direitos por parte do indivíduo, mas por outro lado, também deve protegê-los de qualquer violação por parte de outrem, a fim de que o exercício destas liberdades individuais seja efetivo por parte de seu titular.

Já, por sua vez, os direitos políticos decorrem naturalmente dos direitos civis, e possuem como característica o direito de participar do Estado, demonstrando, logo, o aparecimento de uma nova perspectiva de liberdade.¹³

Assim, é nessa dimensão que se encontram os direitos civis e políticos dos cidadãos, também chamados direitos de liberdade, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade, o direito de constituir partidos políticos, o direito de plebiscito, dentre tantos outros.

1.2 Os Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão

No que tange a segunda dimensão de direitos fundamentais, encontram-se os direitos sociais, culturais e econômicos, coletivos ou de coletividades, sendo declarados direitos que exigem uma prestação positiva por parte do Estado.

Diferentemente dos direitos de primeira dimensão, com os quais o que se quer é afastar a intervenção por parte do Estado frente às liberdades individuais, nos direitos de segunda dimensão é o próprio Estado, e por meio dele, que o indivíduo tem acesso a estas: “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.”¹⁴

Cabe frisar, que neste grupo, estão inseridos, ao mesmo tempo, prestações sociais do Estado, tais como saúde e educação e normas de cunho negativo, como a liberdade de

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 30.

¹³ AWAD, Fahd Medeiros. **Crise dos Direitos Fundamentais Sociais em Decorência do Neoliberalismo**. Passo Fundo: UPF, 2005, p. 33

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. Ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

sindicalização, direito de greve e direito ao repouso semanal remunerado, por exemplo. Denota-se, assim, uma mescla de direitos:

A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais.¹⁵

O que diferencia esta dimensão de direitos em relação à dimensão anteriormente analisada é que, enquanto os direitos de segunda dimensão buscam prestações por meio do Estado, os direitos da primeira dimensão exigem abstenção por parte deste.

Nessa dimensão de direitos, é o Estado quem irá promover e garantir igualdade aos indivíduos, sendo, dessa forma, um devedor e os indivíduos seus credores. É dever de o Estado agir de modo a propiciar ao cidadão o direito ao bem-estar social, ficando, então, as liberdades individuais garantidas por intermédio dele e não mais perante este.

Desta forma:

Na Constituição Brasileira de 1988 isso é cristalino. O texto afirma “dever do Estado” propiciar a proteção à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art. 215), ao lazer, pelo desporto (art. 217), pelo turismo (art. 180) etc. Igualmente o direito ao trabalho que se garante pelo socorro da previdência social ao desempregado (art. 201, IV).¹⁶

Portanto, entende-se por direitos fundamentais de segunda dimensão: os direitos econômicos, sociais, culturais, os quais devem ser garantidos pelo Estado ao indivíduo, e este, por sua vez, pode exigir do Estado sua efetiva prestação positiva, para que então seja exercida a proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos.

1.3 Os Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são os chamados direitos de solidariedade e fraternidade, dentre os quais se destacam o direito a paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida.

Diferem-se este dos direitos de primeira e de segunda dimensão pela titularidade, já que esta dimensão tem como titular a coletividade e não um indivíduo. Nesse sentido, assevera Lafer:

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. Ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 48.

¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 50.

“Estes direitos têm como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade.”¹⁷

Cabe destacar, outra diferença básica perante as dimensões já estudadas, é que nesta os direitos não são nem contra, nem por meio do Estado, mas sim, se sobrepõe a este:

Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentro outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.¹⁸

Assim, os direitos de terceira dimensão ou geração, como já referido, são de titularidade coletiva, sendo muitas vezes, indetermináveis seus titulares, principalmente no que concerne à matéria ambiental, paz e patrimônio comum da humanidade.

1.4 Os Direitos Fundamentais de Quarta e Quinta Dimensão

Ao se falar em quarta geração ou dimensão de direitos fundamentais, há na doutrina, autores que defendem a existência a existência da mesma. Tal dimensão ainda não se consagrou de fato em nossas leis internas e nem mesmo em matéria internacional, porém há que se analisar tal tendência doutrinária.

Nesta seara:

Assim, impõe-se examinar, num primeiro momento, o questionamento da efetiva possibilidade de se sustentar a existência de uma nova dimensão dos direitos fundamentais, ao menos nos dias atuais, de modo especial diante das incertezas que o futuro nos reserva. Além do mais, não nos parece impertinente a ideia de que, na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa.¹⁹

Os autores, que compartilham desta ideia, apontam como responsável pelo surgimento de uma nova dimensão dos direitos fundamentais o fenômeno da globalização e a consequente universalização desses direitos. Assim importa ressaltar sobre o tema:

Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir.

¹⁷ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 131.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. Ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 48.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. Ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 50.

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social.²⁰

A posição do doutrinador Paulo Bonavides quanto ao tema referente à existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, é de que a mesma seria composta pelos direitos à democracia (neste caso seria democracia direta), o direito à informação, direito ao pluralismo políticos, surgidos o processo da globalização econômica.²¹

Quanto os direitos fundamentais de quinta dimensão, pode-se dizer que com tantos avanços tecnológicos, a doutrina já traz a baila uma quinta dimensão de direitos, referente às emoções do indivíduo e à sua afetividade, à cibernética e ao mundo virtual.

Segundo Awad: “É importante salientar que os direitos fundamentais surgiram de reivindicações concretas geradas por situações de injustiça e de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano. Observa-se que a realidade molda as carências, as quais, por sua vez, moldam as reivindicações.”²²

Dessa forma, embora tal dimensão de direito ainda não esteja consagrada na doutrina, é imprescindível seu estudo, uma vez que, como já tratou anteriormente presente trabalho, o direito é dinâmico e evolui na medida das transformações da sociedade e de suas necessidades e reivindicações.

2. A PREVISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988, atualmente vigente no País, além da positivação dos direitos de primeira e segunda dimensão, já constantes nas Cartas anteriores, inovou ao trazer em seu texto a positivação dos direitos de terceira dimensão, ou também chamado, direitos de solidariedade.

A Carta de 1988 estabeleceu a volta do sistema presidencialista no Brasil e é a primeira a positivizar os direitos de solidariedade, já que as Cartas anteriores previam, primeiramente, os

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 571.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. Ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 50-51.

²² AWAD, Fahd Medeiros. **Crise dos Direitos Fundamentais Sociais em Decorrência do Neoliberalismo**. *Passo Fundo*: UPF, 2005, p. 36.

direitos civis e políticos (primeira dimensão) e, posteriormente, passaram à tutela dos direitos sociais (segunda dimensão).

No que se refere aos direitos de primeira dimensão, ressalta-se que a Carta é a primeira, segundo Sarlet, a utilizar em seu texto a nomenclatura “direitos e garantias fundamentais”, já que as Constituições que a antecederam referiam-se a “direitos e garantias individuais”.²³ Foi também a primeira Constituição, segundo Pilau, a garantir que ninguém seria submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.²⁴ Buscando, assim, proteger a integridade física e moral do indivíduo, proibindo de maneira drástica a tortura.²⁵

Em relação aos direitos de terceira geração, enfatiza-se que o texto da Constituição de 1988, reservou um capítulo integral para tratar do meio ambiente, matéria nunca antes tutelada pelo direito constitucional interno. Vale destacar, sobre ao assunto:

Importante destacar que, pela primeira vez na história das Constituições Brasileiras, o direito ao meio ambiente teve tratamento constitucional. Ainda que a matéria se concentre no art. 225, a referência ao meio ambiente permeia todo o texto constitucional. Por ser marcadamente ambientalista, é considerada como uma das mais avançadas sobre o tema.²⁶

De outro lado, no que concerne aos direitos de segunda dimensão, na referida Carta, em seu artigo 6º, positivou direitos sociais, como a saúde, educação, lazer, moradia, o trabalho, a previdência social, a segurança, bem como a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.²⁷ A apontada positivação ocorreu como intento de asseverar o débito estatal para com o indivíduo, de lhe proporcionar uma vida mais digna.

O direito à saúde é um direito fundamental e social, como já mencionado anteriormente, e possui previsão no corpo constitucional da Constituição Federal de 1988, como no artigo 6º. Mas também está positivado no artigos 196, 197 e 198 da Magna Carta, sendo importante neste momento transcrever o artigo 196 da CF/88: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. Ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 66.

²⁴ PILAU, Newton César. **Teoria constitucional moderno-contemporânea e a positivação dos direitos humanos nas constituições brasileiras**. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 139.

²⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 90.

²⁶ DUARTE, Marise Costa de Souza. **Meio Ambiente Sadio: Direito Fundamental em Crise**. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Juruá, 2003, p. 91.

²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03/10/2014.

outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”²⁸

Cabe ressaltar, que o direito à saúde é um direito público subjetivo, uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada à população em geral, e de fundamental importância, pois a questão sanitária envolve a vida das pessoas, é um direito que deve ser aplicado de forma universal e de maneira que atinja seu objetivo que é proporcionar a sadia qualidade de vida.

Para o melhor esclarecimento do termo saúde, impõe-se neste ponto a conceituação do termo saúde:

No intuito de conceituar “saúde”, tomamos o preâmbulo da Organização Mundial da Saúde (1948), que define: “Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou outros agravos.” Verificamos, pois, que deve existir uma qualidade para o equilíbrio interno do homem com o meio positivo e outro negativo: o primeiro trata da promoção do bem-estar e o segundo, da ausência de enfermidade.²⁹

Por conseguinte, entende-se que é de suma importância à valorização do direito à saúde, pois isso se deve ao fato desse direito ser essencialmente um direito fundamental do homem, considerando-se que a saúde é “um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Assim, a saúde se conecta ao direito à vida.”³⁰

Desse modo, a Saúde se apresenta entre os bens mais intocáveis e especiais do indivíduo, e que necessita de tutela do Estado, pois a atenção à Saúde constitui um direito de todo cidadão, um bem que reflete a dignidade da pessoa humana, algo que é imprescindível para a existência de uma vida digna.

Por conseguinte, Bontempo elucida que “os direitos sociais são, por conseguinte, sobretudo, endereçados ao Estado, para quem surgem na maioria das vezes, certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material”.³¹

²⁸BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03/10/2014.

²⁹ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista.** Passo Fundo: UPF, 2003, p. 124.

³⁰ SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 52.

³¹ BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988.** Curitiba: Juruá, 2005, p. 71.

Assim, surge para os cidadãos a legitimidade para a reivindicação de determinadas prestações positivas e materiais do Estado para a garantia de cumprimento desses direitos, sendo que o direito à saúde é um direito fundamental de 2ª dimensão e um dos direitos sociais arrolados no caput do art. 6º da Constituição Federal de 1988, sendo, neste sentido, um direito amparado pela Constituição e dever do Estado, no sentido amplo de Poder Público.

3. O DEVER DO ESTADO DE GARANTIR O DIREITO À SAÚDE À COLETIVIDADE, A QUESTÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS E A POSIÇÃO MAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO AO TEMA

O Direito à saúde é parte de um conjunto de direitos chamados de direitos sociais, que têm como inspiração o valor da igualdade entre as pessoas. É um direito fundamental, por estar interligado ao direito à vida e a existência digna, possuindo reconhecimento na Constituição Federal de 1988 e uma obrigação do Estado e uma garantia de todo o cidadão.

O Direito à saúde e os dispositivos constitucionais que lhe guarnecem em especial os artigos 196, 197 e 198, já citados anteriormente no decorrer deste artigo, demonstram a importância deste direito fundamental e da necessidade do amparo pelos Entes Públicos deste direito. Tal preceito é complementado pela lei 8.080/90, em seu artigo 2º:

Art. 2º. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.³²

Portanto, é dever do Estado promover e garantir a saúde pública para toda a sua população através de políticas públicas. A Carta Política de 1988 estabeleceu, em seus artigos 23 e 196, a responsabilidade solidária dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para o fornecimento dos serviços de saúde, ficando sob o encargo desses a sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, neste ponto vale citar o teor do artigo 23 da Constituição de 1988:

³² BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 03/10/2014.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.³³

Nessa perspectiva, existindo competência solidária dos entes federados para a prestação de serviços de saúde no País, denota-se que caberia a esses o fornecimento de medicamentos de forma gratuita à população. Com efeito, nas palavras de Paranhos:

Inerente ao dever do Estado de prover a saúde pública está à obrigação de promover políticas públicas de redução do risco de doenças, através de campanhas educativas, de vigilância sanitária, de desenvolvimento de recursos humanos, alimentação saudável, construção de hospitais, centros ambulatoriais e postos de saúde. Por fim, o fornecimento gratuito de medicamentos para a recuperação ou para a redução das consequências causadas pelos mais variados tipos de doenças.³⁴

Nesse ponto, cabe destacar que para regulamentar a questão da saúde no Brasil, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), com a sua previsão expressa no artigo 200 da Constituição Federal de 1988, mas com a devida regulamentação pela lei 8.080/90 que em seus artigos 5º e 6º, cuidou dos objetivos e das atribuições do SUS.

Importa citar o artigo 200 da Constituição Federal de 1988:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.³⁵

O SUS (Sistema Único de Saúde) veio então para estabelecer princípios e diretrizes para a saúde em todo o País, sendo que sua criação está diretamente relacionada à tomada de

³³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03/10/2014.

³⁴ PARANHOS, Vinícius Lucas. **Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado**. v.2. n.1. Belo Horizonte: Meritum, 2007, p. 155.

³⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03/10/2014.

responsabilidade por parte do Estado. Com efeito, na responsabilidade do Estado estão inseridos os serviços de saúde, o fornecimento de medicamentos à população, posto de saúde entre outros.

Nesse prisma, conforme Pessini e Barchifontaine, o SUS:

[...] foi criado para melhorar a saúde do povo e significa uma conquista dos movimentos que se organizaram e lutaram durante mais de dez anos para que isso acontecesse. O que está na Constituição e nas leis da saúde e, portanto, vitória da sociedade unida e organizada que lutou por seus direitos. Agora, é a mesma sociedade que deve fazer cumprir o que está definido na lei. Pela lei, saúde é direito de cada cidadão e é dever do Estado prover esta saúde. E já é bem sabido que para gozar de uma boa saúde é necessário ter uma boa qualidade de vida, como moradia, alimentação, água tratada, esgoto, transporte, educação, trabalho e lazer garantidos, além dos serviços de saúde como hospitais, postos de saúde e pronto-socorros.³⁶

Contudo, o dever do Estado, no caso Entes Públicos, de proporcionar meios de promoção, proteção e recuperação da saúde da coletividade, na maioria das vezes é deficiente, pois é notória a precariedade do sistema público de saúde brasileiro.

No caso o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos, cirurgias, pelos Entes Públicos (Municípios, Estados, Distrito Federal e União), ou muitas vezes a recusa dos Entes Públicos pela via administrativa de fornecer tais serviços e produtos para quem precisa, tem feito à população civil buscar, com êxito, das tutelas de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, através de provimentos judiciais, na maioria dos casos com liminares.

Nesse diapasão, as palavras de Barroso são muito pertinentes ao caso:

Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático do que se vem de afirmar. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.³⁷

Os provimentos judiciais, no caso o Poder Judiciário tem sido na maioria dos casos, a solução para quem se encontra enfermo, pois diante da deficiência do Estado em disponibilizar a sociedade um serviço público de saúde pleno, pode e deve o interessado, a pessoa que precisa da tutela do seu direito fundamental à saúde, buscar na justiça, de forma a obrigar a Administração Pública a cumprir o dever que lhe foi imposto pela norma constitucional, visando alcançar o

³⁶ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. São Paulo: Loyola, 2000, p. 95.

³⁷ BARROSO, Roberto Luís. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. p. 03. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 06/10/2014.

mesmo resultado prático que decorreria do adimplemento, se eficientes fossem as políticas públicas voltadas para esse fim.³⁸

É neste ponto que é de suma importância levantar a posição do Supremo Tribunal Federal, sobre o tema, pois várias são as ações que tramitam ou que são ajuizadas diariamente em busca do fornecimento de medicamentos ou serviços de saúde nas instâncias de 1º grau, 2ª e 3ª graus de jurisdição.

Afirma Gilmar Mendes que:

No âmbito do Supremo é recorrente a tentativa do Poder Público de suspender decisões judiciais nesse sentido. “Na Presidência do Tribunal existem diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde – como fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas de UTIs e de leitos hospitalares, contratação de servidores da Saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio e inclusive no exterior, entre outros”, exemplificou.³⁹

Para vislumbrar melhor o tema e a posição do Supremo no que se refere ao direito fundamental e social à saúde, e o dever do Poder Público em fornecer prestações de saúde, como fornecimento de medicamentos, cirurgias, leitos hospitalares entre outros, importante é trazer a baila um julgado do Supremo Tribunal Federal, que versa em específico sobre a questão de fornecimento de tratamento de saúde com um medicamento de alto custo.

Dessa forma, cita-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.⁴⁰

³⁸ PARANHOS, Vinícius Lucas. **Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado.** v.2. n.1. Belo Horizonte: Meritum, 2007, p. 171.

³⁹ BRASIL. **Notícias STF. Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, decide o Plenário do STF.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>. Acesso em: 06/10/2014.

⁴⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** (STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ZAVESCA+e+sa%FAde%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k3tte9z>. Acesso em: 06/10/2014

Para entender melhor sobre o caso acima, é necessário tecer algumas considerações sobre o objeto de discussão do referido julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal. No caso o objeto do referido julgamento era um agravo regimental interposto pela União, em desfavor da Presidência do STF, que havia indeferido o pedido de suspensão de tutela antecipada, formulado pela União, para o fornecimento do medicamento Zavesca (Miglustat) a uma jovem de 21 anos portadora da patologia denominada de Niemann-Pick tipo C, o indeferimento da suspensão de tutela antecipada se deu, por não se verificar, no devido caso, grave lesão à ordem, à saúde pública e a economia.

Nesse sentido, vale trazer a baila, os fundamentos para o indeferimento da suspensão da tutela antecipada:

[...]

No caso dos autos, ressalto os seguintes dados fáticos como imprescindíveis para a análise do pleito:

- a) A interessada, jovem de 21 anos de idade, é portadora de patologia denominada NIEMANN-PICK TIPO C, doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos, tais como “movimentos involuntários, ataxia da marcha e dos membros, disartria e limitações de progresso escolar e paralisias progressivas” (fl. 29);
- b) Os sintomas da doença teriam se manifestado quando a paciente contava com cinco anos de idade, sob a forma de dificuldades com a marcha, movimentos anormais dos membros, mudanças na fala e ocasional disfagia (fl. 29);
- c) Os relatórios médicos emitidos pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação relatam que o uso do ZAVESCA (miglustat) poderia possibilitar um aumento de sobrevida e a melhora da qualidade de vida dos portadores de Niemann-Pick Tipo C (fl. 30);
- d) A família da paciente declarou não possuir condições financeiras para custear o tratamento da doença, orçada em R\$ 52.000,00 por mês; e
- e) Segundo o acórdão impugnado, há prova pré-constituída de que o medicamento buscado é considerado pela clínica médica como o único capaz de deter o avanço da doença ou de, pelo menos, aumentar as chances de vida da paciente com uma certa qualidade. (fl. 08)⁴¹

Portanto, nota-se que a medicação era de suma importância para a vida da Autora, e que a sua não disponibilização feriria o direito fundamental à saúde, contudo a alegação da União era de que o medicamento Zavesca não se encontrava registrado na Agência Sanitária, e que, portanto estava proibido de ser comercializado no Brasil, que não constava nos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, sendo o medicamento de custo altíssimo, e não disponibilizado pela Política Farmacêutica da Rede Pública.

⁴¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. (STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070). P. 02-03 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 06/10/2014

Neste sentido ao se falar em direitos fundamentais e sociais, possui importância na visão de Alexy, que disserta que princípios são mandamentos ou comandos de otimização sua aplicação ocorrendo na lógica da maximização, isto é, buscar-se-á a máxima efetividade, dentro de circunstâncias dadas. Essa formulação torna possível reconhecer que há limites, tanto fáticos, quanto jurídicos, que conformam a aplicação dos princípios em que expressos os direitos sociais. Os limites jurídicos sendo dados pelos demais princípios que são confrontantes com aquele cuja aplicação está sendo ponderada.⁴²

Ainda, o Ministro Gilmar Mendes refere no seu relatório à alegação da União no Agravo:

O agravante requer a reforma da decisão (fls. 193-229), renovando os argumentos antes apresentados para buscar demonstrar a ocorrência de grave lesão à ordem, à economia, e a saúde pública (fls. 193-229).

Alega que a decisão objeto do pedido de suspensão viola o princípio da separação dos poderes e as normas e regulamentos do SUS, bem como considera a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, caracterizando-se nestes casos, indevida interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas (fls. 199-204).

Sustenta tanto a ilegitimidade passiva da União e ofensa ao sistema de repartição de competências (fls. 204-205), como a inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS, ante a ausência de previsão normativa (fls. 205-218).

Por fim, argumenta que só deve figurar no pólo passivo da ação principal o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e que causa grave lesão às finanças e à saúde públicas a determinação de desembolso de considerável quantia para a aquisição do medicamento de alto custo pela União, pois isto implicará: deslocamento de esforços e recursos estatais, descontinuidade da prestação dos serviços de saúde ao restante da população e possibilidade de efeito multiplicador.⁴³

No prisma do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da decisão acima, importante apontar e tecer considerações sobre o voto dos seus Ministros, que por unanimidade, juntamente com o Ministro Gilmar Mendes, na época Presidente do Supremo Tribunal Federal, negaram provimento ao recurso de agravo regimental.

Importante destacar, alguns trechos do seu voto do Ministro Gilmar Mendes:

A reponsabilidade dos entes da Federação foi muito enfatizada durante os debates na Audiência Pública – Saúde, oportunidade em que externei os seguintes entendimentos sobre o tema:

O Poder Judiciário, acompanhado pela doutrina majoritária, tem entendido que a competência comum dos entes resulta na sua responsabilidade solidária para responder pelas demandas de saúde.

⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

⁴³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. (STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070). P. 05-06. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 06/10/2014

[...]

Assim, apesar da responsabilidade dos entes da Federação em matéria de direito à saúde suscitar questões delicadas, a decisão impugnada pelo pedido de suspensão, ao determinar a responsabilidade da União no fornecimento do tratamento pretendido, segue as normas constitucionais que fixaram a matéria comum (art. 23, II, da CF), a Lei Federal nº. 8.080/90 (art. 7º, XI) e a jurisprudência desta Corte. Entendo, pois, que a determinação para que a União arque com as despesas do tratamento não configura grave lesão à ordem pública.

[...]

Da mesma forma, as alegações referentes à ilegitimidade passiva da União, à violação do sistema de repartição de competências, à necessidade de figurar como réu na ação principal somente o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e à desconsideração da lei do SUS, não são passíveis de ampla deliberação no juízo do pedido de suspensão de segurança, pois constituem o mérito da ação, a ser, a ser debatido de forma exaustiva no exame do recurso cabível contra o provimento jurisdicional que ensejou a tutela antecipada.⁴⁴

Pois bem, os argumentos usados na decisão do Supremo para negar provimento ao agravo regimental, e, portanto continuar com a tutela antecipada vigorando em favor da parte interessada, foram embasados na ponderação de princípios e dos direitos fundamentais.

Primeiramente vale destacar, como já mencionado anteriormente, que o direito à saúde, é um direito fundamental, previsto na Magna Carta de 1988, e um direito fundamental de 2ª dimensão ou geração e que de acordo com o artigo 196, 197 e 198 da Constituição Federal. Importante ressaltar o artigo 196 da CF/88 novamente:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.⁴⁵

Por certo, em que pese alguns direitos sociais possuírem somente uma dimensão objetiva, a grande maioria destes possui também uma dimensão subjetiva, tendo em vista a qualidade de direitos fundamentais, possibilitando, por conseguinte, a exigência de determinadas prestações materiais por parte do Poder Público.

É notório que “a administração pública não têm recursos financeiros suficientes para atender toda a demanda por medicamentos que a população necessita”.⁴⁶ Todavia, conforme elucida Kelbert “ao conceber os direitos sociais como direitos fundamentais, o Estado brasileiro

⁴⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. (STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070). P. 26-28 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 06/10/2014

⁴⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07/10/2014.

⁴⁶ CARVALHAL, Ana Paula Zavarize. **O fornecimento de medicamentos à luz da teoria da justiça aristotélica**. Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito, Ppgdir. /ufrgs, Porto Alegre, v. 4, n. 7, 2005, p. 61.

assumiu um compromisso para com a sua efetivação, o que significa que deve pautar sua atividade com vistas à realização daqueles direitos”⁴⁷.

Nesse sentido, vale destacar os ensinamentos de Robert Alexy:

Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da ideia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. (...) De acordo com esta fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sobrepesamento entre princípios. De um lado, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro estão os princípios formais de competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e interesses coletivos.⁴⁸

O que se pode entender, das lições de Alexy, trazidas a reflexão na citação acima, é que o direito fundamental social definitivo é aquele que é essencial à promoção da liberdade fática (a) e que pode ser garantido sem afetar seriamente princípios colidentes, como o princípio da separação dos poderes, o princípio democrático e princípios concernentes a direitos de terceiros (b). Logo, em face de uma demanda embasada em um direito fundamental social previsto constitucionalmente, o Poder Judiciário deve fazer uma operação de sobrepesamento, para extrair do direito *prima facie* o direito definitivo, este sim objeto de concretização na via jurisdicional.

Seguindo o raciocínio de Alexy, pode-se distinguir um direito fundamental social vasto e rarefeito (*prima facie*) cuja submissão ao sopesamento com princípios colidentes dará como resultado um direito fundamental social menor e mais denso (definitivo)⁴⁹; Uma distinção parecida foi desenvolvida por Ricardo Lobo Torres, que propõe o recorte entre direitos fundamentais sociais, concernentes ao atendimento do mínimo existencial e hauridos diretamente da Constituição, e direitos sociais, cuja implementação caberia aos órgãos legislativos.⁵⁰

Neste ponto, o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, em não suspender a tutela antecipada que fornecia o medicamento Zavesca a Autora, respeitou o mínimo existencial:

⁴⁷ KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 76.

⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 511-512. (grifos do autor)

⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 95.

⁵⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro:Renovar, 2009, p. 80-81.

Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.⁵¹

Parece interessante refletir sobre a aplicação deste último modelo na apreciação judicial de casos relacionados ao direito à saúde, mas não sem antes verificar a sua compatibilidade com o ordenamento brasileiro. A discussão acerca da efetivação do direito à saúde na via judicial é uma discussão acerca da exigibilidade dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

O que se pode notar com os ensinamentos de Alexy, que o mesmo se apoia na proporcionalidade. Para ele, a máxima da proporcionalidade consiste na verificação dos meios utilizados para a adequação do caso concreto ao fim, por meio da ponderação. Diante de um confronto entre direitos fundamentais, busca-se, primeiramente, a solução do conflito de acordo com o meio adequado: trata-se da adequação dos meios disponíveis; após, há que se verificar a exigibilidade do meio escolhido; e, por conseguinte, caso não se tenha ainda solucionado a colisão, deve-se proceder à ponderação.

Dessa forma, entre um conflito de princípios onde de um lado está o direito social previsto em norma constitucional, um direito fundamental à saúde, que está intimamente ligado ao direito à vida, a dignidade da pessoa humana, e de outro lado à suposta interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas, ofensa à repartição de competências e que causa grave lesão às finanças e à saúde públicas, o julgador entendeu de acordo com a ponderação de princípios de que o direito à vida, o direito fundamental à saúde tinha maior importância, bem como maior respaldo legal, com a devida proteção na Constituição Federal de 1988.

Portanto, a posição que o Supremo Tribunal Federal adotou, sendo que é a posição mais adota pelo Supremo, é de existe responsabilidade solidária entre os Entes Federativos, sendo reconhecida a obrigação do Estado em promover, proteger e recuperar a saúde e que o alto custo de um medicamento não é motivo para a recusa do seu fornecimento, que os protocolos clínicos do SUS não seriam inquestionáveis, admitindo a contestação pela via judicial, e com o uso da ponderação, concluir que sendo o direito à saúde indissociável do direito à vida, torna-se

⁵¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. (STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070). P. 06. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 06/10/2014

inconcebível a recusa no fornecimento gratuito de remédios e/ou tratamentos a paciente em estado grave e sem condições financeiras de custear as respectivas despesas, pois seria uma afronta aos direitos fundamentais, sociais e do mínimo existencial para a vida do ser humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou demonstrar a importância dos direitos fundamentais, a definição, evolução e as dimensões dos mesmos, entendendo que a evolução dos direitos fundamentais tem direta ligação e proporção com as exigências da sociedade.

Sendo que, se pode notar que os direitos fundamentais não são meros consentimentos, mas sim, se constituem em prerrogativas inerentes à condição de ser humano.

Após, foi apresentada a previsão dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 e o direito fundamental à saúde, concluindo que o direito à saúde, elevado à categoria dos direitos fundamentais, por estar interligado ao direito à vida e à existência digna, representa um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo considerado pela doutrina e legislação pátria uma obrigação do Estado e uma garantia de todo o cidadão.

E, por fim realizada uma reflexão sobre o dever do Estado em garantir à saúde à população na questão do fornecimento de medicamentos, tratamentos, cirurgias, no caso serviços públicos de saúde e a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema.

Concluindo, que é cediço grande parte a população brasileira não possui recursos próprios que permitam a aquisição de medicamentos para o tratamento de suas enfermidades. Diante disso, nota-se que surge a necessidade de socorrerem-se ao Estado na esperança que suas doenças sejam tratadas a tempo, ou que, inexistindo cura, seja garantida uma qualidade de vida por meio do tratamento medicamentoso.

Entretanto, a concretização do direito à saúde, por meio da distribuição de medicamentos pelo Poder Público à população, tem se demonstrado ineficiente, desta forma constatou-se que a intervenção do Poder Judiciário tem sido no sentido de assegurar ao cidadão enfermo e carente de recursos o fornecimento de medicamentos pelo Estado.

Ainda, constatou-se a responsabilidade solidária dos entes públicos para o fornecimento de medicamentos, baseando-se, para tanto, nos artigos 23 e 196 da Carta Magna. Sendo, que o

Estado tem o dever de assegurar efetivamente o direito à saúde a todos os cidadãos, como corolário da própria garantia do direito à vida. A Constituição Federal, em seus dispositivos, garante o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, assegurando, portanto, a sua proteção nas órbitas genérica e individual.

Todavia, também é razoável o estabelecimento de critérios e parâmetros, no caso o juízo de ponderação haja vista que todo o sistema (e a saúde de muitas outras pessoas) não pode ser colocado em risco em razão de medicamentos experimentais ou mesmo não autorizados pela Anvisa.

Portanto, que a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema, é a mais correta e sensata, pois entre a colisão entre a ameaça de lesão a finanças públicas, ou intervenção na repartição de competências, e do judiciário na Administração Pública, deve prevalecer sempre o direito fundamental à saúde, pois está intimamente ligado ao direito à existência digna, e por conseguinte ao direito à vida.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AWAD, Fahd Medeiros. **Crise dos Direitos Fundamentais Sociais em Decorrência do Neoliberalismo**. Passo Fundo: UPF, 2005.

BARROSO, Roberto Luís. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. p. 03. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 06/10/2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03/10/2014.

BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 05/10/2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** (STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070). P. 06. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 06/10/2014

BRASIL. Notícias STF. **Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, decide o Plenário do STF.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>. Acesso em: 06/10/2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada.** 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHAL, Ana Paula Zavarize. **O fornecimento de medicamentos à luz da teoria da justiça aristotélica.** Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito, Ppgdir. /ufrgs, Porto Alegre, v. 4, n. 7, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Romano Moderno: Introdução ao Direito Civil Brasileiro.** 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DUARTE, Marise Costa de Souza. **Meio Ambiente Sadio: Direito Fundamental em Crise.** 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Juruá, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2000.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de; GUIMARÃES, Flávio Romero. **Direito, Meio Ambiente e Cidadania: Uma Abordagem Interdisciplinar**. São Paulo: Madras, 2004.

PARANHOS, Vinícius Lucas. **Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado**. v.2. n.1. Belo Horizonte: Meritum, 2007.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, *Christian de Paul de*. **Problemas atuais de bioética**. São Paulo: Loyola, 2000.

PILAU, Newton César. **Teoria constitucional moderno-contemporânea e a positivação dos direitos humanos nas constituições brasileiras**. Passo Fundo: UPF, 2003.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista**. Passo Fundo: UPF, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. Ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ENSAIO SOBRE TEORIAS DA DECISÃO E CONTROLE DE RACIONALIDADE NO PROCESSO DECISÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ana Paula Caimi¹

INTRODUÇÃO

A tradição jurídica brasileira vincula-se à grande família da Civil Law, na qual os enunciados normativos produzidos pelo legislador ou pelo constituinte – na forma de regras ou princípios² –

¹ Mestranda em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Juíza de Direito.

² A distinção entre princípios e regras como espécies normativas integrantes do ordenamento jurídico é – a par da distinção entre texto e norma – uma das características mais marcantes do pós-positivismo. *Dworkin* (DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 39 e ss.) refere que “a diferença entre princípios e regras é de natureza lógica”, e distinguem-se quanto a natureza da orientação que oferecem. Para ele, regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada (*all or nothing*), sendo que ou ela é válida, caso em que a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou ela não é válida, e em nada contribui para a decisão. Em caso de colisão, uma delas deve ser considerada inválida, de acordo com um sistema jurídico que de preferência a um determinado tipo de regras, adotando critérios como hierarquia, cronologia, especificidade. Também é possível que haja uma regra que excepcione a aplicação de outra regra. Os princípios não utilizam o mesmo sistema de incidência do tudo-ou-nada, já que possuem uma dimensão (que as regras não tem) que é de peso ou importância. Em caso de colisão de princípios, eles não determinam diretamente a decisão, mas um princípio ao qual foi atribuído maior peso se sobrepõe, sem que qualquer deles perca sua validade. *Alexy* (ALEXY. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. p. 85 e ss.), por seu turno, reafirma que a distinção entre regras e princípios são distinções que se operam entre duas espécies normativas, pois ambas estão sob o gênero norma. Para o autor alemão, a principal diferença entre eles é de cunho qualitativo, pois aponta que os princípios “são normas que ordenam que algo no ordenamento seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, constituindo-se, pois, em “mandados de otimização” que podem ser satisfeitos em maior ou menor grau, de acordo com as possibilidades de realização fáticas ou jurídicas. As regras, por seu turno, são normas que ou são satisfeitas (aplicadas) ou não satisfeitas (não aplicadas), pois se uma regra tem validade, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige, de modo que as regras constituem em “determinações” de condutas. *Alexy* distingue, ainda, a forma de solução entre colisão de princípios e conflitos de regras. No caso das regras conflitantes, resolve-se o impasse se uma das regras atuar como cláusula de exceção da outra, ou se uma das regras for declarada inválida de acordo com critérios temporais ou de especialidade. Já na colisão entre princípios, não se declara a invalidade de uma deles, embora se reconheça que um dos princípios tem que ceder, em razão da conclusão de que “um princípio tem precedência em face do outro sob determinadas condições”, condições essas que se referem ao caso concreto em análise. Desta forma, os princípios tem pesos diferentes apenas no plano concreto. No plano abstrato, os princípios tem igual peso ou importância. A relação de precedência de um princípio sobre outro opera, pois, para a solução do caso concreto, através da regra extraída da “lei da colisão”, que aquela que estabelece a precedência. *Alexy* apresenta, ainda, a conexão entre princípios e a máxima da proporcionalidade (ALEXY. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. p. 116-117), referindo que as máximas parciais da adequação, necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento propriamente dito) decorre da natureza dos princípios como normas com dimensão de peso e mandados de otimização. *Ávila* (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008. p 65 e ss), por sua vez, aponta que a dissociação abstrata das espécies normativas em regras e princípios visa facilitar o processo de interpretação e aplicação do Direito,

pretendem prever as situações fáticas futuras possíveis e dar-lhes a solução. Sabe-se que ainda na atualidade, a maior parte dos casos julgados são resolvidos pela subsunção, na forma preconizada pela escola clássica positivista.

Esses textos normativos gerais e abstratos, podem ter a estrutura de regras ou princípios, os quais, com maior ou menor densidade normativa, grau de prescrição da conduta a ser adotada e de um estado das coisas a ser atingidos, ao serem definidos previamente, possibilitam um certo grau de previsibilidade e segurança jurídica nas relações sociais, fatos e atos normatizados.

As previsões legais, contudo, não dão conta da totalidade dos casos fáticos e problemas jurídicos a serem solvidos pelo Poder Judiciário, havendo situações não previstas ou não suficientemente previstas, seja pela ausência de norma incidente ao caso, seja pela colidência de regras ou colisão de princípios. Em face destas situações, usualmente chamadas de *hard cases* – dentre outras – é que o modelo puramente positivista e os cânones tradicionais da interpretação jurídica, com sua lógica formal da subsunção, deu sinais de insuficiência como teoria da decisão jurídica.

Sabe-se que as reconfigurações do Estado Liberal e do Estado Social, com o surgimento do Estado Democrático de Direito; a consolidação das teorias neoconstitucionalistas, cujo processo desencadeou-se no segundo pós-guerra; a preocupação com a incorporação de princípios e valores à Constituição; o fortalecimento do papel dos Direitos fundamentais nas democracias modernas, com o aumento de sua justiciabilidade; a retomada da discussão acerca da relação entre Direito e Moral e o incremento da judicialização de questões sociais, transferiram a tensão anteriormente existente entre o Poder Executivo e o Poder Legislativa, para uma tensão entre esse e o Poder Judiciário.

aliviando e estruturando o ônus argumentativo do aplicador, defendendo uma dissociação heurística, que atua como 'hipótese provisória de trabalho", admitindo que um mesmo texto contenha mais de uma espécie normativa, de forma que "um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado). Para o autor (ÁVILA. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** p. 78-79), "as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos", ao passo que os princípios são "normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção", possuindo, assim, uma função diretiva, de eleição de fins a serem atendidos. Embora seu argumento não possa ser aprofundado nesse trabalho, é importante salientar que, ao contrário de Dworkin e Alexy, Ávila sustenta que todas as normas são ponderadas e em consequência, não há distinção nos critérios de solução das antinomias (validade e ponderação) como defendem os outros autores.

Todos esses fatores podem ser elencados como justificativas para o incremento da discussão acerca das decisões judiciais, especialmente acerca da fundamentação e aplicação do Direito, e o que há de comum em todas é que visam limitar ou tornar previsível o espaço de decisão do Juiz, buscando limitar sua discricionariedade.

No sistema judicial brasileiro, o procedimento aritmético de aferição da tomada de decisões nos órgãos colegiados, dos quais o Supremo Tribunal Federal se apresenta como o de maior relevância em face de sua função de guardião e intérprete último da Constituição Federal, compromete – em larga medida - a busca de uma racionalidade que lhe seja representativa ou coerência nas decisões judiciais, ao menos no que diz com o seu aspecto de uma instituição que constitui uma unidade (embora composta por uma coletividade de onze ministros).

Apesar disso, uma análise de tais teorias, bem como o trabalho doutrinário de investigação e crítica das decisões se faz necessário, como instrumento de sindicabilidade e controle do processo decisório, a fim de evitar a discricionariedade e o decisionismo.

1. TEORIAS DA DECISÃO JURÍDICA

O problema relativo à interpretação e aplicação das Leis e da Constituição, como dito acima, constitui-se num dos grandes temas da teoria do Direito contemporâneo.

O advento do Estado Social, e as Constituições Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, em especial essa última pelo seu acentuado caráter principiológico, produziram o debate acerca da força normativa da Constituição, a eficácia dos direitos nela previstos, e também, acerca do modelo de jurisdição constitucional que viria a ser adotado – de forma prevalente – no mundo ocidental, e a atribuição aos juízes do papel de dar efetividade às normas constitucionais, como guardiões da Constituição, situação que acresceu, sobremaneira, a necessidade de parâmetros para a interpretação e aplicação do Direito pelos juízes.

Nesse embate, destacam-se os posicionamentos de Carl Schmitt e Hans Kelsen.

Para Carl Schmitt³, a posição especial ocupada pelos juízes dentro de um Estado de Direito (com a garantia da imparcialidade, asseguradas com sua independência e a inamovibilidade, é de se acrescentar), estão assentadas no fato de que os juízes decidem fundados na lei, e que o conteúdo desta decisão é previamente mensurável e calculável, exatamente porque previsto na

³ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 56-57.

lei. Segundo Schmitt⁴ “em toda decisão, mesmo na de um tribunal que decide um processo subsumindo de maneira correspondente ao tipo, reside um elemento de pura decisão que não pode ser derivado do conteúdo da norma”, e que por ele é chamado de decisionismo, constituindo-se, em última análise, na eliminação autoritária de uma dúvida acerca da interpretação ou aplicação de direito, surgida em face de argumentações possíveis e eventualmente contraditórias, de forma que sempre há – na decisão judicial – uma escolha a ser feita, e que a decisão judicial tem a sua autoridade não pelo conteúdo da decisão, mas por emanar do órgão jurisdicional. Esse é um, dentre outros motivos, pelo qual Schmitt remete ao Presidente do *Reich* o papel de guardião da Constituição, por defender que na questão constitucional, o exercício da autoridade para eliminação da dúvida deve ser do Presidente do *Reich*, exatamente em face do cunho político das decisões a serem tomados.

Como referem Cadermatori e Duarte⁵, a legitimidade da decisão judicial, para Schmitt, assentava-se mais no “fato exclusivo de o órgão julgador ser normativamente competente para prolatá-la”, do que na própria norma aplicada, situação que não eliminava, contudo, a esfera de discricionariedade do juiz.

Para Kelsen a legitimidade da decisão judicial está na própria norma, pois sua teoria aponta para a inexistência de distinção qualitativa entre a atividade legislativa e a judicial, tratando-se, como explicitam Cadermatori e Duarte⁶ de uma diferença quantitativa, e que o juiz, ao aplicar a lei aos fatos, nada mais faz do que “legislar para o caso concreto”.

A tratar da aplicação das normas do ordenamento jurídico, Kelsen⁷ refere que sempre se está a tratar de uma relação de determinação entre um escalão superior a um inferior, da Constituição à lei, ou da lei à sentença, de caráter lógico formal, dedutivo e subsuntivo, vinculação essa que nunca é completa, pois sempre há uma “margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato”.

⁴ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 67.

⁵ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 11.

⁶ CADEMARTORI. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. p. 14.

⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 388.

Um certo grau de indeterminação do Direito lhe é inerente, de forma intencionalmente prevista pelo legislador ou não, como no caso de plurissignificação de palavra ou conjunto de palavras. De toda sorte, face à indeterminação abrem-se possibilidades diversas de aplicação do Direito, que se encontram dentro de uma moldura. Para Kelsen⁸, são conforme ao Direito todas as decisões que sem mantenham dentro deste quadro, sendo a interpretação o ato que fixa a moldura, e o “conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem”, e que pela sua pluralidade, não se pode falar em uma única decisão correta, já que a sentença seria “uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura geral da norma”.

A crítica mais veemente ao positivismo Kelseniano reside no fato de o seu autor enunciar a inexistência de critérios que possam definir a preferência por uma das possibilidades de decisão contidas na moldura do Direito, ou que possam defini-lá como correta, e não como resultado apenas possível, nas palavras do próprio autor. Em face deste entendimento, Kelsen⁹ define que a sentença, como ato de aplicação do direito, constitui-se em um ato de criação e um ato de vontade do julgador.

Por compreender que a Constituição fixa apenas os procedimentos de produção válida do direito infraconstitucional, ao qual incumbiria a definição e conformação do conteúdo material do direito, Kelsen defendia – na lição de Cademartori e Duarte¹⁰ que ao órgãos jurisdicional cabe a aplicar e interpretar autenticamente o direito substancial e formalmente adequado à Constituição, motivo pelo qual, em sua análise, às Cortes Constitucionais e à jurisdição constitucional é que cabe o exercer o papel de guardião da Constituição.

Assim, tanto Schmitt quanto Kelsen, no âmbito da legitimação da decisão jurídica, admitem haver certo grau de discricionariedade do juiz-aplicador, ainda que diverjam, como enunciam Cademartori e Duarte¹¹ quanto solução dada ao problema da legitimidade.

Para Herbert L.A. Hart, cujo pensamento representou um marco teórico na teoria positivista, não só no âmbito da Common Law, o direito não oferece todas as respostas e nos casos de lacunas e caso difíceis, cabe ao Juiz apresentar a resposta ao caso concreto, construindo a regra, no exercício de um poder discricionário. Hart¹², afirma que discutir o conceito do direito não

⁸ KELSEN. **Teoria pura do direito**. p. 390.

⁹ KELSEN. **Teoria pura do direito**. p. 393-394.

¹⁰ CADEMARTORI. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. p. 15.

¹¹ CADEMARTORI. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. p. 15.

¹² HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 310.

tem “qualquer pretensão de identificar o cerne ou a finalidade do direito e das práticas jurídicas”, não tendo o teórico a preocupação de justificar a uso da coerção, prevalecendo, no seu pensamento, que o conceito do Direito serve para atribuir segurança e fornecer orientações para a conduta humana. Contudo, Hart acaba reconhecendo que há sempre um grau de incerteza na aplicação do direito, pois afirma e reconhece a existência de uma textura aberta, pois “quando a questão é de saber se uma dada regra se aplica a um caso concreto, o direito é incapaz de determinar uma resposta em qualquer dos sentidos, e assim, vem a provar-se que é parcialmente indeterminado”, e por vezes incapaz de fornecer qualquer resposta. Isso leva a Hart definir-se como um positivista moderado, em oposição ao positivismo clássico, no qual se tem o direito como um sistema fechado e que contém em si todas as respostas. Os casos de incerteza são aqueles nos quais opera o poder discricionário criador do Direito, dos juízes e tribunais, na criação de regras para o caso concreto.

Esse poder discricionário, contudo, não significa arbitrariedade, pois mesmo no processo de criação do direito para a solução dos casos concretos, o juiz deve ter “razões gerais para justificar sua decisão”. Essa limitação ao juiz, contudo, não retira o caráter voluntarista do processo de decisão, pois para Hart¹³, o Juiz deve “agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com suas próprias crenças e valores”.

Em defesa de Kelsen e Hart (daquilo que são acusados, de que suas teorias supostamente conduzem ao voluntarismo e discricionariedade do julgador), deve-se apontar que nem a teoria pura do direito kelseniana, nem o conceito do direito hartiano – principais obras dos juristas em questão - foram desenvolvidos visando construir uma teoria da decisão judicial.

Na tentativa de oferecer critérios que reduzam a discricionariedade judicial na aplicação do direito, especialmente em face do neoconstitucionalismo e da valorização da democracia como fator de legitimação do direito, há várias outras teorias da decisão, as quais avançando dentro da semiótica, propõem modelos de decisão que não prescindem da pragmática, uma vez que o processo de aplicação do direito não se resume na definição sintática das palavras, tampouco nas suas possibilidades semânticas.

Cademartori e Duarte¹⁴, sobre a pragmática, referem que “os fatores intencionais dos usuários da linguagem provocam alterações nas relações de designação e denotação do

¹³ HART. **O conceito de direito**. p. 336.

¹⁴ CADEMARTORI. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. p. 20.

significado das palavras ou expressões”, de forma que a atribuição de seu sentido é aferível através da significação dada pelo contexto.

Friederich Müller é um dos autores que trataram de um novo paradigma do direito, no qual as decisões judiciais são tomadas no nível da pragmática, a partir de um contexto histórico específico no qual está inserido o caso concreto, permitindo ao intérprete extrair dele o sentido da norma a ser aplicada. Müller¹⁵ afirma que sua teoria estruturante é empírico-pragmática, e objetiva uma argumentação e uma decisão integral, que permita ser mentalmente refeita (e controlada) pelos juristas, que “tem natureza igualitária, com base e no quadro do direito vigente – e nisso sempre amparado nos fatos do caso individual e nos fatos/suportes fáticos genéricos do tipo do caso”.

O autor defende que sua teoria não se separa da realidade em que o direito é usado e que o orienta, e por isso – em oposição a Kelsen, que propôs uma teoria da (ciência) pura, Müller define sua teoria como impura, pois o caso jurídico é importante e cofundador da norma jurídica.

Opera-se a cisão entre texto e norma, cuja unidade era característica do positivismo, sendo que a norma passa a ser o produto da aplicação do direito pelo intérprete, construída no caso concreto, através dos cânones tradicionais da interpretação.¹⁶ Isso elimina a dicotomia positivista entre o “ser” e o “dever ser”, pois eles se colocam como elementos complementares, havendo conexão entre o “programa da norma” e o “âmbito da norma”.

A teoria se constitui a partir da análise de casos concretos, e neles se estrutura, permitindo – em face de sua explicitação, fundamentação – o controle da concretização do direito demais intérpretes. O processo de construção da norma é, pois, indutivo na teoria de Müller¹⁷, pois parte do “direito positivo, com suas estruturas e funções específicas, de seus problemas e experiências reais, de suas contradições”, a fim de elaborar, no próprio direito, conceitos mais abstratos. Conforme refere Silva¹⁸, na teoria de Müller, direito e realidade não são grandezas independentes,

¹⁵ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 13.

¹⁶ Os cânones tradicionais da interpretação de Savigny, que segundo Karl Larenz (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência e do direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 16) são chamados de “elementos da interpretação” : gramatical, lógico, histórico e o sistemático, rejeitando uma interpretação teleológico, pois para Savigny (apud LARENZ. **Metodologia da ciência e do direito**. p. 13) “o juiz deve atender não ao que o legislador busca atingir, mas só ao que na realidade preceituou. Cademartori e Duarte (CADEMARTORI. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. p. 24), ao tratar dos métodos tradicionais utilizados por Müller, referem o gramatical, o lógico-sistemático, o histórico e o teleológico.

¹⁷ MÜLLER. **O novo paradigma do direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes**. p. 237.

¹⁸ SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005. p. 143.

mas revelam dois momentos de concretização da eficácia, de forma que “partindo de um texto normativo o operador do direito regulamenta o caso concreto, através de uma norma-decisão, passando antes pela etapa intermediária da norma jurídica. A norma jurídica é, na verdade, da mesma essência da norma-decisão, encontrando-se esta apenas num estágio de agregação definitivamente individualizado em função de um caso particular e em vista de uma solução vinculante”. Essa construção da decisão conduziria a uma sindicabilidade das decisões judiciais, combatendo o decisionismo.

Outra teoria relevante em seu contributo para uma teoria da decisão é a Tópica, de Viehweg. Atienza¹⁹ refere que é uma reação ao uso da lógica formal como forma de raciocínio jurídico, sendo que a tópica se propõe a ser instrumento para aplicação do direito e análise do raciocínio jurídico. Viehweg assenta sua teoria em sua análise da jurisprudência, e naquilo que entende que ocorre no processo de tomada de decisão. É uma técnica de pensamento problemático, quando analisada a partir de seu objeto; tem como noção central a ideia de *topos* (*topoi*) ou lugar-comum, quando abordada do ponto de vista do instrumento com que opera; constituindo uma busca e exame de premissas, quando analisada do ponto de vista da atividade, sendo que sua ênfase recai no exame das premissas e não das conclusões. Conforme Atienza²⁰, a tópica é um procedimento de busca de premissas, as quais uma vez compartilhadas, têm presunção de plausibilidade como solução para um problema, transferindo o ônus argumentativo a quem as contesta. Intrínseca à noção de problema está a possibilidade de mais de uma resposta, sendo que a solução através da tópica propõe buscar uma única resposta que sirva como solução.

Castanheira Neves²¹ refere a *tópico-retórica* é um pensar dialético de problemas práticos, para solucionar controvérsias práticas que mobiliza as referências prático-culturais comungadas pelos membros esclarecidos e razoáveis de uma certa comunidade histórica e tidas também por eles como “critérios relevantes e adequados para problemas concretos desse tipo (os *topoi*, os *locii comuni*), em ordem a operar com esses critérios segundo uma argumentativa dialética *inveniendi* (*ars inveniendi*) situacionalmente pragmática em que participam os interessados no problema e com o objetivo de um *consensus* (*consensus-solução*) que essa dialética possibilite”. No processo de decisão, a instância de *controle* é o terceiro imparcial (juiz ou tribunal), que poderá

¹⁹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2006. p. 45.

²⁰ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2006. p. 49-50.

²¹ NEVES, A. Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 72.

e deverá ser instruído pela discussão e argumentos contrários das partes a fim de solucionar o caso.

Segundo Alexy²², a tópica pode ser entendida como uma técnica de busca de premissas, uma teoria sobre a natureza das premissas; e uma teoria do uso dessas premissas na fundamentação jurídica. Contudo, o jusfilósofo da argumentação aponta que os defeitos da tópica consistem na subestimação da importância da lei, da dogmática jurídica e do precedente, na insuficiente penetração na estrutura dos argumentos, assim como na insuficiente precisão do conceito de discussão, crítica na qual é secundado por Atienza²³, que conclui que a tópica “não proporciona uma resposta – nem sequer o começo de uma resposta – para a questão central da metodologia jurídica, que não é outra senão a da racionalidade da decisão”.

Ainda dentro das teorias que se vinculam ao giro linguístico, e se situam no contexto da pragmática, cresceram de importâncias as teorias que valorizam a faticidade e historicidade do direito, como a hermenêutica, bem como as que apregoam a necessidade de coerência e integridade, como a teoria de Dworkin.

Dworkin elabora uma crítica ao modelo positivista na forma em que defendido por Hart, pois discorda do poder discricionário que o modelo dá aos juízes para decidir casos difíceis ou em que as regras não são suficientemente claras, pois a aplicação da regra criada pelo juiz sempre será retroativamente. Para Dworkin, isso é inadequado, pois o direito já apresenta uma resposta certa, e mesmo nos casos difíceis, os juízes aplicam o direito extraído das decisões passadas, devendo utilizar argumentos extraídos de princípios²⁴, e não de políticas²⁵, a fim de manter a coerência do direito, aplicando da mesma forma um princípio jurídico que já foi aplicado para casos anteriores. São os princípios, pois, que fornecem a resposta correta já existente no direito.

Dworkin apresenta seu juiz Hércules, e o defende de acusações de solipsismo, pois refere que a “teoria da decisão judicial de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções

²² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 36.

²³ ATIENZA. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. p. 55.

²⁴ Para Dworkin (DWORKIN. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. p. 129), princípios são proposições normativas que descrevem direitos, e “os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”.

²⁵ “Argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”, conforme Dworkin (2010, p. 129), sendo que para ele, as políticas são proposições que revelam objetivos, e o direito como política se revela como um “compromisso entre os objetivos e finalidades individuais em busca do bem-estar da comunidade” (2010, p. 133).

políticas do conjunto da comunidade”, pois a teoria de Hércules consegue identificar uma concepção particular de moralidade comunitária, que serve de fator decisivo para os problemas jurídicos, qual seja, uma concepção de moralidade política.

A teoria do direito como integridade constitui uma limitação apontada por Dworkin²⁶ à atuação dos juízes, nas decisões que devem tomar, limitação essa que opera em várias dimensões, pois aponta que a decisão deve ser uma questão de princípio, e de política. Na dimensão vertical, a integridade exige que o juiz demonstre que sua decisão é compatível com a Constituição e com a interpretação que lhe é dada pela Corte Constitucional, e na dimensão horizontal impõe ao juiz que dê igual relevância ao um princípio no caso em julgamento quanto lhe havia atribuído nos outros casos já analisados.

Como refere Streck²⁷, o ataque de Dworkin ao positivismo se dá em face deste apostar na discricionariedade do intérprete, atribuindo a ele o poder de estabelecer os sentidos jurídicos da norma.

A defesa de uma teoria do direito como integridade feita por Dworkin, no sentido de que os casos são decididos com base em decisões passadas, bem como a exigência de coerência na aplicação de regras e princípios, no dizer de Streck²⁸ são o modo de “amarrar o intérprete, evitando discricionariedades, arbitrariedades e decisionismo”. Ainda com Streck²⁹, pode-se afirmar que a integridade tem uma relação direta com a consciência da história factual e a tradição, e isso se mostra especialmente na ideia dworkiniana do direito como um romance em cadeia (*as a novel*), com diversos capítulos que devem manter uma unidade e coerência.

No pensamento jurídico brasileiro, Streck propõe a construção de uma teoria da decisão judicial que se aproxima de alguns conceitos de Dworkin, mas de matriz filosófica declaradamente hermenêutica. Streck aduz a necessidade de afastar qualquer tipo de decisionismo, arbitrariedade, voluntarismo ou discricionariedade nas decisões judiciais. O juiz, como intérprete, deve atuar dentro do círculo hermenêutico e, a partir da pré-compreensão do direito, ao compreendê-lo contextualizado facticamente e tradicionalmente, o aplica ao caso concreto.

²⁶ DWORKIN. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. p. 204.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que isto – decido conforme minha consciência?** – 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 206.

²⁸ STRECK. **O que isto – decido conforme minha consciência?** p. 233.

²⁹ STRECK. **O que isto – decido conforme minha consciência?** p. 307.

Conforme Streck³⁰ “a hermenêutica proporciona a possibilidade de se encontrar sempre uma resposta de acordo com a Constituição, que será, assim, 'a resposta hermeneuticamente correta' para aquela caso, que exsurge da síntese hermenêutica da *applicatio*³¹. A resposta obtida deverá ser justificada, ou seja, por se tratar de exigência constitucional, já que os juízes devem fundamentar suas decisões, e fundamentação decorre da exigência de obtenção de consensos que se opera no âmbito da filosofia da linguagem³².

Com base nesses aportes filosóficos, Streck propõe uma teoria da decisão judicial que possibilite um controle rigoroso das decisões judiciais, reconhecendo que isso está intimamente ligado à principal discussão do constitucionalismo contemporâneo, qual seja, a questão da democracia, servindo o direito como seu garantidor. Assim, como as decisões judiciais são atos de poder, e como tal, devem estar legitimadas constitucionalmente para atenderem ao princípio democrático do direito. Sua teoria propõe cinco princípios, a serem atendidos pelas decisões judiciais: 1) preservação da autonomia do direito, em face da política, da economia e moral, no sentido de que as decisões jurídicas devem guardar consonância com os compromissos fundamentais que guarnecem a política de uma comunidade, e que são históricos; 2) controle hermenêutico da interpretação constitucional, a ser compreendido como uma limitação à discricionariedade, a exigir a obtenção da resposta constitucionalmente adequada respeitando a autonomia do direito, e o cumprimento do dever fundamental de justificação das decisões judiciais, não sendo possível ao intérprete dizer qualquer coisa acerca da Constituição e do direito; 3) efetivo respeito à integridade e à coerência do direito, sendo que para Streck, a integridade está ligada à democracia, de forma que os juízes devem construir seus argumentos de forma integrada com o restante do direito, revelando-se no respeito à tradição e na preservação da coerência³³; 4)

³⁰ STRECK. **O que isto – decido conforme minha consciência?** p. 317.

³¹ Segundo Streck (STRECK. **O que isto – decido conforme minha consciência?** p. 216, 225, 233) na hermenêutica filosófica (gadameriana) não há cisão entre interpretação e aplicação, ou seja, o interprete não divide sua atividade em compreensão, interpretação e aplicação, pois o ato de interpretar já é aplicar. O direito só pode ser analisado em relação com o caso, e por isso, o intérprete sempre atribui sentido, e o julgador decide porque encontrou o fundamento. Mas só podemos atribuir sentido e compreender porque o intérprete tem o seu 'modo de ser no mundo', ou seja, uma pré-compreensão do sentido daquilo que é o objeto da interpretação. Assim é que apenas uma pré-compreensão do que seja uma constituição poderá dar ao intérprete a condição de aplicá-la.

³² Streck (STRECK. **O que isto – decido conforme minha consciência?** p. 311) aponta que o sentido não está nas coisas, nem no intérprete, mas na intersubjetividade, e como decorrência dessa intersubjetividade, os sentidos arbitrários são vedados, de modo que é possível alcançar respostas constitucionalmente adequadas.

³³ Streck (STRECK. **O que isto – decido conforme minha consciência?** p. 337-8), a respeito da integridade e coerência, explicita ainda que “a) haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; b) mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição; c) supera-se, desse modo, o assim denominado princípio da proporcionalidade, que deixa de ser um

o dever fundamental de justificar as decisões, ou de como motivação não é igual a justificação; de forma que o juiz deve explicitar – no paradigma da hermenêutica constitucional – as condições pelas quais compreendeu (e aplicou) o direito; 5) direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada, que se liga ao dever de fundamentar, pois através dele, a decisão judicial deve preservar a força normativa da Constituição e o caráter deontológico dos princípios, concretizando-a através da *applicatio*.

Considerando que a atividade jurisdicional num Estado democrático implica o controle da racionalidade das decisões judiciais, como fator de legitimação, bem como a fim a possibilitar alguma forma de controle de tal poder de aplicar o direito, cresceram de importância, da mesma forma, as teorias da argumentação, que buscam explicar e evidenciar o processo de tomada racional de decisão, indicando o processo pelo qual o julgador efetua a busca da resposta adequada ao caso concreto, indicando, desde sempre, as razões sustentam a decisão judicial.

Das teorias da argumentação, a de maior alcance no Brasil, é a de Robert Alexy, sendo que o autor se opõe à tese de uma única resposta correta, pois entende haver múltiplas respostas no ordenamento jurídico, cabendo ao aplicador, num procedimento argumentativo, buscar a melhor resposta³⁴. O autor aponta que o processo de decisão implica que uma decisão acaba por ser tomada em detrimento de outras, e na base disso, está a enunciação da alternativa eleita como melhor em algum sentido, ou seja, como uma valoração ou juízo de valor. Para que hajam critérios racionais, ele se propõe a responder a perguntas como (1) onde e em que medida são necessárias valorações; (2) como atuam essas argumentações nos argumentos qualificados como especificadamente jurídicos e (3) se tais valorações são passíveis de fundamentação racional.

'superprincípio' pelo qual o intérprete, após uma ponderação que não dispensa um elevado grau de discricionariedade (...) adjudica os sentidos que mais lhe convier; d) no âmbito da hermenêutica (constitucional) aqui trabalhada, a exigência de proporcionalidade (ou razoabilidade) será o nome a ser dado à necessidade de coerência e integridade em qualquer decisão; e) a decisão (adequada constitucionalmente) não exsurgirá do balanceamento que o intérprete faz entre 'valores em colisão', mas, sim, da reconstrução do direito, com efetivo respeito à integridade e à coerência, com substancial redução do nível de discricionariedade do aplicador, cuja decisão não deve ser uma 'opção política por valores'(...); f) uma decisão possui efeitos colaterais. Uma decisão é – no dizer de Dworkin – como um romance em cadeia”.

³⁴ Discorrendo sobre a possibilidade de contradição nos argumentos de cada falante, num discurso ideal, situação onde entende não ser de excluir-se, *prima facie*, a possibilidade de que ambas as respostas (de cada falante) estejam corretas. Alexy (ALEXY. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. p. 306) argumenta que isso seria negado, caso se entendesse que para cada questão prática há uma única resposta correta, independente do procedimento para alcançá-la. Para o autor, “a suposição da existência, independente do procedimento, de uma única resposta correta para cada questão prática é uma tese ontológica que tem pouco a favor e muito contra si. A constatação de questões práticas se baseia (não só, mas essencialmente) em interpretações e em ponderações de interesses. Não se pode aceitar que, fundado nisso, seja possível apenas uma resposta para cada questão prática”. Apesar disso, reconhece que uma única resposta correta é uma finalidade desejada, por isso os participantes do discurso devem ter a pretensão de correção, sendo que a base da teoria do discurso é uma concepção procedimental de correção.

Para solucionar a questão da valoração, Alexy constata que as valorações necessárias em muitas decisões jurídicas são relevantes moralmente, e isso conduz a que o aplicador deve se orientar em um sentido juridicamente relevante de acordo com valorações moralmente corretas, motivo pelo qual, o Direito e sua aplicação tem ínsitos uma pretensão de correção.

Segundo o autor, o discurso jurídico é um caso especial³⁵ do discurso prático geral, de forma que é regido por regras do discurso, as quais não determinam o resultado da argumentação em todos os casos, mas excluem da classe dos enunciados normativos possíveis alguns (tidos como discursivamente impossíveis) e por isso, impõem os opostos a esses (como discursivamente necessários).

As regras do discurso definem um processo de decisão em que não está determinado o que se deve tomar como base da decisão e que nem todos os passos estão prescritos, mas constituem um procedimento que se propõe a conduzir o julgador a alcançar a melhor resposta possível.

Sobre a exigência de fundamentação, Alexy aponta que no discurso jurídico não é admissível que o falante afirme algo e depois se negue a fundamentar, sem indicar razões para isso. Ademais, quem argumenta algo, pretende que seu argumento seja aceito como correto. No Brasil – assim como na Alemanha, ordenamento sobre o qual Alexy constrói sua teoria – os juízes são constitucionalmente obrigados a fundamentar suas decisões, daí porque isso não é só uma regra do discurso jurídico, mas uma regra constitucional para a validade de uma decisão judicial. Para o autor³⁶, a falta de pretensão de correção de uma decisão, ainda que não lhe retire a validade, a tornará defeituosa de várias formas, inclusive moralmente.

Ao delinear os traços fundamentais de sua argumentação jurídica, Alexy³⁷ refere que a decisão judicial é um caso especial de justificação (ou fundamentação) das proposições normativas, pois deve observar dois aspectos da justificação: “na justificação interna verifica-se se

³⁵ Segundo Alexy (ALEXY. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.** p. 210) o traço distintivo é a vinculação da argumentação jurídica ao direito vigente. O autor distingue que nas discussões do Direito como ciência há maior amplitude de discurso. Contudo, no processo, por sua peculiaridades, há maiores limitações (a participação do réu não é voluntária, e o dever de veracidade é limitado), inclusive temporalmente, pois o tempo da discussão está limitado por regras processuais. Ademais, no processo, as partes se orientam por seus interesses, e não buscam (necessariamente) a sentença justa ou correta, mas a que lhe é mais vantajosa.

³⁶ ALEXY. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.** p. 213.

³⁷ ALEXY. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.** p. 219.

a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação; o objeto da justificação externa é a correção das premissas”.

Para a justificação interna, que adota o silogismo e tem por meta a verificação da adequação das premissas, Alexy enumera as seguintes regras: a) O silogismo (justificação interna) satisfaz a fundamentação mediante regras universais aplicáveis por conta do princípio da universalidade, que serve de base para o princípio da justiça formal; b) para a fundamentação de uma decisão jurídica, deve-se apresentar pelo menos uma norma universal; c) a decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições; d) mesmo uma cláusula de exceção deve valer universalmente (para todos os casos que nela se enquadrem)³⁸; e) nos casos mais complicados, a fundamentação necessita de uma série de premissas, que não podem ser deduzidas diretamente de nenhuma lei.

Já no processo de justificação externa da decisão jurídica, o autor refere que “é preciso entrar com profundidade tanto nas especificidades dos fatos como nas particularidades da norma”³⁹, depois de serem definidas, na justificação interna, quais são as premissas a serem justificadas externamente. É na justificação externa que se dá a fundamentação das premissas usadas no processo antecedente, de justificação interna. Para essa fase da justificação, Alexy⁴⁰ classifica o procedimento em regras e formas: de interpretação da lei⁴¹, da argumentação da

³⁸ Hipótese da isenção tributária, por exemplo.

³⁹ ALEXY. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.** p. 227.

⁴⁰ ALEXY. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.** p. 229.

⁴¹ Acerca dos cânones de interpretação, o autor descreve que podem ser agrupados da seguinte forma: interpretação semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica, que constituem classes argumentos de formas diferentes. Assim, pode-se falar em argumento semântico quando se justifica, se critica ou se afirma como possível, como referência ao uso da linguagem, uma interpretação de R' de R. Os argumentos semânticos podem ser usados para justificar, criticar, ou mostrar que uma interpretação é admissível ao menos semanticamente. Há um argumento genético quando se justifica uma interpretação de R' de R porque ela corresponde a uma vontade do legislador. Tanto pode haver um argumento genético quando se diz que a norma é o objeto direto da vontade do legislador, como quando se afirma que o legislador, com a norma R, perseguiu determinados fins, e a validade da norma está numa determinada interpretação, como necessária para a consecução dos fins. O argumento histórico ocorre quando se expõem fatos que se referem à história do problema jurídico discutido, como razões a favor ou contra uma interpretação. Pressupõe conhecimento histórico, sociológico e econômico, e também inclui uma premissa normativa que deve ser fundamentada. Nos argumentos comparativos, se toma como referência um estado de coisas jurídicas de outra sociedade. A expressão de argumento sistemático faz compreender tanto a referência à situação de uma norma no texto legal, como a referência à relação lógica ou teleológica de uma norma com outras normas, fins e princípios. A forma mais importante de argumentação sistemática é a indicação de uma contradição normativa. Do argumento teleológico, tem-se que é necessária a análise dos conceitos de fim e meio, assim como questões como vontade, intenção, necessidade prática. Alexy (ALEXY. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.** p. 238) destaca os argumentos teleológicos-objetivos e os define como aqueles em que quem argumenta se refere a fins racionais ou objetivamente prescritos no contexto do ordenamento jurídico. Com isso surge a questão de que fim se deve contemplar como racional ou

Ciência do Direito (dogmática), do uso dos precedentes, da argumentação prática geral, da argumentação empírica, e algumas formas especiais de argumentos jurídicos; citando as regras específicas de cada elemento de justificação externa.

Acerca do uso dos cânones da interpretação, Alexy reconhece que se uso pode gerar alguma insegurança, em face do fato de que a função específica de cada uma das diferentes formas (de interpretação) esclarece que argumentos de formas distintas podem levar, no contexto da discussão de um problema, a soluções completamente diferentes. Não obstante reconheça que a teoria do discurso não oferece a solução para a possibilidade de interpretações distintas (obtenção de mais de uma resposta), a vantagem da teoria do discurso é evidenciar de que maneira se deve usar as diferentes formas de argumentos, incluindo a consideração pela dimensão pragmática da fundamentação, aumentando a probabilidade (através do procedimento discursivo) de se chegar a uma conclusão correta, à melhor resposta, a ser obtida de forma racional.

A pretensão de correção que se conjuga com as regras do discurso⁴², notadamente o discurso jurídico, não aponta qual a melhor resposta, mas é o seu atendimento que indica como

como prescrito, ao que o autor responde dizendo que é o sujeito hipotético dos fins propostos no argumentos teleológicos-objetivos. O conceito normativo de fim é o de um estado de coisas prescrito ou fato prescrito. Pode acontecer de que uma norma ou conjunto de normas tenha atribuído não apenas um fim, mas um conjunto de fins que se excluam entre si, ou que só se possam realizar mediante sua limitação recíproca, a ensejar a aplicação de regras de preferência. Muitas vezes o estado de coisas prescrito é regido por princípios. A argumentação teleológica se torna, com isso, argumentação a partir de princípios. Para ele, o problema da argumentação a partir de princípios não consiste tanto na justificação dos princípios, mas especialmente no fato de a norma a ser fundamentada não se seguir em geral diretamente dos princípios. É necessária uma concreção dos princípios com a ajuda de novos enunciados normativos.

⁴² Alexy elenca as seguintes regras do discurso prático geral, algumas aplicáveis à argumentação jurídica: A - Regras fundamentais – a validade delas constituem condição de possibilidade de qualquer comunicação linguística em que se trate da verdade ou correção: a) nenhum falante pode contradizer-se; decorre das regras da lógica; b) todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita (essa regra assegura a sinceridade do falante); c) todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F a qualquer objeto igual a A, em todos os aspectos relevantes (assegura a coerência do falante e é uma formulação do princípio da universalidade de Hare); d) diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados. B – Regras da razão – são a justificação da asserção de enunciados normativos, quem enuncia algo pretende que o que diz é fundamental e correto: a) todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que tenha razões que justifiquem negar uma fundamentação (é a regra geral de fundamentação); b) quem pode falar, pode tomar parte no discurso (regula a liberdade de discussão). Subdivide-se em: todos podem problematizar qualquer asserção; todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades; c) a nenhum falante se pode impedir de exercer os direitos das regras anteriores, mediante coerção interna ou externa do discurso. Ditas regras proporcionam uma explicação da pretensão de verdade ou de correção. Para Alexy, a pretensão de justiça é um caso especial de uma pretensão de correção. C – As regras sobre a carga da argumentação: a) segundo Singer, o princípio da generalização exige que quem pretende tratar uma pessoa diferentemente de outra deve dar uma razão para isso; b) o princípio perelmaniano de inércia exige que uma opinião ou uma práxis que tenha sido aceita uma vez não pode ser abandonada sem uma razão; c) quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso; d) quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos; e) quem introduz no discurso uma

obter a melhor resposta, além de afastar – desde logo – as respostas incabíveis. Justamente em decorrência disso – da existência de múltiplas respostas sem que haja um critério de razoabilidade para a escolha da mais adequada – reside uma das maiores críticas feitas à sua teoria, pois não indica o critério para resolver, “entre as diversas soluções racionais, a mais razoável”⁴³, de forma que, ao fim e ao cabo, apontam alguns de seus críticos⁴⁴, sua teoria não elimina a discricionariedade do aplicador.

2. À GUIZA DE CONCLUSÃO: AS TEORIAS DA DECISÃO JUDICIAL E O SISTEMA DE JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Estado (Social⁴⁵) Democrático de Direito, assegurado pela Constituição Federal de 1988, deslocou o foco de tensão política para as relações entre o Poder Legislativo e Judiciário, em face do papel estruturante dos direitos (e princípios) fundamentais na esfera democrática, ampliando a justiciabilidade das pretensões passíveis de aferição judicial.

Não só essa questão da justiciabilidade aumentou o número de demandas levadas ao Poder Judiciário e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal, mas também as alterações que se operaram, no constitucionalismo brasileiro a partir de 1988, no que diz com o rol de legitimados e as formas de controle direto de constitucionalidade, merecendo especial destaque a Ação de

afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos e necessidades que não se apresentem como argumentos de uma manifestação anterior deve, se lhe for pedido, de fundamentar porque sua manifestação foi introduzida na discussão; D – As regras da fundamentação - As regras do discurso aumentam a racionalidade da decisão: a) quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso de o falante se encontrar na posição da outra pessoa; b) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos; c) toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral; d) as regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não resiste a tal comprovação se (i) originariamente se pudesse justificar racionalmente e que depois perca sua justificação; ou se (ii) originariamente não se pode justificar racionalmente, e não se podem apresentar também novas razões suficientes; e) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação história individual; f) devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados (por isso envolve conhecimento empírico).

⁴³ ATIENZA. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. p. 202.

⁴⁴ Streck (STRECK. **O que isto – decido conforme minha consciência?** p. 92), um dos maiores críticos à teoria de Robert Alexy, no Brasil, refere que “a teoria da argumentação não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo: a discricionariedade”, sendo esse o ponto, no seu sentir, de ligação entre a teoria alexyana ao protagonismo judicial em que a decisão é produto do juiz e de suas escolhas, não conseguindo, no compreender de Streck, superar a relação sujeito-objeto.

⁴⁵ Expressão utilizada por Ingo Sarlet (in: *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 11. ed.) ao apontar que o Estado brasileiro, embora não se defina expressamente como um Estado Social, assim pode ser considerado de forma implícita, em face dos direitos sociais que reconhece e assegura, bem como em face dos princípios e objetivos da República, dentre os quais se destacam a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, e a preservação social do valor do trabalho e a erradicação da pobreza.

Descumprimento de Preceito Fundamental. Com efeito, além de alguns recursos extraordinários com repercussão geral, é sem sede de controle concentrado, notadamente nas ADI's e particularmente em algumas ADPF's é que a Corte Constitucional tem enfrentando questões polêmicas e paradigmáticas, muitas das quais constituem verdadeiros *hard cases*, como a pesquisa com células tronco embrionárias⁴⁶, a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos⁴⁷, o reconhecimento da possibilidade de união homoafetiva estável (e também o casamento, por consequência)⁴⁸, a liberação da marcha da maconha⁴⁹, para citar algumas das mais significativas decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos.

As concepções adotadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal sinalizam – a partir da análise dos julgados acima mencionados – a adoção de posturas pós-positivistas, em especial no que diz com a adoção de espécies normativas como regras e princípios constitucionais, sendo estes últimos utilizados tanto para solução dos casos concretos a partir da ponderação e da proporcionalidade, como também são utilizados como razões argumentativas em benefício (ou não) da constitucionalidade de normas infraconstitucionais.

Todavia, o modelo de aferição do julgamento (soma dos votos individuais dos Ministros) dificulta a análise acerca da adoção de uma ou outra teoria da decisão por parte do Supremo Tribunal Federal como colegiado⁵⁰; bem como, dificulta o controle das decisões judiciais, dada a diversidade de razões e argumentos deduzidos, cujo cômputo ocorre de maneira matemática, apenas.

Com efeito, as mais diversas razões (por vezes contraditórias entre si) podem ser computadas para que um caso seja julgado num determinado sentido. Esse somatório de decisões dificulta que se encontre a *ratio decidendi*, ou que se construa um arrazoado efetivamente coletivo da decisão tomada, que preservar a coerência interna do julgado e da história institucional da Corte.

⁴⁶ ADI 3310.

⁴⁷ ADPF 54.

⁴⁸ ADPF 132.

⁴⁹ ADPF 187.

⁵⁰ Há um juízo de prelibação para aferição dos casos a serem julgados pela Suprema Corte norte-americana. Se entre os juízes aceitantes do caso estiver presidente, ele designa o relator. Caso contrário, o juiz mais antigo escolhe o relator. Do julgamento do mérito, em regra sai apenas o acórdão da decisão da Corte, sem individualizar posições. O juiz relator escolhido o redige, sintetizando e conciliando a posição e razões dos demais juízes, cujo voto também foi vencedor. Do lado vencido, há possibilidade de publicação da posição divergente, coletiva ou individualmente.

Nesse sentido, pode-se falar que há um desafio ao Supremo Tribunal Federal como último órgão decisório do Poder Judiciário, de ostentar uma produção que efetivamente seja capaz de manter um certo grau de coerência e integridade decisória, além de unidade de argumentos que – se considerado como uma unidade julgadora, ou seja, um única falante – não viole a regra argumentativa da não contradição no discurso.

Não obstante, a doutrina crítica se esforça na busca de uma racionalidade decisória do Supremo Tribunal Federal, que seja distinta da racionalidade dos seus membros, a fim de aferir legitimidade à Corte Constitucional, no exercício preferencial (como última palavra) da jurisdição constitucional.

Independente da teoria que se possa vislumbrar nos votos dos Ministros ou na decisão colegiada, o mais importante é a efetiva exposição dos argumentos e da demonstração da racionalidade das decisões.

Enquanto perdurar o modelo aritmético de tomada de decisões pelo Supremo Tribunal Federal, a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal à luz das teorias da decisão jurídica, ainda que não possam materializar a decisão jurídica a ser adotada no caso concreto, devem apontar um caminho possível para encontrar, pelo menos, a melhor resposta adequada (ou correta); cuja adequação, no ordenamento jurídico brasileiro e em sede de jurisdição constitucional, é aferida a partir de sua conformidade com a Constituição Federal, verdadeiro vetor axiológico da racionalidade jurídica.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. (3ª reimp.), São Paulo: Malheiros, 2014.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: MFW Martins Fontes, 2010.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência e do direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, A. Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação Constitucional**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **O que isto – decido conforme minha consciência? –** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ANÁLISE DA INTERPRETAÇÃO HERMENÊUTICA UTILIZADA PELO STF NA ADC 19 E NA ADI 4.424, ACERCA DA LEI MARIA DA PENHA

Carolinne Nhoato dos Santos¹

INTRODUÇÃO

Em 07 de agosto de 2006 foi promulgada a Lei 11.340, chamada de Lei Maria da Penha, que entrou em vigor 45 dias após sua publicação, a qual visou criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, em consonância com o artigo 226, § 8º, da Constituição Federal, bem como da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, à época, sendo considerada um grande avanço em relação à igualdade de gênero.

Porém, alguns pontos da lei tornaram-se controversos diante da dissonância das decisões que começaram a ser proferidas nos juízos brasileiros, em relação a interpretação dos artigos 12, inciso I, 16 e 41, sobre os quais foi interposta Ação Direita de Inconstitucionalidade de nº 4424², a qual foi requerida pelo Procurador-Geral da República, tendo como interessados o Presidente da República e o Congresso Nacional, em 04/06/2010, com decisão proferida pelo Tribunal Pleno em 09/02/2012, transitada em julgado em 13/08/2014.

Também, proposta a Ação Direita de Constitucionalidade de nº 19³, versando sobre os artigos 1º, 33 e 41 da Lei, ajuizada em 19/12/2007, pelo Presidente da República, tendo como *Amicus Curiae* o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Themis – Assessoria Jurídica e Estudo de Gênero, Instituto Antígona e o Instituto Brasileiro de Direito da Família- IBDFAM, com decisão proferida pelo Tribunal Pleno em 09/02/2012, transitada em julgado em 08/05/2014.

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – Rio Grande do Sul – Brasil. Bolsista do Prosup/Capes. Email: carolinnenhoato@gmail.com

² Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3897992>. Acesso em: 29 ago 2014

³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2584650>. Acesso em: 29 ago 2014

A importância da análise das duas decisões resulta do trabalho pela busca da igualdade de gêneros, da proteção da mulher, bem como de busca no *site* do Supremo Tribunal Federal, no qual ainda se vislumbram diversas Medidas Cautelares nas Reclamações e Recursos Extraordinários, os quais versam sobre o descumprimento das decisões proferidas na ADI e ADC supramencionadas, sendo determinada a adequação com as referidas decisões, desde que preferidas pelo Tribunal Pleno.

Ainda, se percebe toda as nuances interpretativas, partindo do processo histórico de submissão da mulher até a interpretação hermenêutica do texto constitucional, a fim da concretização dos direitos humanos.

1. A AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DE Nº 19

A ADC19 foi ajuizada pelo Presidente da República, representado pelo Advogado-Geral da União, tendo como objeto os artigos 1º, 33 e 41, da Lei 11.340/2006, com objetivo de que fosse declarada a constitucionalidade dos referidos, que dispõem:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar

[...]

Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput.

[...]

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.⁴

⁴ BRASIL. Lei, nº 11.740, 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm Acesso em: 29 ago 2014.

A justificativa para ADC 19 foi de que alguns juízos e Tribunais estavam afastando a aplicação da Lei Maria da Penha, alegando inconstitucionalidade desta pela afronta ao princípio da igualdade (CF, art. 5º, I⁵), a competência aos Estados de fixar a organização do judiciário local (CF, art. 125, § 1º, c/c art. 96, II, 'd'⁶) e a competência dos Juizados Especiais (CF, art. 98, I⁷).

Na petição inicial, demonstra-se a conformidade da Lei com os Tratados Internacionais firmados na Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, promulgada pelo Decreto 1.973/96, na qual o Brasil comprometeu-se em “incorporar a sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher”, ainda, em 2002, foi promulgada a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, de 1979, que recomendava assegurar, através de lei ou outros meios apropriados, a igualdade entre homem e mulher, bem como adotar as medidas adequadas legislativas, com as sanções cabíveis que proibisse, a discriminação contra a mulher.

Portanto estando a Lei em conformidade com as diretrizes internacionais que foram adotadas.

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

⁶ Art. 96. Compete privativamente:

[...]

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

[...]

d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

[...]

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

⁷ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau

Ainda, sobre os três pontos em que alegava-se a inconstitucionalidade, foi demonstrado os motivos que levam a constitucionalidade de tais, bem como foi requerida medida cautelar, a fim de suspenderem todos os julgamentos de processos referentes a Lei Maria da Penha.

O julgamento foi realizado no dia 09/02/2012, sendo proferida decisão pela constitucionalidade dos referidos artigos 1º, 33 e 41, da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, nos termos do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, alegando-se, inicialmente, que constitucional o art. 1º, uma vez que cumpre com o previsto no art. 226, § 8º, da CF, a fim de frear a violência contra a mulher, uma vez que em situação mais vulnerável do que o homem, bem como vislumbrado no processo histórico a sujeição afetiva, bem como a discriminação, decorrente de fatos culturais e sociais da diferença de força física entre os gêneros. Ainda, foi destacada a obediência aos tratados internacionais e a irradiação dos direitos fundamentais, a partir do princípio da proibição da proteção insuficiente dos direitos fundamentais, exaltando a proteção especial que merece a família e seus integrantes.

Em relação ao art. 33, da Lei em exame, foi explicado que visava-se a faculdade da criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, não afrontando os artigos 96, I, 'a', e 124, § 1º, da CF, bem como é de competência da União disciplinar sobre o direito processual, uma vez que não foram criados juizados, mas sim apenas facultada a criação, a fim de conferir tratamento uniforme, especializado e célere, sobre a matéria.

Já, em relação ao art. 41, o relator, ressalta a necessidade de tratar os desiguais, desigualmente, pois o objetivo de afastar a Lei 9.099/95 da aplicação em crimes relacionados a Maria da Penha, advém da histórica hipossuficiência feminina, bem como a simples aplicação dos benefícios decorrentes da referida Lei, não tornariam a presente eficaz, cabendo ao legislador determinar o alcance da Lei.

Os demais votos, acompanham o exposto pelo Relator, também remetendo-se a Constituição, bem como os motivos históricos e a necessidade da existência da referida lei.

2. DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.424

A ADI 4.424 foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República, pelo interesse do Presidente da República, com intuito de que seja dada interpretação aos artigos 12, I, 16 e 41, da Lei 11340/2006, Lei Maria da Penha, a fim de declarar a inaplicabilidade da Lei 9.099/95, bem como

em qualquer caso de lesão corporal conforme previsto naquela lei, seja ação penal pública incondicionada, os quais dispõe:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;
[...]

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

[...]

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995⁸.

Ainda, aduz a ineficiência da Lei 9.099/95 nos casos de violência doméstica, bem como o advento da lei em exame após a publicação do Informe 54/2001, no qual a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, consignou a violação dos direitos humanos e da erradicação da violência contra mulher, decorrente da denúncia feita por Maria da Penha Maia Fernandes.

A decisão do Tribunal, ocorreu na mesma data da ADC 19, inicialmente o mesmo Relator, sobre o art. 12, refletiu a cerca do número alarmante de até 90% de renúncias de representação por parte das mulheres, após o registro de ocorrência. Também, comentou o informe 54/2001, o qual deu origem a Lei Maria da Penha, a fim de erradicar a notória discriminação da mulher e proceder à dignidade da pessoa humana, bem como a perfectibilização do art. 226, § 8º, da CF.

Para isso, levando em conta a interpretação constitucional, bem como a hipossuficiência da mulher, principalmente nos crimes de lesão corporal, foi julgada, após acalorado debate, a interpretação conforme ao art. 41 da Lei 10.340/2006, sem redução do texto, a fim de fixar o sentido de que aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099/95, inclusive o disposto no seu art. 88, e que, por consequência o crime de lesões corporais leves, quando praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher, processa-se mediante ação penal pública incondicionada, bem como a representação a que se referem os arts. 12, I, e 16 da Lei Maria da

⁸ BRASIL. Lei, nº 11.340. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm
Acesso em: 29 ago 2014.

Penha diz respeito a crimes em que esse requisito encontra previsão em ato normativo que não seja na Lei 9.099/95.

3. DA INTERPRETAÇÃO HERMENÊUTICA NA DECISÃO

Conforme verificamos os Ministros manifestaram seu voto, mas na decisão, é presente o uso do modelo hermenêutico de interpretação na decisão judicial, uma vez que na ADI 19, ao decidir sobre a constitucionalidade do art. 41, afirma que a interpretação não pode ser apenas gramatical, verbal, mas devendo buscar o objetivo da norma, ainda no voto da Ministra Rosa Weber, além de recorrer aos motivos históricos da instituição da lei em análise, destaca a concretização dos direitos fundamentais como um desafio hermenêutico nas democracias constitucionais modernas. Por sua vez, no voto da Ministra Carmem Lúcia é aparente a pré-compreensão, ou pré-juízos, existentes em relação ao assunto, expondo-os.

Assim como na ADC 19, a ADI 4.424, foi da análise da pretensão do legislador ao escrever o texto da Lei Maria da Penha, passando pelas questões históricas da situação da mulher na sociedade, ainda usando da interdisciplinaridade com a psicologia, em razão dos motivos da renúncia da agressão, do vínculo com o agressor, por fim, com ápice na interpretação constitucional, visando a concretude dos direitos humanos.

Assim, visualizado vários passos da interpretação hermenêutica, a qual será, mesmo que brevemente, explicada a seguir.

4. O INÍCIO DA INTERPRETAÇÃO HERMENÊUTICA: DA INTERPRETAÇÃO BÍBLICA AOS TEXTOS JURÍDICOS

Historicamente, conforme Ferreira⁹, a hermenêutica contemporânea resultou de três modelos de interpretação, desde a Grécia Antiga, procuravam esclarecer o sentido de diferentes espécies de textos, quais sejam, a análise da linguagem e do texto literário, a exegese da literatura bíblica e a interpretação das leis.

⁹ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de Gadamer e Dworkin**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 21-27

A origem da palavra hermenêutica tem referência a *Hermes*, Camargo¹⁰ explica que na mitologia grega, era o enviado divino que levava as mensagens dos deuses aos homens, ou seja, trazia algo desconhecido e ininteligível para a linguagem humana. Ainda, o verbo *hermeneuein*, é traduzido como interpretar, e seu substantivo *hermeneia* em interpretação. Assim, a hermenêutica mediava o dizer, explicar e traduzir.

Foi com Aristóteles que iniciaram as primeiras regras hermenêuticas, pois este primava pela interpretação do texto com um exame formal de sua estrutura, bem como do estilo da obra. “Logo, o ato de interpretar deveria levar em consideração a composição da obra, compreendendo as partes a partir do todo; e o todo a partir das partes que o constituem, assemelhando-se com o que é denominado de círculo hermenêutico no século XIX”¹¹.

Por sua vez, em Roma, a hermenêutica desenvolveu-se da prática jurídica, pois os pretores e jurisconsultos diziam o direito de cada caso concreto, sem pretensão de generalidade, mas se as decisões se consolidassem ao longo do tempo, poderiam tornarem-se máximas obrigatórias¹²

Outra fonte de origem da hermenêutica foi da técnica filológica, ou seja, uma técnica de leitura para compreensão das obras religiosas da antiguidade, principalmente praticada pelo povo judeu, bem como dos cristãos do Novo Testamento, a fim de, com regras rigorosas, determinar a explicação da Palavra de Deus¹³, o que foi retomado na Reforma Protestante.¹⁴

Já na Idade Média, ainda na cultura teológica, inicialmente se prendem a interpretação gramatical e lógico-sistemática, mas logo, sobressaíram-se as escolas de Alexandria e Antíquia, respectivamente, a primeira com o propósito de conciliar a mensagem cristã com a filosofia grega, a partir do sentido alegórico, indo além do sentido aparente das palavras, necessidade advinda da interpretação de textos em outras línguas, enquanto a outra ateve-se ao sentido literal dos textos, fazendo clara a diferença entre a escritura alegórica e a interpretação alegórica desta. O autor

¹⁰ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24.

¹¹ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica**: uma leitura de Gadamer e Dworkin. 2004, p. 22.

¹² CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 2001, p. 25.

¹³ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica**: uma leitura de Gadamer e Dworkin. 2004, p. 23.

¹⁴ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 2001, p. 25.

ainda destaca que a hermenêutica da Idade Média com essa orientação eclesiástica, procurava os sentidos: literal, moral, alegórico (espiritual) e escatológico¹⁵.

Dentro desta perspectiva dois interpretes destacam-se, Santo Agostinho, no século IV, que primava pela conformidade estrutural do texto, com relevo histórico e coerência interna da Escritura, bem como Santo Tomás de Aquino, já com pensamento aristotélico, por sua vez, a Igreja Católica Romana determinou como critério a compreensão dos textos pela autoridade eclesiástica e da tradição, isso, no século XVI, acaba por ensejar a contrariedade dos teólogos protestantes, que pregavam que somente a Escritura pode interpretar-se por si mesma, de forma transparente, clara e autossuficiente, entendendo que a interpretação não é uníssona e dogmática¹⁶.

Esta mudança de visão em relação à interpretação, faz com que na Idade Moderna, a partir da Renascença, com a recuperação da literatura clássica grega e latina, possibilitando o estudo filológico nas universidades, a interpretação passasse a ser feita pelo sentido das palavras, sendo complementado pelos fatos históricos que condicionaram os acontecimentos aos quais os textos referiam-se, considerando os costumes e as crenças que os acompanhavam¹⁷.

Neste diapasão, os iluministas, com a intenção de viabilizar e sistematizar todo o conhecimento humano, introduziram na interpretação a lógica do discurso, princípios gerais e conceitos uniformes, que possibilitaram a criação de uma teoria geral da hermenêutica¹⁸.

Ainda, como fonte da hermenêutica contemporânea, há os estudos sistemáticos desenvolvidos nos séculos XI e XII pelos glosadores, da Universidade de Bolonha, na redescoberta dos antigos textos do direito romano, o *Corpus Iuris Civilis*, buscando adequá-los à época, caracterizando-os pela glosa gramatical, retórica e dialética, buscando sua harmonia, diante da ausência de ajustes entre os textos, ensejando discussões científicas, que os conduziu “a convicção

¹⁵ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de Gadamer e Dworkin.** 2004, p. 23-24.

¹⁶ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de Gadamer e Dworkin.** 2004, p. 24.

¹⁷ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de Gadamer e Dworkin.** 2004, p. 25.

¹⁸ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de Gadamer e Dworkin.** 2004, p. 25.

de toda uma *ratio* sobre o conjunto da tradição, conduziu a investigação hermenêutica à procura do sentido global de todo o texto, para apresentá-lo em cadeias silogísticas”¹⁹.

Destaca-se o *Decretum*, escrito por Graciano, o qual reuniu os vários decretos provenientes da Igreja, formulando casos, nos quais formulava problemas hipotéticos, solucionando-os com base nas ideias pessoais, nas da autoridade da Igreja e no direito romano, o que durante muitos anos foi usado para interpretar e aplicar a lei medieval²⁰.

Também, no final da Idade Média, foi proposto por Constantius Rogerius, na obra *Singularis Tractatus de Iuris Interpretatione*, quatro formas de interpretação jurídica, a corretiva, a extensiva, a restritiva e a declaratória, o que foi empregado por um longo tempo, vindo a ser substituída no século XIX, por Savigny, ao propor o modelo histórico para interpretação do direito²¹.

Portanto, a evolução da interpretação jurídica está ligada ao aperfeiçoamento da interpretação filológica, com a vinculação de conceitos e ideias, mas foi somente com Friederich Danill Ernst Schleiermacher, na obra *Hermenêutica e Crítica*, datada de 1838, que a investigação sobre o discurso humano foi sistematizada, alargando-se o campo de estudo que era restrito aos textos bíblicos e clássicos, estendendo-o ao âmbito da expressão humana e tornando-o o centro da reflexão e própria compreensão²².

5. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO

Diante desta guinada de interpretação teológica para a busca da racionalidade, segundo Camargo²³, a hermenêutica mostra-se quando Nietzsche anuncia a morte do deus da metafísica, a morte de Deus para a modernidade, a busca da verdade persuasiva e responsável, ou seja, uma interpretação que pretende validade até que se apresente outra interpretação que a desminta.

¹⁹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 2001, p. 27.

²⁰ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica**: uma leitura de Gadamer e Dworkin. 2004, p. 26.

²¹ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica**: uma leitura de Gadamer e Dworkin. 2004, p. 27.

²² FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica**: uma leitura de Gadamer e Dworkin. 2004, p. 27.

²³ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 2001, p. 23.

Apesar de toda a evolução histórica, que já foi apresentada, Camargo²⁴ destaca Scheleiermacher, Dilthey, Heidegger e Gadamer, pois é apenas com a fenomenologia desenvolvida por Husserl e Heidegger, que a hermenêutica passa a ser vista como compreensão, revelando-se na consciência do próprio ser.

Conforme a autora, o eixo da teoria do conhecimento em Scheleiermacher passa a ser a ideia de razão humana em substituição da ideia central de Deus, bem como a hermenêutica de simples técnica de compreensão a compreensão em geral da estrutura da interpretação, compreendendo o todo para poder compreender a parte e o elemento. Assim, Scheleiermacher é o primeiro a teorizar o círculo hermenêutico, no qual se encontram tanto os questionamentos da totalidade do objeto submetido à interpretação, como da sua totalidade maior, a qual pertence o sujeito e objeto, mas este se deteve mais na primeira questão, indo além das questões gramaticais, comportando a esta a técnica objetiva, que busca “o que o autor pretendia dizer quando da produção da obra”, usando o método histórico-crítico²⁵.

Já, Dilthey difundiu a ideia do círculo hermenêutico, como forma de constituir a estrutura necessária à construção de uma teoria geral do conhecimento humano. Ele propôs que a técnica auxiliar do estudo da história da literatura ou das ciências do espírito em geral, passasse a ser considerada como o método que possibilitava a validade universal da interpretação histórica. Nele a hermenêutica assumiu o caráter de método de conhecimento, segundo o qual o texto a ser interpretado é a própria realidade humana no seu devir histórico, propondo a divisão da ciência em ciências da natureza e ciências do espírito²⁶.

Nesta divisão, a ciências da natureza constitui-se nos fatos externos ao homem, valendo-se da explicação, a qual significa descrever as relações necessárias de causa e efeito entre os fatos que existem na realidade. Já a ciências do espírito estudam o mundo das relações entre os indivíduos, neste mundo o homem tem consciência imediata, utilizando o ato cognitivo próprio de compreensão, a qual consiste na busca de sentido que o homem confere às coisas. Assim, “o

²⁴ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 2001, p. 29.

²⁵ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica**: uma leitura de Gadamer e Dworkin. 2004, p. 29-30

²⁶ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica**: uma leitura de Gadamer e Dworkin. 2004, p. 32.

mundo natural está sujeito à explicação, e o mundo humano à compreensão”, a experiência humana, das ciências do espírito, deve ser integrada ao entender, que é reviver e reproduzir²⁷.

Heidegger, por sua vez, afasta-se da análise epistemológica de Schleiermacher e Dilthey. Neste a compreensão consiste no movimento básico da existência, à medida que compreender não significa um comportamento do pensamento humano entre outros que se possa disciplinar metodologicamente, conforme um método científico, é um movimento básico da existência humana, é a forma originária de realização do ser-no-mundo²⁸. É a partir de Heidegger que a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica²⁹

A questão em Heidegger não está ligada ao reencontro do outro, mas ao *Dasein* no mundo, constituindo a apreensão e elucidação da diferenciação sujeito e objeto, ou seja, do ser-no-mundo, uma hermenêutica voltada para o mundo do eu. Assim, sendo, filosófica e não científica, ontológica e não epistemológica, existencial e não metodológica, tendo seu eixo na pré-estrutura de compreensão, possibilitando que o ser autocompreenda-se e auto revele-se, na qual as coisas possuem um sentido anterior, para que possam ser qualificadas, visto que *Dasein* já dispõe de um repertório linguístico, fazendo do mundo o projeto das ações e dos possíveis comportamentos do homem, o *poder-ser*, e é deste desdobrar de possibilidades que a interpretação se funda na compreensão³⁰.

Logo, Gadamer prosseguindo a proposta de Heidegger, resgata o historicismo de Dilthey, trazendo a hermenêutica para o campo da *práxis*, entendendo que o *estar aí* (*Dasein*) é compreender, mas não se realizando onticamente, mas historicamente, isto é, participam do modelo de ser da historicidade, significando que o ser determina-se no horizonte do tempo³¹.

A concepção hermenêutica de Gadamer tem como cerne a ideia de pré-compreensão, juntamente da tradição, que fora desprezada pelos iluministas ao elegerem a razão como o único

²⁷ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica**: uma leitura de Gadamer e Dworkin. 2004, 32-33.

²⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 2001, p. 30.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 196.

³⁰ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica**: uma leitura de Gadamer e Dworkin. 2004, p. 35-37.

³¹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 2001, p. 30-31.

meio de acesso à verdade. Ele entendeu que a hermenêutica não está adstrita a métodos que propiciam a interpretação correta, mas sim direciona a reflexão do próprio acontecer da compreensão, mostrando as condições sobre as quais se compreende³².

Ao utilizar a tradição, como base do passado, não quer dizer que assume uma postura conservadora, mas sim pretendeu desmitificar o passado, ao procurar distinguir os pré-conceitos falsos dos verdadeiros, assim, a compreensão/interpretação, processa-se em tudo que é transmitido pela história, exigindo uma postura de reflexão e mediação, de forma a esclarecer o verdadeiro significado das coisas, estando o verdadeiro ponto de referência não na subjetividade do autor, nem na do interprete, mas na própria significação histórica³³.

Esta compreensão/interpretação do texto ocorre por meio da interação, do diálogo estabelecido entre o interprete e o texto, em um contexto. Nesse diapasão, o texto suscita e sugere perguntas, o intérprete as realiza, o texto lhe responde, em uma sucessiva circularidade que irá desdobrar o texto em suas camadas ou estruturas³⁴.

Streck explica que os pressupostos heideggerianos são fundamentais para o projeto hermenêutico de Gadamer, partindo da premissa de que a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, a linguagem é totalidade na qual o Dasein se localiza e age, sendo isso possível pela interpretação, residindo nisso a pretensão da universalidade da hermenêutica de Gadamer³⁵. Ainda, complementa

Dizendo de outro modo: estamos mergulhados em um mundo que somente aparece (como mundo) na e pela linguagem. Algo só é algo se podemos dizer que é algo. Esse poder-dizer é linguisticamente mediado, porque nossa capacidade de agir e de dizer-o-mundo é limitada e capitaneada pela linguagem. Como diz Heidegger, todo o processo de compreensão do ser é limitado por uma história do ser que limita a compreensão. Gadamer, assim, eleva a linguagem ao mais alto patamar, *em uma ontologia hermenêutica, entendendo, a partir disto, que é a linguagem que determina a compreensão e o próprio objeto hermenêutico*. O existir já é um ato de compreender e um interpretar.

³² FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica**: uma leitura de Gadamer e Dworkin. 2004, p. 40.

³³ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica**: uma leitura de Gadamer e Dworkin. 2004, p. 41.

³⁴ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica**: uma leitura de Gadamer e Dworkin. 2004, p. 41-42.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2009, p. 205 e 208-209.

Em decorrência, Gadamer vai dizer que a interpretação trabalha sempre com conceitos prévios, cuja tendência é a de ser substituídos progressivamente por outros mais adequados³⁶.

Como vimos, Heidegger tem sua obra aprimorada e ampliada por Gadamer, bem como a compreensão dos textos pelo círculo hermenêutico vem sendo desenvolvida desde Schleiermacher ganhando profundidade e complexidade em Gadamer, ainda sendo importante melhor compreendê-lo.

Para Camargo, o direito no momento de sua criação, pelo legislador ou por ato decisório do juiz, aplica-se a necessidade prática de todos aqueles que, direta ou indiretamente, se encontram envolvidos na tarefa de interpretar a lei, o que faz com que ele deva ser compreendido, não estando seu significado independente da vontade humana, pois tudo que é realizado pelo homem possui um significado cuja busca depende de um esforço hermenêutico³⁷.

Portanto, a compreensão serve de base à interpretação, mas também, quando a usamos como fundamento para a compreensão total dos fenômenos, temos que falar em pré-compreensão³⁸.

Para Gadamer, o movimento de compreensão discorre “de todo para a parte e novamente ao todo”. Diante disso, a tarefa vai ampliando-se em círculos concêntricos, sendo a confluência de todos os detalhes no todo alcançando a correta compreensão, se falta confluência significa o fracasso da compreensão³⁹. O mesmo explica que

[...] o sentido interno do círculo entre o todo e a parte, que está na base de toda a compreensão, deve ser completado com uma determinação ulterior que eu denominaria ‘antecipação da completude’. Refiro-me a um pressuposto que orienta toda compreensão. De acordo com este pressuposto, só é compressível o que realmente constitui uma unidade de sentido acabada. Quando lemos um texto pressupomos a sua completude. Se este pressuposto não for verificável, isto é, se o texto não for compressível, questionamo-lo e duvidamos, por exemplo, da transmissão e tentamos remediá-la. As regras que seguimos em tais reflexões de crítica textual podem ficar à parte, já que é também importante aqui que a legitimação de seu uso não pode ser desligada da compreensão do conteúdo textual⁴⁰.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 2009, p. 210.

³⁷ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito.** 2001, p. 50-51.

³⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito.** 2001, p. 51.

³⁹ GADAMER, Hans-Georg. Sobre o Círculo da Compreensão. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer.** Porto Alegre: Ed. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2000, p. 141.

⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. Sobre o Círculo da Compreensão. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer.** 2000, p. 141.

Além disso, Gadamer explica que a hermenêutica ocupa um posto intermediário, estando entre a distância temporal e o seu significado para a compreensão, conhecendo a distância no tempo como uma possibilidade positiva e produtiva de compreensão. Para ele, a distância temporal pode, resolver a verdadeira tarefa crítica da hermenêutica de distinguir entre os pré-conceitos verdadeiros e falsos⁴¹.

Por fim, esclarece Streck que “toda a compreensão hermenêutica pressupõe uma inserção no processo de transmissão da tradição. Há um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico”⁴². O autor ainda ressalta que o filósofo nos ensina que o ser não pode ser compreendido em sua totalidade, assim, não havendo uma pretensão de totalidade da interpretação, não podendo o interpretar ser a produção de um sujeito soberano⁴³.

Destarte, os quatro filósofos apresentados, tiveram sua técnica aprimorada por seu sucessor, conforme a ordem apresentada, destes Gadamer se destaca pelo salto de compreensão que deu, entendendo que faz parte da interpretação, não só a compreensão, mas também a pré-compreensão, associada à linguagem.

Desde que temos a compreensão, mesmo que mínima, do surgimento e do procedimento hermenêutico, vejamos a seguir sobre a hermenêutica constitucional.

6. DA INTERPRETAÇÃO HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Com a transformação do Estado ao longo da história, estando voltado à lei maior, ou seja, tendo como núcleo de todos os demais textos a Constituição, a hermenêutica também passou a especializar-se nesta.

Inicialmente, a interpretação clássica, decorrente do liberalismo econômico do século XIX, centralizava-se no aspecto formal do fenômeno jurídico, especificadamente no dualismo Estado e

2000, p. 146-147.

⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. Sobre o Círculo da Compreensão. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. 2000, p. 141.

2000, p. 148-149.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2009, p. 215-216.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2009, p. 217.

sociedade, sendo observada pelos constitucionalistas de forma parcial, restrita na legalidade. Assim, se o interprete buscasse a regra constitucional fora do direito escrito, estaria extrapolando os limites do Estado de Direito⁴⁴.

Porém, o Estado de Direito foi superado pelo Estado Democrático de Direito, no qual a constituição congrega a ideologia do momento em que foi elaborada, assim, o intérprete deve, segundo explica Vieito, estar atento a algumas especificidades, como as *políticas*, nas quais se atem aos problemas emergentes da sociedade, procurando adaptar o sentido literal do texto às exigências do momento de sua aplicação, *evolutiva*, a qual objetiva adequar a constituição às mudanças históricas, políticas e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes; da *supremacia constitucional*, onde a interpretação sistemática do ordenamento restringe-se a unidade do texto constitucional, como fundamento das demais leis; da *linguagem constitucional*, embora a interpretação hermenêutica não seja calcada somente na semântica, há palavras técnicas e vulgares, como a constituição é um documento político se deve preferir o sentido das palavras na forma comum, pois é norma, mais próxima dos anseios populares; da *unidade política*, nesta se visa a constituição como um todo e não como um aglomerado de normas esparsas, coordenada, que irradia sobre todo o sistema⁴⁵.

Ainda, complementa Cadermartori e Duarte⁴⁶, o Estado Constitucional passa a seguir a primazia da Constituição, passa da reserva da lei à reserva constitucional, bem como possui o controle jurisdicional da constitucionalidade e não de legalidade.

Para Streck, o texto constitucional estabelece um novo modelo de Direito, vendo além do horizonte, conforme prediz Gadamer, sendo essencial provocar os pré-juízos⁴⁷, para ele

[...] para interpretar a Constituição [...] é necessário, primeiro, tornar transparente a própria situação hermenêutica afim de que o estranho ou diferente do texto possa fazer-se valer antes de tudo, isto é, sem que nossos pré-juízos não esclarecidos exerçam aí sua despercebida dominação e assim escondam o específico do texto. Não podemos esquecer, como diz Gadamer, que toda compreensão

⁴⁴ VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 125-126.

⁴⁵ VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da hermenêutica constitucional**. 2000, p. 85-98.

⁴⁶ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 2009, p. 301.

*começa com o fato de que algo nos interpela. Ou seja, para compreender, temos que por entre parênteses os pré-juízos*⁴⁸.

Portanto, o que se pretende é compreender o texto constitucional, hermeneuticamente, utilizando a interpretação constitucional, sem buscar a interpretação correta da lei ou seu exato sentido, mas sim compreender que para si possui um sentido prévio para depois interpretar⁴⁹.

Portanto, com a interpretação hermenêutica constitucional percebemos que a Constituição vem a constituir direitos insurgentes de uma nova sociedade, voltada à democracia e ao social, a qual ainda está sendo revelada, a partir da interpretação dos juristas e filósofos que trabalham com o direito, tentando torna-la efetiva. Isso pode ser vislumbrado nas decisões analisadas no presente artigo, nas quais necessária a transcendência da Lei Maria da Penha, para um olhar constitucional, não somente calcado na literalidade gramatical, mas também na evolução política e histórica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da presente análise, podemos compreender que o STF ao exprimir suas decisões acerca da Lei Maria da Penha, nas ADC 19 e ADI 4.424, foi pela interpretação hermenêutica com uma perspectiva constitucional, a qual coloca os direitos fundamentais e a busca pela igualdade acima das demais interpretações.

Em relação à hermenêutica, apesar de não citarem nenhum autor em particular sobre este método, pois focaram expressamente na lei em exame, observa-se a superação da interpretação apenas gramatical, literal, assumindo-se o desafio de questionar o texto, como no imenso debate que pode ser perscrutado no inteiro teor da ADI 4.424.

Ainda, reconhecem a importância da história na constituição da realidade vivida pelas mulheres contemporaneamente, bem como a necessidade de sua superação, principalmente quando as ministras que compunham o pleno manifestam-se relatando a realidade diária vivida

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2009, p. 302.

⁴⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. A Constituição e a compreensão hermenêutica da sua (in)efetividade e do seu constituir. In: LUCAS, Douglas Cesar; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (Coord.). **Olhares hermenêuticos sobre o direito:** em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: Ed. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, 2006, p. 219.

por elas, bem como levantadas nas discussões os aspectos psicológicos que fazem com que a mulher perdoe e volte a conviver com o agressor.

A todo o momento se pôde vislumbrar, conforme discorrido no presente, à supremacia da Constituição, que nesta decisão, todos os ministros, além de arguirem a isonomia e os direitos humanos, invocaram o artigo 226, § 8º, bem como o 5º, de nossa CF, e os acordos internacionais acerca dos direitos humanos.

Diante de todo o exposto, pode-se afirmar que o STF usou do modelo hermenêutico de interpretação para satisfazer a presente demanda, principalmente, a interpretação constitucional, bem como os questionamentos inerentes do círculo hermenêutico, perpassando a lei ordinária no crivo da Lei Maior, confirmando a busca da igualdade da mulher em sociedade, protegendo aquelas que se encontram, por causas sociais e culturais, subjugadas, buscando a mudança da realidade histórica, bem como do breve futuro, para não cometer os erros do passado.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em 29 ago 2014.

FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica**: uma leitura de Gadamer e Dworkin. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. Sobre o Círculo da Compreensão. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: Ed. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2000.

BRASIL. Lei, nº 11.740, 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção

sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm Acesso em: 29 ago 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion. A Constituição e a compreensão hermenêutica da sua (in)efetividade e do seu constituir. In: LUCAS, Douglas Cesar; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (Coord.). **Olhares hermenêuticos sobre o direito**: em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: Ed. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 196.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ESTUDO DE CASO SOBRE O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº511961/SP

Guilherme Lohmann Togni¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo observar a influência e aplicação da teoria da argumentação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A fim de delimitar a abordagem, o estudo volta-se à análise da teoria da argumentação de Robert Alexy, e seleciona o caso decidido pelo STF no Recurso Extraordinário nº511961/SP, no qual a Corte apreciou a questão da recepção do artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº972/69 pela nova ordem constitucional. O referido dispositivo trazia em seu bojo a exigência do diploma de nível superior em jornalismo para o exercício da profissão de jornalista, que foi sopesada com os princípios da liberdade de exercício de profissão e liberdade de expressão e pensamento.

Em um primeiro momento, o buscar-se caracterizar a alteração do papel da jurisdição decorrente da alteração do modelo de Estado Legal e a passagem ao Estado Constitucional de Direito, e da superação da ideia de supremacia da lei, mitigada em favor da supremacia da Constituição e dos Direitos Fundamentais. Nesse ponto, caracteriza-se a necessidade de abertura a novos métodos interpretativos, e, em especial, no que interessa ao presente estudo, no desenvolvimento da ideia de argumentação jurídica.

Em seguida, é visitado o conceito de direito fundamental e, mais especificamente, da estrutura da norma de direito fundamental, levando-se em conta, neste particular, o ideário de Robert Alexy, para que em seguida seja possível tratar da possibilidade de restrições a tais direitos e da resolução da questão que envolve a solução de conflitos entre direitos fundamentais.

A digressão acima referida tem lugar para que seja possível apreciar a aplicação da teoria estudada em caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em que, com base na técnica da

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – Rio Grande do Sul - Brasil. Advogado. E-mail: guilherme.lohmann.togni@hotmail.com.

ponderação, foi declarada a não recepção do artigo do artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº972/69 pela Constituição de 1988.

1. INTEPRETAÇÃO JURÍDICA E JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL ABERTURA A DIFERENTES MÉTODOS INTERPRETATIVOS

A superação do modelo de Estado Legal e o advento do Estado Constitucional de Direito na contemporaneidade provocou intensa reformulação na concepção do Direito, e por consequência, nas atividades de interpretação e decisão jurídicas.

Como afirma Callejón², a configuração da atividade de interpretação não pode desligar-se das condições gerais que conformam o ordenamento jurídico e do desenvolvimento histórico ao qual este se vê submetido. E a evolução do conceito de Estado que se verifica desde o Estado Legal até o Estado Constitucional resulta em na determinação de tarefas completamente distintas acometidas ao intérprete e aplicador do direito nos diferentes modelos estatais.

Nesta senda, ao tempo do modelo de Estado Legal, identificado por seu turno com a concepção liberal e a supremacia do Parlamento, a tarefa de interpretação e de aplicação do Direito identificava-se com a exclusiva determinação da vontade do legislador. Em tal momento histórico, o principal problema do Estado era o de seus limites, reivindicando-se assim, uma posição estatal absentéista.

Como ensina Marinoni³, o Estado Liberal erigiu o princípio da legalidade como fundamento para sua imposição, a fim de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu. Mas foi apenas a forma encontrada de substituir o absolutismo monárquico do regime deposto, a fim de vedar à administração e os juízes de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei. O princípio da legalidade acabou por constituir um critério de identificação do direito, na medida em que este seria encontrado apenas na norma jurídica oriunda do Parlamento, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas apenas da sua produção pela autoridade dotada de competência normativa.

² CALLEJÓN, Maria Luisa Balaguer. **Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico**. Madrid: Tecnos S/A, 1997, p. 21.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 23-32.

O modelo jurídico do Estado Liberal/Legal, nesta senda, reduzia a tarefa do intérprete à mera identificação da vontade do legislador.

Ele, ainda tinha ligação estreita com o princípio da liberdade, que fundamentalmente visava garantir a proteção dos cidadãos contra os abusos do poder estatal. Assim, o império da lei significava que o próprio legislador estava vinculado as leis que editava, idéia sintetizada na expressão lei genérica e abstrata. Com efeito, a jurisdição, durante a vigência do Estado Legal encontrava-se comprometida com os valores de liberdade professados por esse modelo. Marinoni⁴ refere que à jurisdição era acometida função dirigida a tutelar direitos subjetivos violados. Logo, a tarefa jurisdicional se encerrava com a viabilização da reparação de dano, uma vez que não se admitia a que o juiz pudesse atuar antes de uma ação humana ter violado o ordenamento jurídico.

Com efeito, ante a correspondência entre as atividades de interpretação e aplicação do direito à vontade do legislador, o Estado Legal encerrava ideia de unificadora e simplificadora da atividade do jurista.

Callejón⁵ ensina que tal pretensão unitária e simplificadora da atividade do intérprete e aplicador do direito foi substituída com o advento do Estado Constitucional de Direito, identificado com o Estado Social, ante o reconhecimento do pluralismo e da complexidade que lhe são próprias.

O desenvolvimento do Estado Constitucional de Direito tem lugar a partir do término da Segunda Guerra Mundial, e, como ensina Barroso⁶, tem por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade das leis, ao contrário do que ocorria no Estado Legal, não mais depende do critério único de identificação – a forma de produção, pelo Parlamento – mas também da compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais.

Assim, para o referido doutrinador, a ciência do Direito assume papel crítico e indutivo da atuação dos poderes públicos e a jurisprudência desempenha novas tarefas, as quais incluem a

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 2014, p.31.

⁵ CALLEJÓN, Maria Luisa Balaguer. **Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico**, 1997, p. 22.

⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 266.

competência para invalidar atos legislativos e interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição.

Exige-se, assim, um Estado intervencionista, ao qual são acometidas tarefas antes destinadas à iniciativa privada. A Constituição, nessa etapa, cumpre função reguladora do Estado Social, mais precisamente na relação entre mercado e Estado, a qual se manifesta claramente no seio do ordenamento jurídico. Inerente ao Estado Constitucional, como refere Zagrebelski, está seu substrato pluralista, o qual resulta em uma heterogeneidade interna ao sistema jurídico, que o impede que se considere o ordenamento jurídico como algo pré-estabelecido. Com efeito, a Constituição deve reconstituir à unidade essa pluralidade, e permite reconstruir o ordenamento.

No Estado Constitucional de Direito, como refere Marinoni⁷, a ideia de lei genérica e abstrata, oriunda de um Parlamento que, à época, era lugar de uniformidade, acaba por ser superada. O Direito, assim, não mais possui origem apenas no Estado, na medida em que ele próprio deixa locais abertos a regulação específica por outros atores sociais. Assim, a lei é fruto do pluralismo das forças sociais. Tornou-se necessário resgatar a substância da lei e encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação aos princípios de justiça.

O que se verifica, assim, é uma alteração na própria concepção de Direito, que, como ensina Barroso⁸, a partir da segunda metade do século XX, “deixou de caber integralmente no positivismo jurídico”. Segundo o autor, surge com força a doutrina pós-positivista, como uma terceira via entre o jusnaturalismo e positivismo, inspirada na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Ela vai além da legalidade estrita, sem desprezar o direito posto e efetua leitura moral das normas jurídicas, sem, no entanto, recorrer a categorias metafísicas.

Atualmente, portanto, é perceptível a superação do modelo jurídico positivista, baseado tão somente na supremacia da lei. O que se observa é a adoção de um modelo de direito composto por regras e princípios, que para sua observância, foram colocados em uma posição superior, razão pela qual foram inseridos nas Constituições. Assim, a lei cede a sua supremacia à Constituição, o que acaba por representar o avanço do Direito Constitucional na atualidade.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 2014, p. 40-41.

⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2011, p. 270-271.

Nesse sentido, Dworkin⁹ realiza aguda crítica ao modelo positivista, a qual se exprime fundamentalmente na ideia de que o direito não pode ser restrito ao conjunto de regras jurídicas, porquanto existem padrões que têm caráter obrigatório e devem ser considerados pelo sistema jurídico, os Princípios e as Políticas, correspondendo aqueles aos padrões para atendimento de justiça, equidade ou alguma dimensão de moralidade e estas às diretrizes que norteiam o direito. O autor agrupa ambos os padrões na categoria de Princípios (em sentido amplo), estabelecendo a diferença de natureza lógica deles em relação às regras.

Por outro lado, como ensinam Branco e Mendes¹⁰, o Direito Constitucional avançou de modo significativo a partir da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana e da visão de que a Constituição como local adequado, por seu status superior, para positivizar as normas que asseguram tal pretensão.

Diante de todo exposto, o que se tem como de mais relevante para o presente estudo é que o direito com o qual lidam os juristas na atualidade do Estado Constitucional de Direito é profundamente distinto daquele com o qual laboravam os juristas ao tempo do Estado Legal. A reformulação do princípio da legalidade, agora submetido à Constituição, a afirmação da força normativa dos princípios e a ascensão do reconhecimento dos direitos fundamentais, alteraram profundamente a concepção de direito nos dias atuais.

Nesse particular, ensina Barroso¹¹ que, no plano teórico, três grandes transformações alteraram o conhecimento relativo à aplicação do direito constitucional na atualidade: o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação.

Como consequência da modificação da concepção de direito, necessária também se torna uma transformação da ideia de jurisdição, atribuindo-se ao julgador, como se afirmou, a prerrogativa de controlar a compatibilidade entre os atos legislativos e as normas constitucionais, bem como de interpretá-los de modo criativo, à luz da Constituição e dos princípios de justiça. Tal transformou permitiu o desenvolvimento de novas abordagens interpretativas ao Direito.

⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 35-38.

¹⁰ BRANCO, Paulo; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 153.

¹¹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2011, p. 284-287.

É em tal contexto que a teoria da argumentação enquanto justificação do Direito, ganha força. De acordo com Callejón¹² a argumentação jurídica é a possibilidade de que dispõem os operadores jurídicos para justificar sua decisão, quando se pretende racionalizar uma resolução judicial. Nesta senda, a argumentação é fator de legitimação da decisão judicial, na medida em que permite que o juiz dê a conhecer as razões de sua decisão. Para a mesma autora, em um Estado Social e democrático, o Direito não pode manter sua força amparado apenas uma visão antiquada da lei, como mera expressão da vontade do Parlamento, mas sim, basear a sua legitimidade em razões de congruência, justiça material e valores compartilhados pela sociedade.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS, RESTRIÇÕES E ARGUMENTAÇÃO

2.1 Breves considerações sobre a noção de direitos fundamentais

Sarlet¹³ define direitos fundamentais, como sendo “todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição forma (aqui considerada a abertura material do Catálogo)”.

A respeito das funções exercidas pelos direitos fundamentais, de acordo com Branco e Mendes¹⁴ a teoria de Jellinek acerca dos quatro status em que o indivíduo pode encontrar-se perante o Estado (status passivo, status negativo, status positivo e status ativo), foi sofrendo depurações ao longo do tempo, podendo-se assim constatar as espécies de direitos fundamentais mais correntemente identificadas pela doutrina, quais sejam, **direitos de defesa e direitos de prestação**.

¹² CALLEJÓN, Maria Luisa Balaguer. *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*. 1997, p. 98-103.

¹³ SARLET, Ingo. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 77.

¹⁴ BRANCO, Paulo; MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 117-118.

Enquanto direitos de defesa, entende Sarlet¹⁵ que os direitos fundamentais, constituem a defesa do indivíduo contra as imposições do Estado tanto em sua liberdade pessoal quanto na propriedade. Assim, são limitações ao poder do Estado frente aos indivíduos que a ele estão subordinados, assegurando-lhes uma esfera de liberdade e concedendo-lhes direitos que permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental, ou na eliminação de ataques que vem sofrendo na esfera da autonomia pessoal. Como ensinam Mendes e Branco¹⁶, os direitos de defesa vedam interferências estatais no âmbito de liberdade dos indivíduos, constituindo-se assim em normas de competência negativa para os poderes públicos, protegem bens jurídicos contra ações do Estado que os afetem e, ainda podem ser expressados pela pretensão de que não sejam eliminadas posições jurídicas.

Já os direitos de prestação exigem que o Estado atue para atenuar desigualdades, visando favorecer as condições materiais que são indispensáveis para que os indivíduos desfrutem das liberdades garantidas pelos direitos de defesa, e têm por traço característico a exigência de prestações positivas, jurídicas ou materiais.¹⁷

De outra banda, no que se refere à estrutura das regras de direitos fundamentais, entende Alexy¹⁸ que existem duas construções distintas de direitos fundamentais: uma estreita e exata, denominada construção de regras, e outra larga e ampla, que se pode denominar de construção de princípios.

Segundo o autor, a construção exata:

Segundo a construção estreita e exata, normas que concedem direitos fundamentais não se distinguem essencialmente das outras normas do sistema jurídico. Elas têm, naturalmente, como normas constitucionais, seu lugar no grau extremo do sistema jurídico e seus objetos são direitos extremamente abstratos de grande significado, mas tudo isso - segundo a construção de regras - não é fundamento para alguma diferença fundamental de tipo estrutural. Elas são normas jurídicas e, como tais, elas são aplicáveis do mesmo modo como todas as outras normas jurídicas. Sua particularidade consiste somente nisto, que elas protegem determinadas posições do cidadão, descritas abstratamente, contra o estado.¹⁹

¹⁵ SARLET, Ingo. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 2013, p. 155.

¹⁶ BRANCO, Paulo; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 2011, p. 179.

¹⁷ BRANCO, Paulo; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 2011, p.180-188.

¹⁸ Alexy, Robert. **Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 721-732

¹⁹ Alexy, Robert. **Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. 2011, p. 721-732

Já de acordo com a construção ampla, normas de direitos fundamentais não se esgotam nisto, de proteger determinadas posições do cidadão, descritas abstratamente, contra o estado.

2.2 Regras, princípios, e a regra da ponderação

Segundo Alexy²⁰, há diversos critérios para se distinguir regras e princípios, porém a tese correta é a que sustente a existência de uma diferença qualitativa. Nesse sentido, princípios funcionam como mandados de otimização, na medida em que o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* é que são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Ávila²¹, refere que a definição alexyana de princípios como deveres de otimização dependentes das possibilidades normativas decorre do fato de que a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras contrapostos e das possibilidades fáticas porque o “conteúdo dos princípios como normas de conduta apenas poderá ser determinado diante dos fatos” em análise.

No que se refere às regras, Alexy²² refere que são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.”

O problema da colisão entre regras, segundo Alexy²³ “somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”. Trata-se, assim, de uma decisão acerca da validade de uma das regras. De outro lado, na colisão entre princípios, um deles terá que ceder, sem que deva ser declarado inválido ou que tenha que ter introduzida cláusula de exceção, mas apenas, que cede diante as condições postas à apreciação no caso concreto. Conforme ensina Ávila²⁴, em

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2 ed Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 87-91.

²¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 29.

²² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2007, p. 87-91.

²³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2007, p. 92-93.

²⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2003, p. 29.

comentário à obra de Alexy, os princípios devem ser aplicados sempre com uma cláusula de reserva definida como “se no caso concreto outro princípio não obtiver maior peso”, de modo que a colisão entre princípios é resolvida no interior de uma mesma ordem jurídica.

Para a superação do problema da colisão, Alexy²⁵ lança mão da técnica da ponderação. De acordo com o autor, a ponderação é uma parte do que é exigido pelo princípio da proporcionalidade, que, por sua vez, compreende três princípios parciais: da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, os quais expressam a ideia de princípios como mandados de otimização. Para ele, “nos princípios da idoneidade e da necessidade trata-se da otimização relativamente às possibilidades fáticas”. Assim, o princípio da idoneidade excluiria “o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, cuja realização eles devem servir.” Já o princípio da necessidade pede que, de dois meios, se deva escolher aquele menos intensivamente interveniente e igualmente bem idôneo, de modo que uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custas para a outra. Já a ponderação é objeto específico do terceiro princípio parcial, o da proporcionalidade em sentido estrito, que diz o que significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas. De acordo com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito “quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.

Assim, a técnica da ponderação, para Alexy, pode ser decomposta em três passos: em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio; em um segundo passo, deve ocorrer a comprovação a do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro.

2.3 Restrições a direitos fundamentais

No que se refere à restrição aos direitos fundamentais, ensinam Branco e Mendes²⁶, o respectivo exame depende da identificação do âmbito de proteção do direito fundamental, que

²⁵ ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. 2011, p. 721.

²⁶ BRANCO, Paulo; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 2011, p. 221.

acaba por variar de acordo com o direito fundamental que se está a tratar. Geralmente, a definição do âmbito de proteção de um direito fundamental depende de interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais que lhe são correlatos. Assim, visando sistematizar o modo de definição de uma restrição a direito fundamental, o autor propõe que o processo se dá mediante dois passos: a identificação dos bens jurídicos protegidos e a verificação das possíveis restrições contempladas expressamente na Constituição.

A doutrina da definição do âmbito de proteção de direito fundamental foi invocada na fundamentação do voto condutor do entendimento preponderante do RE Nº511961/SP, de lavra do Ministro Gilmar Mendes:

[...]a definição do âmbito de proteção configura pressuposto primário para o desenvolvimento de qualquer direito fundamental. O exercício dos direitos individuais pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí fazer-se mister a definição do *âmbito ou núcleo de proteção (Schutzbereich)* e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos (*limitações ou restrições = O âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos (Tatbeständen) contemplados na norma jurídica (v.g., reunir-se sob determinadas condições) e a consequência comum, a proteção fundamental. Alguns chegam a afirmar que o âmbito de proteção é aquela parcela da realidade (Lebenswirklichkeit) que o constituinte e houve por bem definir como objeto de proteção especial ou, em outras palavras, aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental. Alguns direitos individuais, como o direito de propriedade e o direito à proteção judiciária, são dotados de âmbito de proteção estritamente normativo (âmbito de proteção estritamente normativo = rechtsoder norm- geprägter Schutzbereich).*

Nesses casos, não se limita o legislador ordinário a estabelecer restrições a eventual direito, cabendo-lhe definir, em determinada medida, a amplitude e a conformação desses direitos individuais. Acentue-se que o poder de conformar não se confunde com uma faculdade ilimitada de disposição. Segundo Pieroth e Schlink, uma regra que rompe com a tradição não se deixa mais enquadrar como conformação.

Em relação ao âmbito de proteção de determinado direito individual, faz-se mister que se identifique não só o objeto da proteção (*O que é efetivamente protegido?: Was ist (eventuell) geschützt?*), mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção (*Wogegen ist (eventuell) geschützt?*).

Não integra o âmbito de proteção qualquer assertiva relacionada com a possibilidade de limitação ou restrição a determinado direito.

Isso significa que o *âmbito de proteção* não se confunde com *proteção efetiva e definitiva*, garantindo-se apenas a possibilidade de que determinada situação tenha a sua legitimidade aferida em face de dado parâmetro constitucional. Na dimensão dos direitos de defesa, *âmbito de proteção* dos direitos individuais e *restrições* a esses direitos são conceitos correlatos. Quanto mais amplo for o *âmbito de proteção* de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como restrição. Ao revés, quanto mais restrito for o *âmbito de proteção*, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo.

Assim, o exame das restrições aos direitos individuais pressupõe a identificação do *âmbito de proteção* do direito fundamental ou o seu núcleo. Esse processo não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito fundamental, determinado procedimento.

Não raro, a definição do âmbito de proteção de certo direito depende de uma interpretação sistemática e abrangente de outros direitos e disposições constitucionais¹⁷. Muitas vezes, a

definição do *âmbito de proteção* somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito.

Não obstante, com o propósito de lograr uma sistematização, pode-se afirmar que a definição do *âmbito de proteção* exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista:

a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (*âmbito de proteção da norma*);

b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (*expressa restrição constitucional*) e a identificação das *reservas legais de índole restritiva*.

Como se vê, a discussão sobre o âmbito de proteção de certo direito constitui ponto central da dogmática dos direitos fundamentais. Nem sempre se pode afirmar, com segurança, que determinado bem, objeto ou conduta estão protegidos ou não por um dado direito. Assim, indaga-se, em alguns sistemas jurídicos, se valores patrimoniais estariam contemplados pelo âmbito de proteção do direito de propriedade. Da mesma forma, questiona-se, entre nós, sobre a amplitude da proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas e, especialmente, se ela abrangeria outras formas de comunicação (comunicação mediante utilização de rádio; *pager* etc.)

Tudo isso demonstra que a identificação precisa do âmbito de proteção de determinado direito fundamental exige um renovado e constante esforço hermenêutico.

Para Branco e Mendes²⁷, “em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*”. Assim, o princípio da reserva legal acaba convertido no *princípio da reserva legal proporcional*, que pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, como também a *adequação* desses meios para consecução dos objetivos pretendidos e a *necessidade* de sua utilização.

Diante disso, a constitucionalidade da potencial restrição à liberdade de expressão decorrente do disposto pelo artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/69, necessariamente precisa ser enfrentada à luz do princípio da proporcionalidade, como fez o Supremo Tribunal Federal no acórdão posteriormente debatido.

3. APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 511961/SP

3.1 Síntese da Demanda

O Ministério Público Federal em São Paulo ajuizou Ação Civil Pública em desfavor da União, defendendo a não recepção pela Constituição da República de 1988, do artigo 4º, inciso V, do

²⁷ BRANCO, Paulo; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 2011, p. 256-257.

Decreto-Lei nº 972/69, o qual exige o diploma de curso superior em jornalismo, reconhecido pelo MEC, para o exercício da profissão de jornalista²⁸.

A tese defendida pelo Ministério Público foi de que a Constituição estabeleceu a liberdade de exercício profissional, remetendo à legislação infraconstitucional o estabelecimento das condições para tanto. Entretanto, a legislação não pode incluir restrições indevidas ou não razoáveis. Na avaliação do autor da ação, a exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista seria uma restrição não razoável. Assim, o texto do Decreto-Lei, uma vez que anterior à promulgação da Constituição de 1988 não teria sido por esta recepcionado. A incompatibilidade seria com o disposto no artigo 5º, incisos IX e XIII e artigo 220 da Constituição²⁹.

Em primeira instância, a ação foi julgada parcialmente procedente para “determinar que a União não mais exija, em todo o país, o diploma de curso superior de jornalismo para o registro no Ministério do Trabalho para o exercício da profissão de jornalista, informando aos interessados a desnecessidade de apresentação de tal diploma, assim como não mais execute fiscalização sobre o exercício da profissão de jornalista por profissionais desprovidos de grau universitário de jornalismo, e deixe de exarar os autos de infração correspondentes; declarar a nulidade de todos os autos de infração pendentes de execução lavrados por Auditores-fiscais do Trabalho contra indivíduos em razão da prática do jornalismo sem o correspondente diploma; que sejam remetidos ofícios aos Tribunais de Justiça dos Estados, de forma a que se aprecie a pertinência de trancamento de eventuais inquéritos policiais ou ações penais em trâmite, tendo por objeto a apuração de prática do delito de exercício ilegal da profissão de jornalista; e fixar multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser revertida em favor do Fundo Federal de Direitos Difusos, nos

²⁸ Art 4º O exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social que se fará mediante a apresentação de: (...)

V - diploma de curso superior de jornalismo, oficial ou reconhecido registrado no Ministério da Educação e Cultura ou em instituição por êste credenciada, para as funções relacionadas de " a " a " g " no artigo 6º.

²⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. (...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

termos dos arts. 11 e 13 da Lei nº 7.347/85, para cada auto de infração lavrado em descumprimento das obrigações impostas na decisão”.

Ou seja, em primeira instância, no que tange à questão de fundo, a pretensão ministerial foi acolhida pelo Judiciário, reconhecendo-se a não recepção do dispositivo guerreado pela nova ordem constitucional. Ocorre que, por conta do reexame necessário e de recursos manejados pelas partes, a apreciação da questão foi levada ao conhecimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que reformou a sentença, reconhecendo a recepção formal e material da exigência do diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista.

Para o TRF3, liberdade de manifestação e de expressão não se confundem com liberdade de profissão, sobre a qual a Constituição assegurou o seu livre exercício, desde que atendidas as qualificações profissionais estabelecidas em lei. Em nosso sentir, para o Tribunal, a questão não diria respeito ao disposto no artigo 5º, inciso IX ou artigo 220 da Constituição, reduzindo-se a celeuma apenas ao que dispõe o artigo 5º, inciso XIII, da Constituição.

Quanto a este dispositivo, entendeu a Corte que “o texto constitucional não deixa dúvidas, portanto, de que a lei ordinária pode estabelecer as qualificações profissionais necessárias para o livre exercício de determinada profissão.” O Decreto-Lei n. 972/69, com, decidiu o TRF3, foi recepcionado pela nova ordem constitucional e não há de ofensa às garantias constitucionais de liberdade de trabalho, liberdade de expressão e manifestação de pensamento. A possibilidade de exigência de qualificação para o exercício de determinadas profissões de interesse e relevância pública e social, aludida pelo artigo 5º, inciso XIII enquadraria a de jornalista, ante os reflexos de seu exercício.

A controvérsia, então, chega ao Supremo Tribunal Federal por meio do controle de constitucionalidade pela via difusa, ante a interposição do Recurso Extraordinário 511.961/SP. No que tange à questão do fundo, o debate do Tribunal centrou-se na discussão acerca do âmbito de proteção da liberdade do exercício profissional. Isto é, uma vez que a Constituição de 1988 adota, no que tange à liberdade de profissão, um modelo de reserva legal qualificada, discutiram-se os limites da possibilidade de restrição dessa liberdade, à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, à luz, também dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e de informação.

Ao final, o pleno do STF deu provimento ao recurso, por maioria de votos, acompanhando a maioria o voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes e vencido o Ministro Marco Aurélio, para declarar a não recepção à Constituição de 1988, do artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/1969, de modo que reconheceu inexistir previsão no ordenamento jurídico brasileiro, da exigência de diploma de curso superior em jornalismo para o exercício da profissão de jornalista.

3.2. Do mérito

Até o julgamento do RE 511961 pelo STF, que acabou por pacificar a questão, as teses sobre o tema que destacavam nos órgãos jurisdicionais e administrativos que dela tratavam, eram de duas ordens. De um lado, defendia-se que o direito à liberdade de profissão não é absoluto, porquanto o artigo 5º, inciso XIII da Constituição de 1988 não protegeria de forma absoluta tal direito, na medida em que a remete à conformação legislativa. Nesse sentido, o Decreto 972/69 teria sido recepcionado pela nova ordem constitucional. A fim de ilustrar tal posicionamento, o voto do Relator do RE, Ministro Gilmar Mendes, transcreveu parecer jurídico de lavra da Consultoria Jurídica do Ministério do Trabalho:

Reiteradamente, esta Consultoria Jurídica tem se pronunciado no sentido de que a exigência do curso superior de jornalismo foi recepcionada pela Constituição de 1988 (Parecer n.º 016/2001, fl. 2).

Ora, a simples leitura do dispositivo transcrito revela que a liberdade de exercício de profissões não é absoluta, sofre restrições na medida em que a própria Constituição comete ao legislador a atribuição de estabelecer as qualificações indispensáveis ao exercício das profissões. Inexiste, portanto, qualquer incompatibilidade entre a exigência do diploma de curso superior prevista no inc. V do artigo 4º do Decreto-Lei 972 de 1969, e a Constituição Federal (Parecer n.º 016/2001, fl. 2) ³⁰

No âmbito do STF, tal posicionamento restou vencido, porém representado no acórdão, ante o voto divergente de lavra do Ministro Marco Aurélio:

Vem-nos justamente do inciso XIII a referência ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, mas, também, a remessa ao atendimento das qualificações profissionais que a lei – e aqui, ante o decreto-lei em exame, vejo referência a diploma normativo, abstrato, autônomo – estabelecer.

Hoje, há uma profissão, um segmento profissional organizado, com sistema sindical próprio. Indago: no tocante à profissão de jornalista, a exigência do inciso V do artigo 4º - observado, imagino, porque tenho de presumir que os diplomas legais sejam observados, durante quarenta anos - é extravagante? Deixa de atender a exigência da sociedade, em termos de veiculação de ideias, em

³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 511961/SP**, Tribunal Pleno. Dje 213. Publicado em 13 de novembro de 2009. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+511961%2ENUM%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+511961%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bbk8x6j>. Acesso em: 28 set 2014

termos do que é estampado diariamente nos veículos de comunicação? Tem-se uma cláusula que pode ser rotulada como desproporcional, a ponto de ser declarada incompatível com o artigo 220, § 1º, e, mais especificamente, com o inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal? A resposta, para mim, é negativa. Penso que o jornalista deve deter formação, uma formação básica que viabilize a atividade profissional no que repercute na vida dos cidadãos em geral. Ele deve contar – e imagino que passe a contar, colando grau no nível superior – com técnica para entrevistar, para se reportar, para editar, para pesquisar o que deva publicar no veículo de comunicação, alfim, para prestar serviço no campo da inteligência. Quando se concebe – como se concebeu em 1969 – a exigência do curso superior e quando se admite essa exigência, fazendo-o no campo da opção político-normativa, tem-se em vista a prestação de serviço de maior valor, de serviço que sirva, realmente, à formação de convencimento sobre temas, passando-se, até, a contar com orientação na vida gregária. É possível erro nesse campo? É possível mesmo se detendo curso superior, como é possível erro no campo da Medicina, no campo do Direito, como é possível erro mesmo no âmbito desta Corte, já que a Justiça é obra do homem, sendo passível de falha.

A existência da norma a exigir o nível superior implica uma salvaguarda, uma segurança jurídica maior quanto ao que é versado com repercussão ímpar, presentes aqueles que leem jornais, principalmente jornais nacionais.

Presidente, não tenho como assentar que essa exigência, que, ante os votos já proferidos, será facultativa, frustrando-se inúmeras pessoas que acreditaram na ordem jurídica e matricularam-se em faculdades, resulte em prejuízo à sociedade brasileira. Ao contrário, devo presumir o que normalmente ocorre, não o excepcional: tendo o profissional o nível dito superior, estará mais habilitado à prestação de serviços profícuos à sociedade brasileira³¹.

Aparentemente, o voto vencido tratou de conferir interpretação literal do dispositivo constitucional. Parece-nos, todavia, que a interpretação ao dispositivo que lhe foi dada no voto vencido acabou por não atentar ao novo modelo de interpretação jurídica exigido pelo Estado Constitucional de Direito.

Todavia, o posicionamento que acabou por prevalecer foi o de que, a partir da utilização da técnica da ponderação, foi o de que o Decreto-Lei n.º 972, de 1969, especialmente o seu art. 4º, V, não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

Ao lavrar o voto condutor da maioria, o Ministro Gilmar Mendes, inicialmente, realizou análise da delimitação do âmbito de proteção da liberdade de exercício profissional assegurada pelo art. 5º, XIII, da Constituição. Ainda, considerando haver a previsão de possíveis restrições e de conformação legislativa a tal direito, ponderou acerca dos respectivos limites.

Com efeito, após elaborar digressão acerca da temática da restrição dos direitos fundamentais, asseverou o Ministro que o dispositivo constitucional em exame (artigo 5º, XIII, estabelece reserva *legal qualificada*, na medida em que a Constituição remete à lei o

³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 511961/SP**, Tribunal Pleno. Dje 213. Publicado em 13 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+511961%2ENU ME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+511961%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bbk8x6j>. Acesso em: 28 set 2014

estabelecimento das qualificações profissionais como restrições ao livre exercício profissional. Ainda, que comumente o constituinte realiza indicações de restrições a direitos fundamentais, valendo-se de normas que permitem limitar ou restringir posições abrangidas pelo âmbito de proteção de determinado direito fundamental.

Assim, para o relator, o modo como foi instituída a reserva legal qualificada no dispositivo constitucional em comento fez surgir uma questão envolvendo a necessidade de juízo de razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Isso porque, para ele “a reserva legal estabelecida pelo art. 5, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial”, na medida em que “o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”.

Assim, de acordo com o voto, a restrição a direitos fundamentais, hodiernamente, é possível, desde que prevista constitucionalmente e obedeça aos ditames da proporcionalidade, o que “pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, como também a *adequação* desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a *necessidade* de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)”.

Tal raciocínio foi empregado para analisar se a lei restritiva da liberdade profissional no jornalismo é ou não compatível com o texto constitucional, ou seja, se o Decreto-Lei n.º 972 transborda os limites da proporcionalidade e atinge o próprio núcleo essencial da liberdade de exercício profissional.

A fim de aferir a proporcionalidade da norma restritiva, questionou o relator se, no caso em “o exercício da profissão de Jornalista exige qualificações profissionais e capacidades técnicas específicas e especiais e se, dessa forma, estaria o Estado legitimado constitucionalmente a regulamentar o tema em defesa do interesse da coletividade”.

A partir de abordagens doutrinárias, conclui que a lei pode exigir as qualificações profissionais a que se refere o artigo 5º, XIII, quando se tratar de profissões que podem trazer perigo de dano à coletividade ou prejuízos diretos a direitos de terceiros, sem culpa das vítimas, tais como a medicina e demais profissões ligadas à área de saúde, a engenharia, a advocacia e a magistratura, entre outras várias. Assim, a profissão de jornalista, por não implicar

riscos à saúde ou à vida dos cidadãos em geral, não poderia ser objeto de exigências quanto às condições de capacidade técnica para o seu exercício.

Com efeito, de acordo com o voto-vencedor, o dispositivo inscrito no artigo 4º, V, do Decreto-Lei nº 972 não passa pelo juízo de proporcionalidade, e, sequer pelo subprincípio da adequação, uma vez que “o jornalismo não exige técnicas específicas que só podem ser aprendidas em uma faculdade. O exercício do jornalismo por pessoa inapta para tanto não tem o condão de, invariável e incondicionalmente, causar danos ou pelo menos risco de danos a terceiros”.

A conclusão do voto, então, foi pela incompatibilidade do referido dispositivo em questão, que, por anterior à nova ordem constitucional, não foi por esta recepcionado, em que pese tenha assentado o relator que se verificava inconstitucionalidade, como se infere de excerto que segue:

Por isso, não obstante o acerto de todas essas considerações, que explicitam uma análise de proporcionalidade, o certo é que, mais do que isso, a questão aqui verificada é de patente inconstitucionalidade, por violação direta ao art. 5º, inciso XIII, da Constituição. Não se trata apenas de verificar a adequação de uma condição restritiva para o exercício da profissão, mas de constatar que, num âmbito de livre expressão, o estabelecimento de qualificações profissionais é terminantemente proibido pela ordem constitucional, e a lei que assim proceder afronta diretamente o art. 5º, inciso XIII, da Constituição.³²

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atualidade, o modelo de Estado Legal e o positivismo jurídico são conceitos que foram ultrapassados, respectivamente pelo modelo de Estado Constitucional e o pós-positivismo. A supremacia deixou de ser do Parlamento, tendo passado à Constituição. Tais alterações demandaram a reformulação dos conceitos de aplicação e interpretação do direito, e, neste último campo, tendência de unidade foi substituída pela ideia de pluralismo metodológico, possibilitando o desenvolvimento de diversas técnicas interpretativas.

Na esteira do que sustenta Barroso, a aplicação do direito constitucional sofreu três grandes transformações teóricas que lhe alteraram o modo de conhecimento, quais sejam, da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional, a relevância dos direitos

³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 511961/SP**, Tribunal Pleno. Dje 213. Publicado em 13 de novembro de 2009. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+511961%2ENUM%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+511961%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bbk8x6j>. Acesso em: 28 set 2014

fundamentais e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação. Diante da transformação da aplicação do direito constitucional, necessária se fez a abertura a distintos métodos interpretativos, resultando em um sincretismo metodológico.

Nesse particular, são correntes as situações em que o intérprete e aplicador encontra-se diante da colisão entre direitos fundamentais, ou de situações em que se vê obrigado a perquirir acerca da extensão de determinado direito fundamental.

Selecionou-se para o presente estudo, caso em que Supremo Tribunal teve diante de si a necessidade de decisão acerca da necessidade do diploma de curso superior em jornalismo, valendo-se, para tanto, da técnica da ponderação para identificação do núcleo essencial do direito fundamental em questão.

O direito de liberdade de exercício de atividade profissional é objeto de regra constitucional que estabelece a reserva legal qualificada, uma vez que o texto constitucional remete à legislação infraconstitucional a tarefa de estabelecer os requisitos para o exercício de determinadas profissões. Entretanto, tal dispositivo deve ser interpretado à luz do princípio da proporcionalidade, de modo que as restrições legais somente são válidas quando, como ensinam Branco e Mendes³³, quando verificadas a legitimidade dos meios utilizados e os fins perseguidos pelo legislador, mas também *adequados* esses meios à consecução dos objetivos pretendidos e é *necessária* a sua utilização.

Nesta senda, entendeu o STF que é proporcional a restrição do direito fundamental à liberdade de trabalho a regra legal que vier a estabelecer a exigência de qualificação específica quando o exercício da atividade, por sua natureza, puder “trazer perigo de dano à coletividade ou prejuízos diretos a direitos de terceiros, sem culpa das vítimas”. De acordo com a decisão, a profissão de jornalista não se enquadra em tal categoria, de modo que a restrição imposta pelo artigo 4º, V, do Decreto-Lei nº 972 não passa pelo filtro da adequação e, portanto, da proporcionalidade, sendo assim, incompatível com a Constituição. Ademais, a restrição em comento não resiste à realização de um juízo de ponderação envolvendo outros princípios assegurados pela Constituição, dentre os quais o da livre expressão de atividade artística, intelectual e de comunicação, cujo sacrifício, no caso concreto, viria em prejuízo ao princípio da

³³ BRANCO, Paulo; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 2011, p. 257.

proporcionalidade em sentido estrito, porquanto, segundo Alexy³⁴ "quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro".

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 721-732

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2 ed Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANCO, Paulo; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Brasília, 1988.

_____. **Decreto-Lei, nº 972/69**. Brasília, 1969.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 511961/SP**, Tribunal Pleno. Dje 213. Publicado em 13 de novembro de 2009. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+511961%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ+511961%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bbk8x6j>. Acesso em: 28 set de 2014

CALLEJÓN, Maria Luisa Balaguer. **Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico**. Madrid: Tecnos S/A, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

³⁴ ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. 2011. p. 721-732

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**: Teoria Geral do Processo. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. São Paulo: RT, 2013.

A VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE A DIREITOS FUNDAMENTAIS ASSISTENCIALISTAS E A TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA APLICADA

Karina Carla Girardi¹

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca aprofundar o conhecimento no que concerne às teorias da decisão jurídica e sua atuação no cenário brasileiro, tendo como análise uma de decisão emitida pelo STF – Supremo Tribunal Federal. Tendo em vista a densidade e complexidade do tema, se faz necessário pontuar os principais aspectos.

É sabido que ao aplicar a decisão, o julgador está a aplicar, muito mais do que a obediência às normas jurídicas, mas a aplicação de fato do próprio Direito. Desse modo, a tarefa da interpretação conforme Gadamer “consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação”.² No mesmo raciocínio, Eros Roberto Grau, para quem interpretar é “dar concreção (=concretizar) ao direito. Neste sentido, a interpretação (=interpretação/aplicação) opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos ainda: opera a sua inserção na vida.”³

Buscando entender o que motiva o julgador, o que funda uma decisão, é fundamental que se tente conhecer as teorias da mesma, entre outros, para verificar se na mais Corte do país incorre silogismo judicial ou até mesmo com o intuito de buscar evitar o ativismo judicial ou que se fundamente em motivos pessoais ou ilegítimos.

Conforme bem leciona o ilustre Lênio Streck: “[...] os Tribunais e o STF fazem política quando dizem que não fazem; eles fazem ativismo quando dizem que não fazem; e judicializam

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo/UPF. Especialista em Direito Previdenciário pela Anhanguera/Uniderp. Advogada. E-mail: karinagirardi@yahoo.com.br.

² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 1999.p. 489.

³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 1999, p. 28.

quando sustentam não fazer. (...) Poderia trazer centenas de decisões que, por vezes, aplicam o formalismo jurídico como se estivéssemos no século XIX [...]”⁴

Assim, diante da relevância do tema, não só aos operadores do direito, mas a sociedade em geral – vez que os efeitos atacam a todos – o estudo se faz atual e importante, mas tendo em vista a extensão e se tratar de um tema dédalo, a pesquisa será mais voltada à recente decisão do STF, e o uso das teorias da decisão jurídica aplicadas no caso concreto mencionado.

Dessa forma, também será importante destacar os aspectos, de maneira breve, de direito material que sustentam a demanda citada, para o leitor poder ganhar familiaridade com a decisão escolhida.

Portanto, mesmo com grande dificuldade, já que nos julgados não há especificidade sobre as teorias usadas, se tentará descortinar os métodos de julgamento escolhidos e utilizados por nossos ministros da mais alta corte brasileira, especialmente ao que tange a decisão do RE 567985, um julgamento que trata de questões assistencialistas, conforme previsto no artigo 203, inciso V, da CF/88.

Como muito bem alinhavado por José Eduardo Faria

Se as decisões dos juízes se circunscrevem apenas aos autos e às partes, como devem agir quando a resolução dos litígios a eles submetidos implicam políticas públicas, de responsabilidade do Executivo? Como suas sentenças podem guardar um mínimo de coerência entre si, uma vez que o inflacionado, fragmentário e ilógico sistema legal em vigor não permite decisões unívocas? Como proceder quando os demais poderes batem nas portas dos tribunais solicitando decisões que não foram capazes de tomar consensualmente? Na medida que os anacrônicos mecanismos processuais ainda em vigor não permitem uma filtragem correta e um encaminhamento adequado dos conflitos jurídicos, eles acabam chegando em estado bruto e, por consequência, com uma alta carga de passionalidade e explosividade à apreciação da magistratura”.⁵

Para prosseguirmos no estudo, será necessário abordar alguns apontamentos tanto acerca do Supremo Tribunal Federal, quanto ingressarmos no direito material, referente à decisão citada, esclarecendo os principais pontos no que concerne ao Recurso Extraordinário em questão.

Assim, se faz importante apontar que conforme entendimento de Georghio Alessandro Tomerlin, “cai por terra” após o surgimento da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) no Direito Brasileiro, a afirmação de que o STF não emite pareceres. Isso porque, o acórdão que encerra a apreciação da arguição tem força vinculatória decursiva da própria

⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.294.

⁵ O Judiciário e seus dilemas. Revista do Advogado (AASP), n. 56, set. 1999, p. 68.

Constituição, sendo tal ato mais parecido com um “parecer com força vinculante” do que uma decisão judicial típica.⁶

Tal situação se assemelha ao que se passa com o STF quando, sem declarar a inconstitucionalidade de uma lei, exerce relevante função nomofilática e paradigmática, ao fazer uma declaração parcial de nulidade ou proceder à chamada interpretação conforme a Constituição.⁷

No caso de declaração parcial de nulidade, conforme preconiza Luiz Guilherme Marinoni,

os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública ficam proibidos de se valer das interpretações declaradas inconstitucionais, enquanto, na interpretação conforme, o Judiciário e a Administração ficam impedidos de realizar outra interpretação que não aquela que foi declarada como a única constitucional pelo STF⁸.

Na visão de Lênio Streck, “ao vincular/obrigar o restante do sistema jurídico, provoca o congelamento (entificação do ser) de todos os demais sentidos que exsurgem do processo hermenêutico, impedindo o aparecer da singularidade dos casos”⁹.

1. DA FUNÇÃO PARADIGMÁTICA DO STF

O STF, ao conhecer do recurso extraordinário, ato contínuo “decide a causa aplicando o direito à espécie” (Súmula 456). Com isso, a Colenda Corte desempenha a dupla função nomofilática e dikelógica, onde a primeira reporta a preservação da inteireza positiva, validade e autoridade do ordenamento positivo e, a última é voltada a resolução justa da lide in concreto, nos limites do efeito devolutivo.¹⁰

⁶ TOMERLIN, Georghio Alessandro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento para uma remodelada “interpretação autêntica” dos direitos fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.p. 674.

⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no estado contemporâneo de direito**. 2 ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 58.

⁸ A jurisdição no Estado contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.) **Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Ed. RT, 2006.

⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Eidtora Revista dos Tribunais, 2013, p.802.

¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no estado contemporâneo de direito**. 2 ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 615.

Como bem refere Mancuso¹¹

Não há de estranho ou excrescente nessa função paradigmática, considerando-se que ao STF cabe operar como Corte Constitucional, que sobrepara a tudo e a todos, na órbita pública e particular, donde ser perfeitamente compreensível que suas decisões projetem uma eficácia expansiva pan-processual, em face dos entes políticos, demais instâncias decisórias, Administração Pública, jurisdicionados em geral e até mesmo ao interno da sociedade civil como um todo. Nesse sentido pronunciou-se, no início do século passado, o Chief Justice Hughes, da Suprema Corte norte-americana: **‘Estamos todos sob a égide da Constituição, mas ela é o que a Corte Suprema diz que ela é’.** (grifo meu)

Outrossim, cabe referir que em sua longa existência, as súmulas e decisões do STF prestaram grandes serviços, bastando lembrar seu contributo para o tratamento isonômico aos casos assemelhados. A título de exemplo, o juiz tendo prolatado sentença em conformidade com súmula do STF ou do STJ, está autorizado a não receber nem a apelação.¹²

Essa função paradigmática do STF se justifica porque enquanto as leis podem comportar mais de uma interpretação, o texto constitucional, de aplicação difusa em todas as instâncias judiciárias, tem no STF o seu intérprete máximo e definitivo, que dá a *ultima ratio* e fixa a única interpretação cabível, ficando excluídas as demais.

Ao estudar o direito como processo social de adaptação, o fato jurídico é visto como um fato da mesma natureza dos fatos naturais.¹³

Feita esta rápida análise sobre alguns aspectos da decisão em estudo, e do órgão julgador, para que se assimile tal julgado, é pertinente discorrer sobre conceito do direito material que rege a demanda.

¹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no estado contemporâneo de direito**. 2 ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 618.

¹² Conforme disposto no Código de Processo Civil, em seu Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. (Renumerado pela Lei nº 11.276, de 2006).

¹³ SOLON, Ari Marcelo. **Dever Jurídico e Teoria Realista do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 128.

2. CONCEITUAÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL, PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

A Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência social, e à assistência social, nos termos do artigo 1º da Lei nº 8.212/91¹⁴.

Dessa forma, os direitos compreendidos pela seguridade social fazem parte dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo assegurado pela Constituição de 1988. Assim, a finalidade nada mais é do que propiciar ao indivíduo a superação de um estado de necessidade social gerado por um risco social.

Nesse contexto, risco social pode ser assim conceituado

O termo risco social é empregado para designar os eventos, isto é, os fatos ou acontecimentos que ocorrem na vida de todos os homens, com certeza ou probabilidade significativa, provocando um desajuste nas condições normais de vida, em especial a obtenção de rendimentos decorrentes do trabalho, gerando necessidades a serem atendidas, pois nestes momentos críticos, normalmente não podem ser satisfeitas pelo indivíduo (BALTAZAR E ROCHA, 2004, p. 33).

Dessa forma, a superação deste risco social se dá por intermédio de prestações nas áreas de saúde, previdência e assistência social.

Dessa forma, sob um prisma constitucional, existem alguns princípios constitucionais que irão nortear todo o sistema previdenciário¹⁵, mas o princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, merece maior destaque, como segue abaixo.

¹⁴ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. p. 17.

¹⁵ Art. 194. CF/88. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio fundamental mais importante, não só na área de Direito Previdenciário, mas de todo o regulamento jurídico é a dignidade da pessoa humana. Esse princípio, que está esculpido na Constituição Federal¹⁶ tem na valoração do indivíduo seu ideal. No Direito de Previdenciário, a dignidade da pessoa humana se espalha em todos os seus institutos, em toda a sua extensão, como forma de garantia e do reconhecimento da função que cada membro desempenha no seio da sociedade.

A Constituição Federal proclama o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamental do Estado Democrático de Direito. Trata-se, portanto, da busca da elevação da dignidade de todos os cidadãos, sendo objetivo desta República a erradicação da pobreza e da marginalização sociais, com a redução das desigualdades sociais e regionais¹⁷.

Desse modo, basilar ao Direito Previdenciário a dignidade da pessoa humana. É justamente para a concretização deste princípio, que é necessário que os segurados, beneficiários da Previdência Social, tenham respeitados seus direitos básicos¹⁸.

3. DO AMPARO ASSISTENCIAL AO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA E AO IDOSO

Buscando fazer uma singela abordagem histórica acerca do benefício assistencial em questão, é de citar que o mesmo era denominado como “renda mensal vitalícia” e constituía-se num benefício da previdência social criado pela Lei n. 6.179/74, sendo devida aos maiores de 70 anos ou pessoas inválidas que não exercessem atividade remunerada e que comprovassem não possuir meios de prover a própria subsistência, sendo ainda requisito que tivesse filiação ao então INPS por no mínimo 12 meses; ou exercício atual de atividade remunerada vinculada no INPS ou até mesmo vínculo no FUNRURAL por 5 (cinco) anos; ou ainda que tivessem se vinculado ao regime do INPS após completar 60 (sessenta) anos.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

¹⁶ Artigo 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...]

III - a dignidade da pessoa humana”.

¹⁷ COSTA, José Ricardo Caetano. **Manual de Prática Previdenciária**. p. 40.

¹⁸ COSTA, José Ricardo Caetano. **Manual de Prática Previdenciária**. p. 40

O valor do benefício era igual à metade do maior salário-mínimo vigente no país. Isso só veio a mudar com a entrada em vigor da Constituição da República em 1988, em que ficou assegurado que nenhum benefício que substituísse o salário de contribuição seria inferior ao salário mínimo nacional. Este inclusive foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE número 159413¹⁹.

Assim, nos termos do artigo 139, da Lei n. 8213/91, a renda mensal vitalícia continuaria integrando o elenco dos benefícios previdenciários até a regulamentação do artigo 203, inciso V, da CF/88. A lei infraconstitucional que regularia o artigo constitucional em questão só veio a ocorrer quando da publicação da Lei n. 8742/93, a qual instituiu o benefício de prestação continuada, no valor de um salário mínimo mensal, destinado a pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 anos, desde que comprovassem não possuir condições de próprio sustento. No entanto, o então INPS continuou pagando a renda mensal vitalícia (em valor inferior ao salário mínimo) até a edição do Decreto n. 1744/95.

Com a publicação do Estatuto do Idoso (Lei. 10.741/2003), a idade mínima do idoso fora reduzida para 65 anos²⁰.

Em resumo, o artigo 203, inc. V, da Constituição Federal, fora regulamentada pela LOAS (Lei de Organização da Assistência Social), sendo estabelecido critérios para que seja concedido um benefício mensal assistencial no valor de um salário mínimo (sem direito a décimo terceiro) aos portadores de deficiência e aos idosos que não tenham, tampouco sua família, comprovadamente, condições ou meios de prover a própria manutenção.

Quanto à incapacidade financeira, dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 (LOAS) que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”.

¹⁹ EMENTA: Previdência Social. PAR. 5. do artigo 201 da Constituição Federal. - E auto-aplicável o PAR. 5. Do artigo 201 da Constituição Federal. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 159413, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 22/09/1993, DJ 26-11-1993 PP-25543 EMENT VOL-01727-08 PP-01635).

²⁰ Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas. (Vide Decreto nº 6.214, de 2007)

4. DA ADIN 1.232-1/DF

Não demorou muito para que o requisito financeiro estabelecido pela lei tivesse sua constitucionalidade contestada. Tal ação fora autuada sob número ADIN 1.232-1/DF, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente.

Chama atenção o resultado do julgamento da ADIN 1.232-1/DF, relatada pelo Ministro Ilmar Galvão, em que fora decidido que a aplicação da lei infraconstitucional se daria de forma objetiva, conforme julgado abaixo colacionado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

(ADI 1232, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/1998, DJ 01-06-2001 PP-00075 EMENT VOL-02033-01 PP-00095)

Denota-se que a decisão referida pela ADIN 1.232-1/DF, consolida o entendimento de que a legislação infraconstitucional não estaria infringindo texto constitucional, e, portanto, seria legítimo o critério objetivo de somente enquadrar a percepção do benefício à pessoa (portadora de deficiência ou idoso) se a renda *per capita* da família fosse até $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente, conforme artigo 20, § 3º, do LOAS.

Assim, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS, logo só quem a família percebesse até $\frac{1}{4}$ do salário mínimo por pessoa teria direito à percepção do benefício, ignorando outras situações, a exemplo do uso de medicamentos, fraldas que pudessem - embora passado o valor objetivo da renda fixado - comprometer o orçamento de forma impactante, deixando tais pessoas à mercê da própria sorte.

Prosseguindo, em 2004, o INSS propôs reclamação em face de sentença onde restou decidido que o requisito legal deveria ser tomado apenas como parâmetro para se examinar as condições econômicas da família e não como um requisito impeditivo, por si só, para a concessão do benefício. Em 2005 sobreveio a seguinte decisão emitida pelo STF:

RECLAMAÇÃO. SALÁRIO-MÍNIMO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E IDOSO. ART. 203. CF. A sentença impugnada ao adotar a fundamentação defendida no voto vencido afronta o voto vencedor e assim a própria decisão final da ADI 1.232. Reclamação procedente.

Percebe-se que passados mais de dez anos, e mesmo com a edição de legislação que introduziu novos critérios para aferição da pobreza, tal qual criou o Programa Bolsa-Família (Lei n. 10.836/04), fora mantida a decisão do STF, sob alegação de que “leis que disciplinem outros benefícios não têm o condão de alterar as disposições da Lei n. 8742/93”²¹.

Isso vinha deixando a sociedade insatisfeita, vez que “na vida real” é praticamente impossível que se viva (ou sobreviva) com apenas ¼ do salário mínimo por pessoa, salientando serem os beneficiários pessoas mais expostas aos riscos sociais, a gastos com medicamentos e afins.

Tendo em vista essa insatisfação da sociedade, com o manejo de inúmeros recursos (inclusive com decisões de primeiro e segundo graus favoráveis aos segurados, conforme se viu acima), a posição do Supremo Tribunal Federal experimentou sensível alteração a partir do julgamento da Rcl n. 4374, sendo colacionada a decisão abaixo, além de outras sucessivas²²:

(...) Portanto, mantendo-se firme o posicionamento do Tribunal em relação à constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei n. 8742/93, tal como esposado no julgamento da ADI 1.232, o mesmo não se poderia afirmar em relação ao que decidido na Rcl – AgR 2.303/RS, Rel. Min. Ellen Gracie (DJ 1.4.2005). O Tribunal parece caminhar no sentido de admitir que o critério de ¼ do salário mínimo pode ser conjugado com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade do indivíduo e de sua família para concessão do benefício assistencial de que trata o art. 203, inciso V, da Constituição. Entendimento contrário, ou seja, no sentido da manutenção da decisão proferida na Rcl 2.303/RS, ressaltaria ao menos a inconstitucionalidade por omissão do § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93, diante da insuficiência de critérios para se aferir se o deficiente ou o idoso não possuem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, como exige o art. 203, inciso V, da Constituição. A meu ver, toda essa reinterpretação do art. 203 da Constituição, que vem sendo realizada tanto pelo legislador como por esta Corte, pode ser reveladora de um processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93. Diante de todas essas perplexidades sobre o tema, é certo que o Plenário do Tribunal terá que enfrentá-lo novamente. Ademais, o próprio caráter alimentar do benefício em referência torna injustificada a alegada urgência da pretensão cautelar em casos como este. Ante o exposto, indefiro o pedido de medida liminar²³.

Assim, como a Lei permaneceu (e ainda permanece) inalterada, foram elaboradas maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pelo LOAS, para avaliar o real estado de miserabilidade da família pretendente do benefício, passando a analisar caso a caso da realidade dos beneficiários.

²¹ Rcl n. 2323, DJ 20 maio 2005, maioria. Em nosso sentir, não poderia ser diferente, em obediência ao disposto no art. 195, § 5º, da CF/88.

²² Rcl n. 442, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30 jun. 2006; Rcl n. 4133, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 30 jun. 2006; Rcl n. 4366, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 1º jun. 2006; Rcl n. 4280, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30 jun. 2006; Rcl n. 3805, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJ 18 out. 2006.

²³ Rcl n. 4374, DJ 6 fev. 2007, decisão singular Min. Gilmar Mendes.

5. DO JULGAMENTO DO RE 567985

Como se viu, o artigo 203, inciso V, da CF/88 passou a ser uma norma constitucional de eficácia contida, visto que o direito é assegurado no Texto Constitucional “conforme dispuser a lei”, entretanto, tal fato não pode levar à conclusão de que a lei ordinária tem o condão de restringir um direito constitucionalmente previsto, sob pena de completa inversão do princípio da hierarquia das leis e transformação da norma constitucional em mera norma programática no sentido que a doutrina clássica concebia, de simples exortação moral ao legislador ordinário.²⁴

Nesse contexto, tem-se o recente julgado do Supremo Tribunal Federal, em que o recurso fora interposto pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, tendo em vista decisão que deferira o benefício assistencial (LOAS) a idoso, desconsiderando o critério objetivo constante no artigo 20, § 3º, da LOAS²⁵.

Assim, no julgamento RE 567985, em abril de 2013, o STF se manifestou no sentido de preponderar o princípio da dignidade humana, levando em consideração o que o constituinte “quis dizer” quando da elaboração do artigo 203, inciso V, da CF/88.

Assim, no corpo da decisão constou que

(...) Em síntese, consigno que, sob o ângulo da regra geral, deve prevalecer o critério fixado pelo legislador no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93. Ante razões excepcionais devidamente comprovadas, é dado ao intérprete do Direito constatar que a aplicação da lei à situação concreta conduz à inconstitucionalidade, presente o parâmetro material da Carta da República, qual seja, a miserabilidade, assim frustrando os princípios observáveis – solidariedade, dignidade, erradicação da pobreza, assistência aos desamparados (sic). Em tais casos, pode o Juízo superar a norma legal sem declará-la inconstitucional, tornando prevaletes os ditames constitucionais (...)²⁶

O voto do Ministro Luiz Fux foi esclarecedor quanto ao resultado da demanda, *in verbis*:

(...) o Supremo Tribunal Federal, que é a última instância - se não fizer, ninguém o fará -, exortar o legislador a que cumpra a Constituição. Tivemos aqui problemas relativos às emendas constitucionais que não obedecem ao devido procedimento legal, medidas provisórias. Em todos esses casos, houve a necessidade de modular, porque a modulação é prevista na própria lei que regula a declaração de constitucionalidade das leis. Então, o princípio da legalidade está sendo observado. O que se pretende? Durante esse prazo de vácuo legislativo, não se pode ter coragem de assumir o caos. Ninguém tem o direito de assumir, por hombridade, o caos legislativo, o apagão

²⁴ VIANNA, João Ernesto Aragonés. Curso de Direito Previdenciário. p. 38.

²⁵ Lei 8742/93, Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) [...]

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal **per capita** seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011).

²⁶ Voto do Sr. Min. Marco Aurélio.

legislativo do país. A verdade é a seguinte: são tantas as situações, as violações aqui! O princípio da isonomia, o princípio da dignidade humana foram reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal. E exatamente para que não permaneçam essas violações, é que o juiz pode, durante esse período de vácuo legislativo, avaliar o que deve ser feito no caso concreto. **Mutatis mutandis**, foi isso que se estabeleceu.

Em segundo lugar, o direito não pode viver distante da realidade; a realidade hoje é exatamente essa. É uma realidade que reclama que haja efetivamente essa modulação. Porque, se não houver essa modulação, o terror que atemoriza - digamos assim - aqueles que estão preocupados com custos atuariais será muito maior. Então, é preciso estabelecer até em que momento vamos tolerar esse estado de inconstitucionalidade. Esse é o papel da Corte. Isso já foi feito diversas vezes, Senhor Presidente. (...)

Aliás, vital se faz transcrever o resumo do acórdão do Recurso Extraordinário de número 567985, objeto da análise:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 567985, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013)

Assim, em virtude de mudanças fáticas, sociais e econômicas na própria sociedade, sendo que a legislação infraconstitucional não acompanhou tal mudança, necessário se fez novo pronunciamento do STF a respeito, conforme julgado “o direito não pode viver longe da realidade”.

Outrossim, apresentado o caso jurídico, se faz necessário a tentativa de assimilar qual teoria da decisão fora aplicada, e todas as peculiaridades da mesma, pois, conforme facilmente se denota, se trata de um julgado com características únicas.

Inicialmente, é de consignar que os Ministros foram cautelosos ao emitirem suas posições, evidenciado que tentaram buscar a melhor solução sem contrariar a decisão anterior emitida pela Corte (ADIN 1.232), nem entrar na seara do ativismo judicial, mas, respeitando os princípios constitucionais e a vontade do legislador constituinte.

Lenio Streck, com propriedade, observa que: “As palavras da lei são constituídas de vagezas, ambigüidades, enfim, de incertezas significativas. São, pois, plurívocas. Não há possibilidade de buscar/recolher o sentido fundante, originário, primevo, objetificante, unívoco ou correto de um texto jurídico.”²⁷

O sentido extraído de qualquer texto dependerá, sempre, do contexto social, cultural, econômico e jurídico no qual o texto interpretado esteja inserido e, principalmente, da pessoa que efetua a interpretação.

Observa Lenio Streck que há inúmeras hipóteses em que a declaração de inconstitucionalidade de um texto infraconstitucional – com a sua conseqüente exclusão do mundo jurídico – trará mais malefícios que benefícios à sociedade. Em tais casos, a interpretação em conformidade com a constituição conflui naturalmente para uma adição/adjudicação de sentido ao texto infraconstitucional interpretado, sem que isso possa ser tido como uma usurpação da função legislativa, como pretendido por Canotilho.²⁸

É um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela.²⁹ No entanto, conforme definiu Tércio Sampaio Ferraz Junior, a presença dos valores no discurso normativo não faz da norma um juízo de valor. Mas também não

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 2000. p. 239.

²⁸ Canotilho assevera que “a alteração do conteúdo da lei através da interpretação pode levar a uma usurpação de funções, transformando os juizes em legisladores activos. Se a interpretação conforme a constituição quiser continuar a ser interpretação, ela não pode ir além dos sentidos possíveis, resultantes do texto e do fim da lei.” In CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. p. 1.226.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. p. 443.

nos autoriza a ver a norma como axiologicamente neutra. Assim, para exercer sua função na norma, os valores são neutralizados³⁰.

Fica evidenciado que a decisão vergastada desafia o enquadramento em uma teoria da decisão jurídica.

6. ASPECTOS ACERCA DE ALGUMAS TEORIAS DA DECISÃO JURÍDICA

No que concerne à teoria da argumentação, é salutar referir que a argumentação jurídica vai além da lógica jurídica, vez que os argumentos jurídicos podem ser estudados também de uma perspectiva que não é a da lógica (a exemplo da psicológica ou sociológica), ou então de uma perspectiva não formal (tópica, retórica, dialética...). Da mesma forma, a lógica jurídica vai além da argumentação jurídica no sentido de que tem um objeto de estudo mais amplo.³¹

Pode-se distinguir três diferentes campos jurídicos em que ocorrem argumentações. O primeiro é o da produção ou estabelecimento de normas jurídicas, o segundo o da aplicação das normas jurídicas à solução de casos e o terceiro é o campo da dogmática jurídica.

Dentre as teses mais conhecidas da teoria da argumentação jurídica, estão os ensinamentos de Robert Alexy³², o qual não pretende simplesmente elaborar uma teoria normativa da argumentação jurídica (que permita distinguir os bons dos maus argumentos), e sim uma teoria que seja também analítica (que penetre na estrutura dos argumentos) e descritiva (que incorpore elementos de tipo empírico).

A fim de elaborar um esboço de uma teoria do discurso prático racional geral, Alexy utiliza fontes muito variadas, tais quais diversas teorias da ética analítica (especialmente as de Hare, Toulmin e Baier), a teoria do discurso de Habermas, a teoria da deliberação prática da escola de Earlangen e a teoria da argumentação de Perelman, sendo a influência fundamental a exercida por

³⁰ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Teoria da Norma Jurídica**. 3 ed. 1997: Editora Forense, p. 154-155.

³¹ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica, p. 52.

³² ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**. Die Theorie des rationales Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 1978, reimpressão em 1983. As citações correspondem à ed. espanhola. Teoría de la argumentación jurídica (trad. De M. Atienza e I. Espejo) Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Habermas³³. Habermas pretende diferenciar, por um lado, direito e moral, e por outro, reconstruir a relação de cooriginalidade e de complementaridade entre eles, não de subordinação³⁴.

Além disso, Alexy entende que uma teoria da argumentação jurídica só releva todo o seu valor prático no contexto de uma teoria geral do Estado e do Direito. Esta última teoria teria de ser capaz de unir dois modelos diferentes de sistema jurídico: o sistema jurídico como sistema de procedimentos e o sistema jurídico com sistema de normas. O primeiro representa o lado ativo, e se compõe de quatro procedimentos já mencionados: o discurso prático geral, a criação estatal do Direito, o discurso jurídico e o processo judicial. O segundo é o lado passivo, e de acordo com Alexy, deve mostrar que o Direito, como sistema de normas, é composto não só de regras, como também de princípios³⁵:

Outrossim, embora não seja possível construir uma teoria dos princípios que os coloque numa hierarquia estrita, pode-se estabelecer uma ordem frouxa entre eles, que permita a sua aplicação ponderada – de maneira que sirvam como fundamento para decisões jurídicas), e não o seu uso puramente arbitrário (...) Esse modelo de Direito em três níveis (o das regras, o dos princípios e o dos procedimentos) não permite alcançar sempre uma única resposta correta para cada caso, mas é o que leva a um maior grau de racionalidade prática e é também o modelo de racionalidade incorporado no Direito moderno e, em particular, no Direito de um Estado democrático e constitucional.

Conforme muito bem definiu Atienza, que as regras do discurso jurídico não podem servir como critério para os casos difíceis, pois dado o caráter mais formal e flexível das mesmas, o que normalmente ocorrerá é que as diversas soluções em presença, por exemplo, as opiniões sustentadas pela maioria e pela minoria de um tribunal num caso controvertido, se manterão dentro do discursivamente possível. Assim, Alexy teria de ter desenvolvido a teoria da razoabilidade, entre as diversas soluções racionais, a mais razoável. No entanto, os critérios de racionalidade³⁶ prática de Alexy, são demasiados estreitos – a regra fundamental do discurso prático geral (a consideração recíproca dos interesses de todos os envolvidos) parece vigorar no discurso jurídico de aplicação das normas³⁷.

³³ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica**, p. 234.

³⁴ OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática do marco do patriotism constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 15-16.

³⁵ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica**, p. 266.

³⁶ Talvez se possa apontar um certo exagero ao se criticar uma carência de racionalidade no modelo de Alexy, pelo fato de tratar qualitativamente valores como princípios e vice-versa e com isto sopesar valores ao lidar com conflitos de certo tipos de normas, por ele concebidas como princípios.

³⁷ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica**, p. 301.

Em resumo, em razão de que Alexy não define os princípios de acordo com os níveis discursivos de fundamentação e aplicação e sim com base em um tipo de estrutura normativa de otimização, termina por atribuir-lhes um conteúdo quase material, qualitativamente valorativo, com um “peso” já específico no momento de sua ponderação.³⁸

Neste ponto de vista, parece razoável entender que a decisão do STF objeto da análise, sofre influência da referida teoria, vez que se utiliza de princípios, em especial o da dignidade da pessoa humana, para fundamentarem a decisão proferida, ao que, no entender do Ministro Luiz Fux devido ao “vácuo legislativo”, que não acompanhou as mudanças na sociedade. Denota-se que, com base em princípios constitucionais – muitos deles inclusive implícitos – muitos julgadores têm declarado a inconstitucionalidade de normas legais e, a seguir, substituído a decisão legislativa pela solução reputada mais adequada ao caso concreto.

Denota-se, extraindo parte do RE 567985 que

(...) Em suma, está-se diante de situação em que a concretização do princípio da dignidade humana e do dever específico de proteção dos hipossuficientes – idosos e deficientes – encontra-se aquém do texto constitucional. Embora ainda pouco utilizado pelo Supremo, emerge como parâmetro de aferição de constitucionalidade da intermediação legislativa de direitos fundamentais o chamado princípio da proibição da concretização deficitária, cujo fundamento último radica-se no dever, imputável ao Estado, de promover a edição de leis e ações administrativas efetivas para proteger os direitos fundamentais (...)

No entanto, devemos nos ater também ao que alerta Lênio Streck³⁹

Importante anotar que no Brasil, os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra – sim, é uma regra – da ponderação em um princípio. Com efeito, se na formatação proposta por Alexy a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção -, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos.

Nesse contexto, diversamente de Luhmann⁴⁰, Dworkin⁴¹ constata que a Constituição está estruturada, fundamentalmente em princípios e não em regras precisas e textualmente

³⁸ GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Rio de Janeiro: Landy, 2004, p. 321.

³⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.287.

⁴⁰ “A concepção de direito luhmanniana, pela percepção crítica que lhe é traçada por Gunther, parece basear-se numa ideia de ordenamento jurídico que reduz o direito à lei, vale dizer, baseando-se exclusivamente em regras, tal como nas concepções de direito do século XIX e princípios do século XX, que desconsidera o papel de princípios morais ou diretrizes políticas como fatores decisivos que se comunicam com o sistema jurídico através de processos de interpretação e argumentação”. In CADEMARTORIA, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 198.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**. São Paulo: Martins Flores, 2003.

exaustivas, como também é o caso da Constituição Federal, embora esta também possua muitas regras. No ponto de vista de Dworkin, ao tratar-se de princípios, a precisão dos termos da lei que informam seu conteúdo deve ceder espaço às concepções valorativas que informam as razões dos princípios para cada caso, em um jogo de equilíbrio entre decisões judiciais precedentes e moral institucional vigente⁴².

Em síntese, aparenta esse pensamento também estar presente entre os ideais que conduziram a decisão objeto do estudo.

No entanto, se observa que tal teoria não parece reinar absoluta dentro do julgado, tendo em vista que outras foram lançadas implicitamente como razão de decidir pelos Ministros para chegar à solução do caso.

Assim, de outra linha, surge a chamada teoria da decisão neoconstitucionalista, a qual configura uma nova matriz epistemológica do direito, apresentando como um dos seus principais desafios, no campo estritamente jurídico, o equacionamento entre as dimensões do Direito, Moral e Política. Isso se daria ao estabelecer suas formas de entrelaçamento, o que pressupõe o desenvolvimento de padrões de racionalidade baseados mais na razoabilidade prudencial do que cientificismo formal, típico do positivismo jurídico. Nas palavras de Cademartoria e Duarte

o neoconstitucionalismo é um fenômeno que transcende a dimensão puramente jurídica, encontrando também os seus fundamentos a partir de uma concepção própria de Estado de Direito e uma nova forma de focar o papel da Constituição, por parte dos poderes públicos e da própria sociedade⁴³.

Assim, a decisão do STF, em partes, também se poderia considerar na esteira do pensar neoconstitucionalista. Se percebe que não podemos incluir definitivamente e tão somente em uma teoria, excluindo as demais, até mesmo porque muitas se complementam e, *in casu*, embora teoricamente parece não existir a possibilidade de uma teoria alexyana bem como constitucional incidirem, aparentemente, na decisão apontada, tais teorias parecem conviver de forma pacífica, ou mais perto disso possível.

No entanto, Streck afirma que o próprio Alexy pode ser considerado um neoconstitucionalista, não sendo uma teoria inovadora, pois aposta na tese já há muito debatida

⁴² CADEMARTORIA, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

⁴³ CADEMARTORIA, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 29.

de que princípios são valores – buscando equiparar o conteúdo deontológico dos princípios ao conteúdo axiológico dos valores. Ainda, refere que *mutatis mutandis* trata-se de um positivismo inclusivo⁴⁴, usando como exemplo as teses recentemente denominadas “neoprocessualistas”⁴⁵.

Por fim, se verifica que a decisão respeitou texto constitucional (artigo 203, V, da CF/88), e ainda, buscou assegurar os princípios norteadores da elaboração da Carta Magna, mesmo que o legislativo não tenha regulamentado uma norma legal já defasada e, cabendo ao STF interpretar o texto constitucional diversamente do que consta em legislação infraconstitucional.

Denota-se que árdua é a tarefa de identificar as teorias usadas pela Suprema Corte, mesmo porque ao que se percebe, os julgamentos do STF se valem de várias teorias da decisão, usadas conjunta e heterogeneamente, na quase totalidade dos julgados pesquisados, de formas imprecisas e implícitas, se tornando quase impossível delimitar precisamente a teoria usada em cada julgado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme analisado, fora discorrido, de forma sucinta, acerca das decisões do STF, bem como a consequência do resultado das mesmas. Também fora evidenciado que a legislação infraconstitucional está sendo ineficiente.

Discorrido acerca do benefício assistencial ao portador de deficiência, verificou-se que não se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana limitar à percepção do benefício somente quem se enquadrar até ¼ do salário mínimo por pessoa, dentro da unidade familiar, vez que isso deturparia o intuito assistencial do legislador constituinte.

Analisando as teorias da decisão jurídica, frente ao caso manifestado pelo Recurso Extraordinário de n. 567985 fora verificado que o Supremo Tribunal Federal também sofre

⁴⁴ O conceito de positivismo jurídico inclusivo é quando determinações do direito possam estar em função de considerações morais. Essa incorporação da moral se constitui no argumento segundo o qual a moralidade pode ser uma condição de legalidade, sendo o corolário que os juízes apelam a determinados padrões morais na resolução de casos judiciais, incorporando ditos conteúdos morais na composição do direito juridicamente válido. *In*: POZZOLO, Susanna e DUARTE, Écio Oto Ramos. **Ne Constitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 41.

⁴⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Eidtora Revista dos Tribunais, 2013, p.297.

influência por fatores múltiplos, tais como a mudança fática da sociedade, necessitando mudarem o próprio entendimento, mesmo que antes tivessem se manifestado em sentido oposto.

Assim, para que incida o constitucionalismo democrático, mister se faz a interação com o sentimento social ⁴⁶. Expostas algumas teorias da decisão jurídica, mostrou-se cabível incidir em um só julgado, diversas teorias, muito embora algumas mais visíveis e presentes que outras.

E embora algumas teorias tenham sua base totalmente divergentes entre si, às vezes, em alguns casos concretos, elas podem aparecer de forma conjunta, o que, a princípio, se mostrara no caso estudado.

Por fim, comprovou-se ser árdua a tarefa de identificar as teorias usadas pela Suprema Corte, já que como referido, os julgamentos do STF se valem de várias teorias da decisão, usadas conjunta e heterogeneamente, na quase totalidade dos julgados pesquisados, de formas imprecisas e implícitas, se tornando quase impossível delimitar precisamente a teoria usada em cada julgado.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**. Die Theorie des rationales Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 1978, reimpressão em 1983. As citações correspondem à ed. espanhola. Teoría de la argumentación jurídica (trad. De M. Atienza e I. Espejo) Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica**, São Paulo: Landy. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 4ª ed. 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 159413, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 22/09/1993, DJ 26-11-1993 PP-25543 EMENT VOL-01727-08 PP-01635.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 4ª ed. 2013, p. 444.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 567985, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013.

CADEMARTORIA, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêtica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COSTA, José Ricardo Caetano. **Manual de Prática Previdenciária**. São Paulo: Plenum, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 1999.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Rio de Janeiro: Landy, 2004.

JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Teoria da Norma Jurídica**. 3 ed. 1997: Editora Forense.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no estado contemporâneo de direito**. 2 ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme (coord.) Estudos de direito processual civil: **homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Ed. RT, 2006.

O Judiciário e seus dilemas. **Revista do Advogado (AASP)**, n. 56, set. 1999.

OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática do marco do patriotism constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

POZZOLO, Susanna e DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

SOLON, Ari Marcelo. **Dever Jurídico e Teoria Realista do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 128.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Eidtora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

TOMERLIN, Georghio Alessandro. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento para uma remodelada “interpretação autêntica” dos direitos fundamentais**. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (coord.). Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. Curso de Direito Previdenciário. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

ANÁLISE CRÍTICA DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54 SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA DECISÃO DE ROBERT ALEXY

Mônica Giusti Rigo¹

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou ser inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Procurará abordar os principais fatos trazidos ao caso e sua interpretação. O voto do Ministro Relator Marco Aurélio tem como principal marco para análise da decisão.

Após, será feita uma tomada geral da teoria da decisão de Robert Alexy, no que concerne a solução de conflitos entre regras e princípios. Logo após, será feito um comparativo entre a decisão em foco e a teoria explanada.

O artigo tem como objetivo verificar de que modo o Supremo Tribunal Federal realizou a interpretação dos preceitos constitucionais e dos direitos fundamentais elencados na constituição, e se o modo interpretativo está de acordo com a teoria de Robert Alexy.

1. DOS FATOS DO CASO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para iniciar o artigo se faz necessário descrever os fatos que levaram o Supremo Tribunal Federal a pronunciar-se a respeito do caso de aborto de fetos anencéfalos, e os argumentos levados em conta para que a decisão fosse fundamentada e, deste modo, a interpretação, objeto da decisão, fosse considerada inconstitucional.

Em primeiro lugar, até o ano de 2005, por volta de três mil autorizações para realização de abortos foram feitos aos tribunais de justiça e juízes, e outro fato alarmante levado em consideração foi o de que o Brasil é o quarto país com mais casos de anencefalia no mundo².

¹ Mestranda do programa de Pós-Graduação do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF, bolsista do PROSUP/CAPES. E-mail: monicagiustirigo@gmail.com

Na inicial, pede-se a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal¹ (Decreto-Lei nº 2.848/40) que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado. Pretende-se o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se ao citado procedimento sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado³.

O que foi requerido nesta decisão se referia somente a inconstitucionalidade da interpretação em relação a tipicidade do delito de aborto de anencéfalo em específico, não a revogação do texto total do crime de aborto elencado nos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal pátrio. Aqui o aborto de anencéfalo é nominado de antecipação terapêutica do parto.

Neste caso foram discutidos os direitos individuais da mulher grávida e o interesse da sociedade na proteção de todos que fazem parte dela. “O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres”⁴.

A diferença crucial entre o aborto convencional e da antecipação terapêutica do parto reside no fato de que no primeiro caso se refere a um feto saudável onde há vida extra-uterina em potencial, e no segundo caso apresenta-se uma situação totalmente oposta à primeira, não há expectativa de vida ao feto, pois inviável a vida extra-uterina.

Nos termos do voto do relator, foi entendido que a tipificação penal da antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo era inconstitucional de acordo com os preceitos garantidores do “Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde”⁵.

1.1 Separação entre Estado e Religião

Desde a constituição de 1891 o Estado brasileiro é laico. O texto presente na Constituição de 1988 assegura a liberdade religiosa dos brasileiros e estrangeiros residentes neste Estado (art. 5º, inciso VI, da CF). De mesmo modo, o texto constitucional veda aos municípios, aos estados

² _____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 16 de setembro de 2014.

³ Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 32.

⁴ Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 33.

⁵ Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 34.

membros, ao Distrito Federal e a União que sejam estabelecidos ou forneçam subsídios a cultos religiosos ou igrejas, com ressalva somente a colaboração de interesse público (art. 19, inciso I, da CF).

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

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público⁶;

Neste sentido, no texto da Constituição Federal de 1988 não há a adesão da religião crista. O que existe é somente no texto do preâmbulo a frase “sob a proteção de Deus”, o que não faz distinção entre qualquer religião. Ainda assim, em relação ao texto da constituição, segundo decisão do Supremo Tribunal Federal, o preâmbulo não possui força normativa.

Conclui-se que, a despeito do preâmbulo, destituído de força normativa – e não poderia ser diferente, especialmente no tocante à proteção divina, a qual jamais poderia ser judicialmente exigida –, o Brasil é um Estado secular tolerante, em razão dos artigos 19, inciso I, e 5º, inciso VI, da Constituição da República. Deuses e césores têm espaços apartados. O Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro⁷.

A laicidade estatal ao mesmo tempo que repele a interferência de religiões no curso das decisões estatais, também protege a existência e realização de cultos religiosos dos mais diversos gêneros. Assim, se tem a garantia de separação entre Estado e religião, de modo que nenhum interfira no outro.

Concepções religiosas servem para que cada pessoa intimamente as siga ou não, de acordo com a sua concepção individual, “concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada”⁸.

Nesse sentido, entende-se que a religião não pode interferir nas decisões estatais para que o direito a religião faça com que outros direitos fundamentais sejam dispensados, tais como os direitos individuais da mulher que busca a antecipação terapêutica do parto. Assim, pode-se citar

⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 de setembro de 2014.

⁷ Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** 54. p. 39.

⁸ Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** 54. p. 42.

como exemplo o direito a saúde física e mental e o direito a autodeterminação violados pela interpretação dos artigos de lei analisados pela decisão dada anteriormente.

As entidades religiosas fazem parte do Estado brasileiro, porém seus argumentos a favor ou contra qualquer decisão judicial deve ser levado em conta segundo argumentos que independam da crença do ouvinte para terem sentido e razão.

Logo, a opinião das entidades religiosas não está sendo desvalorizada. Porém, assim como qualquer pessoa do povo elas têm direito a manifestar a sua opinião a respeito dos casos postos para discussão, entretanto, a decisão final não pode ser tomada devido a estas orientações morais religiosas.

1.2 Anencefalia

A antecipação terapêutica do parto não é realizada em qualquer tipo de gravidez, mas naquelas em que o feto possui uma deformidade, chamada anencefalia. “A anomalia consiste em malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária”⁹.

Para ser caracterizado como anencéfalo deve possuir a ausência de ambos os hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral rudimentar. O anencéfalo, assim como o morto cerebral, respira e possui batimentos cardíacos, porém não tem atividade cortical¹⁰.

As atividades neurológicas do anencéfalo são gravemente prejudicadas. As funções que dependem dos hemisférios e do córtex lhe faltam. A anencefalia é uma doença letal, e sem possibilidade de desenvolvimento do cérebro em momento posterior. Logo, é uma vida sem potencialidade de prosseguir fora do útero da mãe. A morte do feto ocorre em 100 por cento dos casos¹¹.

Cumprido rechaçar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga,

⁹Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 44.

¹⁰Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 44.

¹¹Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 45.

cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevivência extrauterina. Cuida-se tão somente de anencefalia¹².

O batimento cardíaco e a respiração não excluem o diagnóstico de morte cerebral. “O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão”¹³.

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente – tais como direito à vida, à saúde, a alimentação, etc. – foram afastados de sua aplicação ao caso, pois não existe a possibilidade de vir a se tornar uma criança e um adolescente.

Outrossim, o diagnóstico de anencefalia pode ser realizado na décima segunda semana de gestação, devendo ser realizado novamente após duas semanas, possuindo certeza absoluta do resultado. O exame é realizado por ultrassonografia, que inclusive tem disponibilidade no Sistema Único de Saúde (SUS).

1.3 Da proteção dos anencéfalos em razão da doação de órgãos

A doação dos órgãos de anencéfalo não pode ser realizada, em primeiro lugar, em razão de não se poder obrigar a manutenção de uma gravidez pela mera possibilidade de doação, ferindo a dignidade e a autonomia da mulher grávida. Outro motivo pelo qual não pode ser realizada esta doação é devido ao fato que os órgãos de anencéfalos dificilmente são desenvolvidos em sua completude, e, por este modo, não podem ser utilizados em transplantes.

A mulher não pode ser tratada como objeto, tendo a gestação como fim a doação dos órgãos do feto. A doação de órgão deve ser voluntária, caso a gestação prossiga em razão da obrigatoriedade, este ato não será mais voluntário. Assim como a doação de sangue, a doação de órgãos não pode ser obrigatória, ainda que possa salvar muitas vidas.

A permanência da gestação, no caso de feto anencéfalo, deve ser ato aderido voluntariamente pela mulher, pois a violação da disposição de seu corpo fere o princípio dignidade da pessoa humana e a autonomia da mulher.

¹² Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 48.

¹³ Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 46-47.

Outrossim, ainda que a mulher seja obrigada a manter a gestação, e gerar o feto com o fim único da doação de órgãos, “a circunstância de o feto anencéfalo ser comumente portador de diversas outras anomalias e de possuir órgãos menores do que os de fetos saudáveis praticamente impossibilita a doação de órgãos”¹⁴. Logo, este argumento não pode servir como embasamento da argumentação de permanência e continuidade da gestação.

1.4 Direito a vida

O anencéfalo não tem vida em potencial, é um feto que está fadado a morte ainda antes do nascimento, e se isso não acontecer, irá sobreviver poucos minutos fora do útero. O Conselho Federal de Medicina, bem como os especialistas, se referem ao feto anencéfalo como natimorto cerebral.

Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida¹⁵.

Logo, o direito à vida no anencéfalo não existe, pois se não há vida por prosseguir para além dos primeiros minutos de nascimento, não há direito a ser assegurado. Em contrapartida ao direito a “vida” do anencéfalo, tem-se o direito da mulher, esta irá sofrer durante a gravidez pois saberá que daquela gravidez a única coisa que possui certeza é o enterro do feto logo após o parto.

O crime tipificado no código penal do aborto é crime contra a vida, porém se não há vida a ser protegida, por obviedade não há crime cometido. Deste modo, o aborto de anencéfalo, ou como nominado de forma mais correta, a antecipação terapêutica do parto, é fato atípico.

Outrossim, o direito à vida não é maior que qualquer outro, tanto que para isso pode ser citado como exemplo o caso da permissão da pena de morte em caso de guerra, e a permissão do aborto, mesmo que sadio o feto, em caso de concepção por estupro. Neste segundo caso, o legislador priorizou o direito da mulher vítima ao do feto. O que deve ser considerado neste caso como prioridade também.

¹⁴Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 53.

¹⁵Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 54.

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão¹⁶.

Como exemplo de que o direito à vida não é absoluto é o caso da diferença das penas entre o crime de homicídio e o de aborto provocado por gestante, o primeiro é de seis a vinte anos, e o segundo de um a três anos. Deste modo, o que se percebe, é que a vida na medida em que se desenvolve é mais ou menos tutelada pelo Estado¹⁷.

Faz-se necessário fazer uma diferenciação entre a valoração da vida de um feto saudável com a de um feto anencéfalo, este segundo que não tem perspectiva de continuidade. “Mostra-se um equívoco equiparar um feto natimorto cerebral, possuidor de anomalia irremediável e fatal, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, a um feto saudável”¹⁸.

1.5 Os direitos da mulher gestante

Para além dos argumentos trazidos nos tópicos anteriores, se tem a problemática dos direitos da mulher gestante violados, tais como o direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia, à privacidade. Quanto ao direito a saúde tanto física quanto mental, a continuidade da gestação pode causar problemas psicológicos traumáticos as mulheres, como relataram algumas que já passaram por este fato.

Neste sentido, alguns dos especialistas ouvidos em audiência relataram o maior número de complicações da gestação neste caso. A continuidade desta “implica o aumento da morbidade bem como dos riscos inerentes à gestação, ao parto e ao pós-parto e resulta em consequências psicológicas severas”¹⁹.

O fato tem agravamento devido ao fato de que o feto pode vir a falecer dentro do útero da mãe, trazendo riscos à saúde desta. Segundo a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetria – FEBRASGO. Neste tipo de gestação:

¹⁶Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 58-59.

¹⁷Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 59.

¹⁸Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 60.

¹⁹Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 60.

(...) é comum a apresentação fetal anômala – pélvico transverso, de face e oblíquos – ante a dificuldade de insinuação do polo fetal no estreito inferior da bacia[83]. Isso ocorre porque a cabeça do feto portador de anencefalia não consegue se “encaixar” de maneira adequada na pélvis, o que importa em um trabalho de parto mais prolongado, doloroso, levando, comumente, à realização de cesariana. Em 50% dos casos, a poli-hidrâmnio, ou aumento do líquido amniótico, está ligada à anencefalia, tendo em vista a maior dificuldade de deglutição do feto portador de referida anomalia, situação que também pode conduzir à hipertensão, ao trabalho de parto prematuro, à hemorragia pós-parto e ao prolapso de cordão²⁰.

Há inclusive relatos de maior incidência de partos prematuros, e elevação de casos de gravidez prolongada. Nesses casos a gravidez durou mais de um ano, onde o feto ainda se movia até a hora do parto. “Nas situações em que se observa a associação com poli-hidrâmnio e trabalho de parto prolongado, a incidência de hipotonia e hemorragia no pós-parto é de três a cinco vezes maior”²¹. Deste modo, os dados reunidos no processo demonstram um risco maior a saúde da gestante nos casos de feto anencéfalo, em relação aos de um feto saudável.

Para além dos riscos à saúde física da mulher, ocorrem danos à saúde mental desta. Danos estes que podem perdurar por toda a vida, causando trauma e dor a gestante, que ao invés da felicidade de uma nova vida, espera pelo enterro daquele feto que está gerando.

Relatos de diversas mulheres foram feitos, e estas descreveram como sensação de alívio após realizar a antecipação terapêutica do parto. “O sofrimento dessas mulheres pode ser tão grande que estudiosos do tema classificam como tortura o ato estatal de compelir a mulher a prosseguir na gravidez de feto anencéfalo”²².

Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido²³.

Nos casos em que se obrigada a mulher a continuar com a gravidez se está violando os seus direitos a privacidade, autonomia e dignidade humana. Deve ser respeitada tanto a decisão das que querem prosseguir quanto as que querem interromper a gravidez.

²⁰Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 61.

²¹Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 62.

²²Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 64.

²³Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 68.

2. PRINCÍPIOS E REGRAS SEGUNDO ROBERT ALEXY

Para que se possa efetivar corretamente os direitos fundamentais, se tem a necessidade de diferenciação entre regras e princípios. Isso se dá devido ao fato de que sem uma diferenciação não se pode resolver possíveis e eventuais colisões entre direitos. Assim, “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”²⁴.

Regras e princípios são normas, sendo eles espécies, ambos regem o dever ser, porém os princípios têm um grau de generalidade alto, enquanto nas regras esse grau é baixo. Outrossim, podem ser diferenciados enquanto uns são regras propriamente ditas, e outros (princípios) são razões para regras. Assim, “a distinção entre regras e princípios, além de ser um dos pilares de sua teoria, constitui a base da fundamentação e a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”²⁵.

(...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes²⁶.

No caso das regras elas podem ser satisfeitas ou não. Se uma regra for válida, deve-se seguir exatamente o que ela exigir. “Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau”²⁷.

Deste modo, a diferença não é no grau da norma, mas na qualidade desta. Princípios são normas de otimização. Ou seja, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, considerando-se não só as possibilidades jurídicas (princípios e regras opostos), como também as fáticas”²⁸.

O núcleo centro da Teoria dos Princípios de Robert Alexy, é uma espécie de critério para o controle do exercício de direitos. Nela, “Alexy pretende reabilitar a teoria dos valores dos direitos

²⁴ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85

²⁵ALEXY. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 161-162.

²⁶ALEXY. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 90.

²⁷ALEXY. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 91.

²⁸ANDREA, Fernando de. **Robert alexy: Introdução crítica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 162

fundamentais, invocada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, possibilitando a solução dos problemas de colisão mediante ponderação”²⁹.

2.1 Do conflito entre regras

Quando há o conflito entre regras, a solução pode ser feita de duas maneiras. Na primeira uma das regras é considerada inválida. Na segunda maneira é introduzida em uma das regras uma cláusula de exceção, de modo que o conflito não ocorra mais. Em relação ao primeiro caso, não pode haver uma graduação de importância entre regras, ou ela é válida ou não é.

Assim, se não for possível por meio de introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras que solucione o conflito, uma das regras deverá deixar de existir no ordenamento jurídico. Isso se dá pois “não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos”³⁰. Logo, a colisão entre regras ocorre no plano da validade.

2.2 Da colisão entre princípios

De modo diverso ocorre na colisão entre princípios, pois neste caso um dos princípios terá que ceder em benefício do outro. Porém, o benefício que irá ceder não será declarado inválido. Somente não será aplicado ao caso. “O que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”³¹.

Dependendo da situação um ou outro princípio irá prevalecer, isso dependerá do caso concreto a ser aplicado. Logo a colisão entre princípios ocorre na dimensão do peso de cada um. Deve ser feito um sopesamento entre os princípios conflitantes.

(...) se isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição. Isso significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. (...) A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária³².

²⁹ ANDREA. **Robert alexy**: Introdução crítica. p. 197

³⁰ ALEXY. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 32.

³¹ ALEXY. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 93.

³² ALEXY. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 96.

O que deve ser considerado no caso da colisão, é sob que situações um princípio deverá prevalecer, e sob quais este mesmo princípio deverá ceder. “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”³³.

O que ocorre na colisão entre princípios é que duas normas levam a direções diferentes, nenhuma destas é inválida, e nenhuma tem precedência sobre a outra. “Trata-se de *ponderação* sobre qual dos interesses, abstratamente de mesma posição e igualmente válidos, possui maior peso no caso concreto (*relação de precedência condicionada*)”³⁴.

Por meio de um sopesamento deve-se observar qual delas deverá preponderar no caso em concreto. Assim, esse sopesamento deverá ocorrer em cada caso concreto para que seja decidido qual a norma deverá preponderar.

Uma norma de direito fundamental atribuída é uma norma para cuja atribuição é possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais para a norma que se acaba de apresentar – algo que aqui se pressupõe –, então, ela é uma norma de direito fundamental. Ao mesmo tempo ela é uma regra, à qual se podem subsumir os elementos do caso concreto, como se fosse uma norma positiva³⁵.

Os princípios não contêm uma ordenação mas um mandamento *prima facie*, segundo Alexy. Todos os princípios apresentam razões de sua aplicabilidade. Diante destas razões, podem ser apresentadas contrarrazões no caso concreto que podem afastar a aplicabilidade deste princípio. Porém, estas contrarrazões não estão presentes no princípio.

Assim, os princípios não apresentam em si a extensão de sua aplicabilidade. Deste modo, o ato de interpretação de uma norma “implica obrigatoriamente a interpretação/aplicação de todo o ordenamento jurídico, ou seja, toda vez que uma norma é aplicada, é o ordenamento jurídico, como um todo, que também está sendo aplicado”³⁶.

De outro modo, as regras expressam em si mesmas exatamente o que deve ser aplicado, e de que modo isso deve ocorrer. A sua aplicabilidade é explícita, e deve ser realizado exatamente o que a regra determinar, com a amplitude e dimensão descrita. Assim, tem validade aquilo que a regra comanda.

³³ ALEXY. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 99.

³⁴ ANDREA. **Robert alexy**: Introdução crítica. p. 171.

³⁵ ALEXY. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 102.

³⁶ ANDREA. **Robert alexy**: Introdução crítica. p. 164

“Do lado das regras, a necessidade de um modelo diferenciado decorre da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso”³⁷. Em razão de um princípio, assim como no conflito de duas regras, pode ser inserida essa uma cláusula de exceção.

No caso dos princípios, há um que cede lugar a outro em determinado caso. Já nas regras não ocorre esta substituição pura e simples no caso de um princípio conter um peso maior que a regra. “É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida”³⁸.

O direito deve ser pensado como ciência exata, para que as decisões sigam o mesmo parâmetro. No momento atual não é permitido duas respostas corretas para o mesmo caso concreto. Logo, “os princípios, que compõem, juntamente com as regras, determinado sistema jurídico, produzem um “efeito de irradiação” sobre todo o direito ordinário, com importantes consequências no processo de interpretação/aplicação”³⁹.

3. SOLUÇÃO DO CONFLITO SEGUNDO A TEORIA DE ALEXY

No presente caso foram apresentadas duas soluções dadas de modo contraditório uma em relação a outra nos meios de argumentação, mas com o mesmo fim, a declaração de inconstitucionalidade da interpretação que entende aborto de anencéfalo – ou, antecipação terapêutica do parto – é crime.

Em um primeiro momento, foi considerado a inexistência do direito a vida do feto, por não ser uma vida em potencial. E em um segundo momento, ainda que contrariado, o relator faz o sopesamento entre os direitos fundamentais da mãe com os do feto, que não tinha vida em potencial a seguir. O que cabe ressaltar nesses dois momentos o confronto entre normas se dá de modo diferente. Em um o conflito é entre um princípio e uma regra, e no segundo entre dois princípios.

³⁷ ALEXY. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 104.

³⁸ ALEXY. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 105.

³⁹ ANDREA. **Robert alexy**: Introdução crítica. p. 163

3.1 Do direito à vida da mãe preponderante a do feto

Segundo o relator da decisão, há o entendimento de que o feto anencéfalo por não ser vida em potencial, não possui o direito à vida. Porém, para além disso, para fins didáticos e de estudo, faz-se o relato se esta tivesse sido a argumentação decisiva ao relator, utilizando-se de seus argumentos elencados na decisão. Como cabe citar o trecho seguinte:

De qualquer sorte, Senhor Presidente, aceitemos – apenas por amor ao debate e em respeito às opiniões divergentes presentes na sociedade e externadas em audiência pública – a tese de que haveria o direito à vida dos anencéfalos, vida predominantemente intrauterina. Nesse contexto, uma vez admitido tal direito – premissa com a qual não comungo, conforme exposto à exaustão –, deve-se definir se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da dignidade, da liberdade, da autodeterminação, da saúde, dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres em favor da preservação do feto anencéfalo, ou o contrário⁴⁰.

Ainda, persiste o relator, em outro momento da decisão:

Assim, ainda que se conceba a existência do direito à vida de fetos anencéfalos – repito, premissa da qual discordo –, deve-se admitir ser a tutela conferida a tal direito menos intensa do que aquela própria às pessoas e aos fetos em geral. Mostra-se um equívoco equiparar um feto natimorto cerebral, possuidor de anomalia irremediável e fatal, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, a um feto saudável. Simplesmente, aquele não se iguala a este. Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo⁴¹.

Assim, o direito à vida do feto anencéfalo – um ser que está fadado a morte inevitável e certa logo nos primeiros momentos extrauterinos, isso se, na melhor das possibilidades, se o feto alcançar a vida extrauterina – seria levado em detrimento dos direitos da mãe – que é uma pessoa que possui toda uma vida pela frente, que deste momento em diante irá ter traumas pelo resto de sua vida–.

De acordo com este entendimento está uma pesquisa realizado no hospital da Universidade de São Paulo, entre janeiro de 2001 e dezembro de 2003. Nele pacientes grávidas de fetos anencefálicos foram entrevistadas, sendo que 60% delas experimentaram sentimentos negativos e também, caso fossem perguntadas por outra mulher na mesma situação, a aconselhariam a realizar a antecipação terapêutica do parto⁴².

O que se observa com estes trechos apresentados é que mesmo se o feto anencefálico fosse considerado dono de direitos, as realizar o sopesamento entre direitos fundamentais da

⁴⁰Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 58.

⁴¹Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 60.

⁴²Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 63-64.

gestante feridos pela obrigatoriedade da continuação da gravidez, o peso maior restaria nos direitos da mãe.

Assim, a gestante, que é uma vida que continua depois desta gestação infrutífera, teria sua dignidade ferida, além de outros direitos fundamentais como a autonomia e a privacidade também lesados.

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República⁴³.

Assim, ao analisarmos esta possibilidade, teríamos o confronto entre duas normas princípio, o direito à vida do feto e o direito a dignidade da pessoa humana da mãe. Segundo Alexy, diante da colisão entre dois princípios um cede em razão ao outro. Logo, de acordo com a teoria e os argumentos trazidos, o direito a vida do feto abriria espaço para a conservação do direito a dignidade da pessoa humana da mãe.

3.2 Da inexistência de direitos do feto

Agora passa-se a analisar o argumento decisivo do voto do relator nesta decisão. Neste argumento, o feto anencefálico não é considerado como dono de direitos. Nestes termos, é considerado como conflito aparente entre princípios. Mas o que em realidade se apresenta é um confronto entre um princípio (dignidade da pessoa humana) e uma regra (artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal).

Avalia-se como conflito aparente entre princípios, pois não considera o feto anencéfalo dono de direitos, pois não é uma vida em potencial, por isso a interpretação equivocada de aborto de anencéfalo ser crime, enquanto não é. “Ante um diagnóstico de certeza de anencefalia, inexistente presunção de vida extrauterina”⁴⁴.

Assim, para que fosse considerado uma vida, há a necessidade de presunção de uma vida extrauterina. Ocorre que “75% não alcançam o ambiente extrauterino. Dos 25% restantes, a maior

⁴³Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 69.

⁴⁴Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 46.

parte tem cessados a respiração e o batimento cardíaco nas primeiras 24 horas e os demais nas primeiras semanas”⁴⁵.

Foram afastados os Direitos da criança e do Adolescente no caso, assim como os artigos 6º e 23, da Convenção sobre Direitos da Criança das Nações Unidas. Isso se deu diante da impossibilidade do feto vir a se tornar uma criança, o que dirá de um adolescente. De mesmo modo, “não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida”⁴⁶.

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no Habeas Corpus nº 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica⁴⁷.

Outro argumento trazido à tona no caso foi a desconexão entre a tipicidade do crime de aborto e a antecipação terapêutica do parto. O Código Penal de 1940 não trouxe em seu texto dispositivo que preveja a atipicidade deste tipo de antecipação do parto, pois à época não existiam diagnósticos médicos capazes de prever este tipo de má-formação.

De mesmo modo, “(...) inexistindo potencialidade para tornar-se pessoa humana, não surge justificativa para a tutela jurídico-penal, com maior razão quando eventual tutela esbarra em direitos fundamentais da mulher, como se verá adiante”⁴⁸.

Neste caso, o que se apresenta, como já referido é um conflito entre um princípio e uma norma. Na teoria de Alexy, neste caso “a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo”⁴⁹, devendo ser inserida na regra uma cláusula de exceção, em razão do princípio.

A solução do conflito se daria de modo a introduzir uma cláusula de exceção na regra. Porém, o Supremo Tribunal Federal decidiu por declarar inconstitucional a interpretação que declara como estando tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, a ação de antecipação terapêutica do parto.

⁴⁵Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 47.

⁴⁶Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 54.

⁴⁷Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 64-65.

⁴⁸Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. p. 58.

⁴⁹ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104

Para além disso, se tem notícia de que uma das propostas de mudança do Código Penal, será a dos artigos que preveem o aborto. Na nova redação, há a permissão de aborto em casos graves e irreversíveis de anomalias físicas ou mentais do feto, sendo permitido, assim, o aborto de anencéfalo. “O Projeto foi aprovado pela CDH, com substitutivo exigindo que a anencefalia seja diagnosticada por três médicos e que o consentimento da gestante se dê por escrito”⁵⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios ensejadores da regra, ora conflitante, foram explanados, e sopesados em relação ao princípio que fora considerado como mais relevante ao caso. A fundamentação levou em conta tanto os princípios embaixadores da regra, quanto aqueles que estavam sendo violados por ela.

A regra de Alexy onde é inserida uma cláusula de exceção a regra não foi realizada. Porém, foi dado novo contexto a interpretação dos artigos que ferem o direito fundamental da gestante. Deste modo, entende-se que apesar da cláusula não ter sido explícita, ela está sendo determinada tacitamente, por meio da orientação na sua interpretação.

Ainda, com o projeto de lei do novo Código Penal, está introduzido o conteúdo da presente decisão, ainda que não tenha sido este o motivo de seu acolhimento na nova redação do dispositivo.

Nesse sentido, o que se observa, é que não há a previsão de que em um novo caso, com novas perspectivas e com a evolução da sociedade, bem como da tecnologia, não será necessária uma nova ressalva quanto a aplicação dos dispositivos do Código Penal analisados nesta decisão.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 16 de setembro de 2014.

⁵⁰ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**, que reforma o Código Penal Brasileiro, e proposições anexadas. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/12/leia-a-integra-do-relatorio-final-sobre-a-reforma-do-codigo-penal>. Acesso em: 25 de setembro de 2014. p. 47

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDREA, Fernando de. **Robert alexy**: Introdução crítica. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 de setembro de 2014.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**, que reforma o Código Penal Brasileiro, e proposições anexadas. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/12/leia-a-integra-do-relatorio-final-sobre-a-reforma-do-codigo-penal>. Acesso em: 25 de setembro de 2014.

PRECEDENTES DO STF E TEORIAS DA DECISÃO JUDICIAL

Dalmir Franklin de Oliveira Júnior¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto a análise de decisões da Suprema Corte Brasileira em face de certas teorias da decisão judicial e métodos utilizados nas ciências jurídicas. Algumas observações preliminares são imprescindíveis para a adequada contextualização desta abordagem. Em primeiro, a circunstância de que este tipo de análise é feito levando em consideração um corte histórico, ou seja, cuidam-se de decisões proferidas por um órgão jurisdicional formado em determinadas datas ou momentos históricos, o que evidencia as possibilidades de mudança nos fundamentos jurídicos utilizados pelos magistrados diante das alterações epistemológicas e metodológicas pelas quais passa a Ciência do Direito. Assim como a filosofia e as ciências passam por alterações em seus bases, evoluindo e acrescentando novas descobertas, semelhante fenômeno deve ser identificado no Direito, que não passa de mais um fruto da racionalidade humana. Neste sentido, aliás, são as lições de Claus W. Canaris acerca da modificabilidade dos valores fundamentais da ordem jurídica. Na concepção do citado autor, resulta evidente que o Direito positivo, mesmo quando consista numa ordem jurídica fundada na ideia de codificação, é notoriamente suscetível de aperfeiçoamento. Assim, princípios novos e diferentes dos existentes em um período anterior, podem ter validade e ser constitutivos para o sistema. Nesta determinada perspectiva do Direito, que o concebe como unidade de sentido, conclui o doutrinador que o sistema não é estático, mas dinâmico, assumindo a estrutura da historicidade².

Ademais, não se pode esperar acentuada homogeneidade nas decisões judiciais proferidas por órgãos jurisdicionais colegiados como o Supremo Tribunal Federal, dada as diferenças de formação jurídica dos diversos membros que compõem o tribunal, especialmente quando a forma

¹ Juiz de Direito, Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito pela Pontifícia Universidade Católica do RS e Especialista em Direito da Criança e do Adolescente pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS.

² CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemática e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 20.

de escolha dos ministros é feita segundo os critérios constitucionais atualmente vigentes, com ampla influência de aspectos políticos partidários.

Por fim, considerando, ainda, a importância dos direitos fundamentais em nossa Constituição, catalogados logo após os Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil, e antes da Organização do Estado Brasileiro, o que sinaliza a importância da pessoa humana frente ao Estado, optou-se por analisar decisões da Suprema Corte que envolvem esta temática. Uma das grandes preocupações de parcela dos juristas brasileiros da atualidade centra-se na crise de efetividade dos direitos fundamentais estabelecidos pelo sistema constitucional inaugurado com a Carta de 1988. Se é verdade que a Constituição Cidadã é pródiga no reconhecimento de vários direitos humanos associados ao Estado Liberal, Social e Socioambiental, parece não haver dúvidas de que as desigualdades sociais, a violência, a miséria, a falta de acesso à bens materiais e outras prestações que integram o mínimo existencial, como saúde, moradia, educação, segurança etc., continuam sendo perseguidos pela sociedade brasileira como forma de melhoria das condições de vida de boa parte da população.

Neste sentido, releva analisar a forma como a jurisprudência da mais alta corte do país enfrenta o tema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, segundo as diversas classificações doutrinárias que foram alteradas no decorrer do tempo, ora falando-se em normas autoaplicáveis e não autoaplicáveis, ora em eficácia plena, contida e limitada ou, na formulação mais atual, de baixa ou alta densidade normativa. Ultrapassado o estágio de definição da eficácia jurídica e de quais os efeitos jurídicos que se podem extrair da norma constitucional, a depender já da postura metodológica adotada, passa-se à análise da eficácia social ou efetividade das referidas disposições normativas, à qual se agregam aspectos de algumas teorias da decisão atualmente utilizadas nas ciências jurídicas, como é o caso da teoria da argumentação jurídica, a visão sistêmica do direito e os estudos empíricos na ciência jurídica.

1. O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE IMPRENSA E O DIREITO À HONRA E IMAGEM. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O REGIME DE LIMITES E RESTRIÇÕES

O primeiro acórdão a ser analisado diz respeito a uma questão bastante recorrente, qual seja, a chamada colisão entre direitos fundamentais: inexistindo hierarquia entre normas constitucionais, conforme defende boa parte da doutrina nacional e estrangeira, a decisão do caso

concreto exige a opção do magistrado por aquela que vai preponderar para a solução, especialmente quando estamos frente à normas de conteúdo principiológico. Cita-se, à título de exemplo, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 447584/RJ, da Segunda Turma do STF, de relatoria do Ministro Antonio Cezar Peluso, datado de 28/11/2006, cuja ementa é a seguinte: “Indenização. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente”³.

Em primeiro, opta-se por uma análise sob à ótica da doutrina da jusfundamentalidade. Assim como a legislação, a doutrina também é concebida como fonte do direito, razão pela qual a análise dos fundamentos jurídicos utilizados para a aplicação da legislação deve levar em conta também a interpretação das normas feitas pelos cientistas, que igualmente são utilizadas pelos juízes⁴.

A demanda versava sobre os direitos fundamentais previstos no art. 5º, X, da Constituição da República, quais sejam, os direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, alegadamente ofendidos pela autor da ação judicial, e o direito fundamental de livre manifestação do pensamento, que dá sustentação à liberdade de imprensa, previsto no inciso IV do mesmo dispositivo constitucional. Inicialmente, registra-se que todos os direitos fundamentais, incluídos os direitos a prestações, devem ser analisados, compreendidos e aplicados de acordo com as suas perspectivas subjetiva e objetiva, ou seja, tanto como direitos subjetivos individuais, como enquanto elementos objetivos fundamentais da comunidade.

³ BRASIL, RE 407688. Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06-10-2006, PP-00033. EMENTA VOL-02250-05, v. 55, n. 360, 2007, p. 129.

⁴ HESAPANHA, António Manuel. **O Caleidoscópio do Direito: o direito e Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje**. Coimbra: Almedida, 2009, p. 30.

É possível verificar pela análise do julgado, que o Ministro Relator refere-se ao princípio da indenizabilidade irrestrita do chamado dano moral diante de ofensas à identidade pessoal. Assevera que tais ofensas podem ser de caráter não patrimoniais subjetivos, que diriam respeito ao sofrimento da pessoa, bem como os de caráter objetivo, que se referem à depreciação da pessoa perante os outros. No ponto relativo ao aspecto objetivo, acrescento que a questão poderia ser apreciada, ainda, sob à ótica da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental previsto no art. 1º da Constituição de 1988, encarado como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito. Isto porque a dignidade da pessoa humana, também deve ser vista na sua dimensão comunitária, social ou intersubjetiva, '[...] partindo da situação básica do ser humano em sua relação com os demais (do ser com os outros), ao invés de fazê-lo em função do homem singular, limitado a sua esfera individual⁵.

Acerca deste tema, aliás, parece não haver dúvidas de que a dignidade da pessoa humana, encarada como norma jurídica principiológica e valor fundamental da ordem constitucional pátria, carregada de eficácia, e que serve como fundamento das normas definidoras de direitos, garantias e deveres fundamentais, não encontraria espaço onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano. Além disso, não se pode esquecer da função instrumental, integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, que serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não só dos direitos e garantias fundamentais, mas de todo o ordenamento jurídico, incluindo as normas infraconstitucionais, como é caso, no julgamento analisado, dos dispositivos da Lei de Imprensa⁶.

Ainda, nesta abordagem doutrinária, uma questão merece destaque, relacionada a (im)possibilidade de limitar-se a indenização pelos danos morais, o que nos remete ao difícil e não menos importante tema dos limites e restrições aos direitos fundamentais. Questiona o magistrado que estava na relatoria do recurso sobre a existência de limitações próprias da estrutura da norma, ou se o âmbito de proteção da norma garantidora do direito à integridade moral pode ser limitado prévia e abstratamente - no que diz respeito, especificamente à indenização como direito de reparação no caso de ofensa. A leitura da decisão permite concluir

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 50.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 52.

que a reflexão cingiu-se, neste primeiro momento, aos limites emanados da própria ordem constitucional, na concepção da uma 'restringibilidade legítima'.

Aqui, importante lembrar a pertinente observação feita por Ingo W. Sarlet, em face da lacuna deixada pelo Constituinte no que diz respeito à previsão de normas genéricas expressas sobre as restrições aos direitos fundamentais, encontradas no direito comparado (vide as constituições alemã de 1949, portuguesa de 1976 e espanhola de 1978), como a proteção do núcleo essencial, o princípio da proporcionalidade e a reserva legislativa, que seguramente proporcionariam, se inseridas no nosso texto constitucional, uma maior segurança no trato científico e uniforme da matéria⁷.

A falta de disposições textual expressa, outrossim, não significa que os direitos fundamentais positivados no ordenamento jurídico brasileiro sejam absolutos, conforme preleciona a doutrina constitucionalista. Daí a importância das teorias da decisão judicial e das bases epistemológicas utilizadas pelo julgador. Se não existem regras constitucionais que prevejam o regime de limites e restrições aos direitos fundamentais, como resolver tal questão? Parece que o positivismo jurídico clássico mostra-se insuficiente, como sistema lógico racional, para dar respostas aos casos concretos quando estamos diante das lacunas, ou mesmo dos princípios gerais de direito, que necessitam do preenchimento do conteúdo valorativo por parte do aplicador.

Neste sentido, sustenta-se que o direito não pode ser reduzido à norma abstrata apolítica, em especial, o direito afirmado na decisão concreta, que não é mera e repetitiva reprodução do direito abstrato a ser aplicado, mas uma concretização reconstitutiva, integração e desenvolvimento prático-normativos desse direito abstrato, segundo as exigências específicas do problema jurídico em causa⁸. Segundo o autor, o direito é concebido como uma regulação materialmente comprometida com valores, fins e interesses, ou seja, o direito não é só forma, mas intenção material.

Assim, à falta de regras textuais sobre limites e restrições aos direitos fundamentais, importante lembrar das lições doutrinárias. Para Canotilho, '[...] o conceito de restrição reconduz-

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

⁸ NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 120.

se, nuns e noutros direitos, a uma afectação desvantajosa de direitos ou liberdades juridicamente protegidos'. Assim, o conhecido constitucionalista português cita que parte da doutrina sustenta a chamada 'teoria dos limites imanentes', enquanto outros defendem a 'teoria externa' ou 'teoria de intervenção e de limites'. Assevera, ainda, que a moderna teoria do direito tem revisitado o problema das duas teorias, a fim de demonstrar a insustentabilidade de teorias puras na medida em que devemos introduzir duas dimensões: a) a distinção entre princípios e regras nos direitos fundamentais; b) a indispensabilidade da ponderação de direitos e bens, que não pode ser reconduzida à fixação de padrões teóricos abstratos⁹.

No acórdão, o Supremo vale-se acertadamente da doutrina que versa sobre a matéria. Primeiramente, o Ministro do STF conclui pela inexistência de qualquer disposição restritiva, na norma constitucional, a limitar o valor da indenização, que caracterizaria a redução do alcance teórico da tutela. Recordar-se, nesta oportunidade, da lição do doutrinador nacional Luiz Fernando Calil de Freitas: um primeiro passo teria sido dado pela aplicação da teoria dos limites imanentes, na medida em que estabelecido o conteúdo próprio do direito fundamental e da definição exata de sua extensão, que, no caso da indenização, foi considerada como irrestrita pelo julgador, em um primeiro momento. Todavia, uma conclusão no sentido da rejeição absoluta de limites legislativos ordinários não expressamente autorizados na Constituição não se coaduna com a lógica do sistema, como asseverado por Calil, entre outras questões, pela inexistência, na ordem constitucional, da proibição de limitação. Desta forma, outros passos deve ser trilhados na análise dos limites e restrições¹⁰.

Destarte, em um segundo plano, o julgador inicia uma reflexão sobre a possibilidade de imposição de restrições por parte da legislação infraconstitucional. Quanto a esta pesquisa, sustenta Calil a utilização da teoria externa, em um segundo momento, a fim de se verificar a existência de autorização constitucional para que o legislador ordinário realize afetações desvantajosas (restrições, que não se confundem com os limites) ao direito fundamental, o que se dá por meio das reservas legais simples ou qualificadas, consideradas inexistentes no caso em tela.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 124.

¹⁰ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 133.

E, justamente na ausência da reserva, conclui que o intérprete deve verificar se é possível a afetação pelo conflito de direitos fundamentais.

À guisa de síntese conclusiva da obra de Calil, fica o registro da idéia de aplicação combinada das três principais teorias que versam sobre os limites e as restrições aos direitos fundamentais: teoria interna ou dos limites imanentes, teoria externa ou teoria de intervenção e de limites, e a teoria sustentada por Alexy, que pugna pela diferenciação entre princípios e regras, aplicando-se um juízo de ponderação no caso concreto, quando se poderá verificar o direito fundamental efetivamente protegido¹¹.

Durante o julgamento, refere o Ministro que mesmo no caso de autorização constitucional, por meio de reserva de lei restritiva, seria importante verificar se o diploma legal respectivo passaria pelo crivo do princípio da proporcionalidade, mostrando-se necessário, adequado e proporcional. Tal postura coaduna-se com a metodologia utilizada pelas teorias da argumentação jurídica, cujo um dos mais conhecidos autores, na seara dos Direitos Fundamentais, é Robert Alexy. Para o citado doutrinador, a colisão entre normas de direitos fundamentais de caráter principiológico deve ser resolvida pelo sopesamento, com atribuição de peso a cada um dos objetos constitucionalmente tutelados, onde eventuais restrições devem passar pelo crivo da proporcionalidade. Todavia, o autor pretende evitar relativismos ou falta de cientificidade. Para ele, o sopesamento é tudo, menos um procedimento abstrato ou generalizante. O modelo de sopesamento oferece um critério, ao associar a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica racional. Seu resultado é um enunciado de preferências condicionadas, ao qual, de acordo com a lei de colisão, corresponde a uma regra de decisão diferenciada. Os sopesamentos não são uma questão de tudo-ou-nada, mas uma tarefa de otimização¹².

Assim, parece que andou bem o Supremo Tribunal em considerar tais princípios no caso de conferir efeitos jurídicos à Lei de Imprensa, concordando-se com a idéia da desnecessidade de expressa autorização constitucional para que se admitam limitações aos direitos fundamentais, seja enquanto delimitações 'a priori' do conteúdo destes direitos, seja como solução de colisões de bens assegurados constitucionalmente.

¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. Editora Malheiros, 2008, p. 134.

¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. Editora Malheiros, 2008, p. 145.

Interessante, outrossim, a preocupação externada na decisão em garantir outro dogma doutrinário no que diz respeito à temática dos limites e restrições: o núcleo essencial do direito fundamental à reparação pelo dano moral. Neste sentido, quaisquer limitações ou restrições devem levar em consideração a impossibilidade de se esvaziar completamente, no caso, tanto o direito à integridade pessoal como o direito à livre manifestação de pensamento por meio da instituição da imprensa livre, tomados em seus sentidos ou significados reais. Tal preservação do núcleo essencial, segundo parte da doutrina, estaria fundamentada na própria existência e previsão das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da Constituição), que vedam a abolição dos direitos fundamentais por meio do Poder Constituinte Derivado.

Assim, a reparação deve ser eficaz e suficiente (vide aplicação do princípio da proibição de insuficiência ao lado da proibição do excesso) para desencorajar novas violações. Tal proposição nos conduz à perspectiva objetiva deste direito-garantia de defesa, na medida em que a decisão judicial que fixa o valor da indenização deve levar em consideração, também, a necessidade de promoção do direito fundamental à intimidade, à honra e à imagem, estabelecendo um valor justo e suficiente para que outras violações não aconteçam. Acerca desta perspectiva objetiva, revela Ingo que: '[...] os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos¹³.

Daí o reconhecimento, nesta perspectiva, de: a) uma eficácia dirigente em relação aos órgãos estatais, no sentido que ao Estado incumbe a obrigação permanente de concretização, promoção e realização dos direitos fundamentais; b) deveres de proteção do Estado, que deve zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não apenas contra o poder público, mas também contra agressões cometidas pelos particulares¹⁴.

Por fim, outra questão que deve ser resolvida fora dos limites estritos do positivismo jurídico diz respeito à eficácia privada ou horizontal dos direitos fundamentais, perfeitamente

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 72.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 74.

verificável no caso em exame, já que ambas as partes do processo são particulares. A Constituição Brasileira também não possui texto normativo expresso no que diz respeito à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, diferentemente do modelo constitucional português.

Parcela da doutrina nacional, entretanto, é bastante clara ao defender que os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante não apenas com relação aos poderes públicos, mas também nas relações jurídicas entre particulares¹⁵. O referido constitucionalista brasileiro, tecendo considerações acerca das controvérsias sobre o tema, especialmente quanto à amplitude e intensidade desta vinculação, refere, com acerto, que poderíamos excluir do âmbito de delimitação do problema todos aqueles direitos que, por sua natureza, têm como destinatários única e exclusivamente os órgãos estatais, como os direitos políticos. Outrossim, a vinculação também seria evidente nos casos em que o direito fundamental, pela sua formulação, dirige-se também diretamente aos particulares, como no caso da indenização por dano moral pelo abuso do direito de livre manifestação do pensamento ora analisado¹⁶.

Acerca desta temática, não teria como deixar de referir a contribuição de José Carlos Vieira de Andrade, no artigo 'Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares'¹⁷, quando já refere a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na medida em que consubstancia valores constitucionais que aos poderes públicos cabe respeitar e fazer respeitar, concluindo pela necessidade de proteção dos particulares não apenas perante o Estado, mas por meio do Estado, perante outros particulares. Tal concepção, vai ao encontro das teorias metodológicas que concebem o Direito como um sistema¹⁸, formado por princípios gerais de direito, de onde se extraem determinados valores.

Considerando que o recurso extraordinário ora em comento diz respeito a um indivíduo e uma empresa jornalística de razoável porte, não se pode deixar de citar o seguinte trecho do referido artigo, pois relativo às divergências doutrinárias acerca do tema: '[...] Porém, todos

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 75.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 80.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 124.

¹⁸ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemática e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 38.

acabam por concordar em certos pontos essenciais: que os sujeitos privados poderosos não podem ser tratados como quaisquer outros indivíduos e que devem ser consideradas ilícitas nas relações privadas as diferenças de tratamento ou as restrições que atinjam a dignidade das pessoas'. Não se admitindo, por outro lado, a destruição da autonomia pessoal e da liberdade negocial e geral, conclui o doutrinador, de forma magnífica, que não se deve temer a instalação de um 'governo de juízes', uma vez que os mesmos não podem deixar de ponderar os valores em jogo, diante das desigualdades da situação concreta, mas devendo assegurar uma proteção mais intensa aos particulares vulneráveis nas relações com privados considerados mais poderosos.

Acredita-se que em vários destes pontos analisados residem grandes debates acerca da metodologia jurídica adotada ou a teoria da decisão judicial aplicada. Tentativas de superação do positivismo há muito são sustentadas pelos cientistas jurídicos. Todavia, hoje, se o juiz pode ser desprender eventualmente da lei, outra grande preocupação reside nos limites do exercício poder jurisdicional, existindo parcela da doutrina que sustenta a necessidade de limitação à discricionariedade judicial, em face do princípio basilar separação dos poderes¹⁹.

2. A PENHORABILIDADE DO IMÓVEL DO FIADOR DO CONTRATO DE LOCAÇÃO E O DIREITO À MORADIA. A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL E OS ESTUDOS EMPÍRICOS NO DIREITO

O segundo acórdão da Supremo Tribunal Federal está relacionado ao direito fundamental social de moradia, previsto no artigo 6º da Constituição da República. A questão envolve especificamente a possibilidade de penhorar-se o imóvel do sujeito que presta fiança em contrato de locação, pacto este regido pela Lei nº 8.245/91, pelo não adimplemento das obrigações contratuais assumidas pelo locatário do imóvel. O Recurso Extraordinário 407.688-8 SP, cujo relator também foi o Ministro Cezar Peluso, foi concluído com uma decisão por maioria, ficando vencidos três ministros, e restou assim ementado: "FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz; *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 225.

de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República”²⁰. Em síntese, sustentou o relator a constitucionalidade do referido dispositivo, asseverando que a garantia de penhora do imóvel residencial do fiador serviria para facilitar, pelas regras do mercado imobiliário, o exercício do direito fundamental à moradia dos potenciais locatários. A questão foi abordada pelos demais ministros por diversos ângulos e pontos de vista. A presente análise, entretanto, resumir-se-á à tese vencedora.

Com todo o respeito a postura adotada pela Corte, no caso, a decisão não parece privilegiar a necessária efetividade dos direitos fundamentais no Estado Social e Democrático de Direito inaugurado com a Carta Magna Republicana de 1988, além de usar argumentos que não se sustentam de acordo com uma importante metodologia jurídica, qual seja, a dos estudo empíricos do direito.

Em primeiro, pode-se acentuar duas questões que foram objeto dos debates. A disciplina da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, uma vez que a penhora é fruto de uma relação entre o locador/locatário/fiador, todos particulares, naquilo que se reconhecia como uma relação jurídica estritamente de Direito Privado, e que hoje, em face do movimento da constitucionalização do direito e do caráter bastante prolixo da Carta, é objeto de revisão. Em segundo, a questão concernente à intervenção estatal pela via legislativa na autonomia privada, em especial o mercado imobiliário.

Quanto ao primeiro tema, faço apenas uma remição às lições já citadas no comentário ao primeiro julgamento, quanto a contribuição de José Carlos Vieira de Andrade, no artigo 'Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares', quando refere a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na medida em que consubstancia valores constitucionais que aos poderes públicos cabe respeitar e fazer respeitar, concluindo pela necessidade de proteção dos particulares não apenas perante o Estado, mas por meio do Estado, perante outros particulares.

Com relação ao segundo questionamento, registro que parece não haver mais dúvidas quanto à fundamentalidade do direito à moradia, incluído no art. 6º da Carta Magna pela EC nº

²⁰ BRASIL, RE 407688. Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06-10-2006, PP-00033. EMENTA VOL-02250-05, v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147.

26/2000. Se antes deste marco histórico, poderia haver alguma dúvida sobre a jusfundamentalidade deste específico direito no Estado Social Brasileiro, parece que, agora, os próprio cânones do positivismo jurídico são suficientes para o reconhecimento da moradia como um direito humano de todos os brasileiros e estrangeiros residentes legalmente no país.

Ocorre que, nos contratos de locação residencial com cláusula de fiança, cuja garantia é um imóvel residencial de propriedade do fiador, podemos reconhecer três sujeitos da relação jurídica, todos com o mesmo direito fundamental à moradia. Pela ordem natural das coisas, deve-se partir da presunção de que o locador já tem este direito atendido, efetivado, ou seja, possui patrimônio suficiente para garantir a sua moradia, razão pela qual aproveita eventual excedente patrimonial para auferir outras rendas. Em uma situação limite e excepcional, até poderíamos aventar a possibilidade do mesmo valer-se da locação para garantia de sua subsistência e de sua própria moradia, o que geraria outras conclusões possíveis e adequadas. Daí a importância de teorizar-se sempre a partir do caso concreto. Nas palavras de Castanheira Neves, só pela referência à situação o problema se determina; e também só pela referência ao problema a situação se objectiva e se individualiza no que tem de relevante. Desta correlatividade entre a situação e o problema temos justamente o caso jurídico concreto, que é um concreto problema jurídico, a questão de fato. Devemos atentar, pois, para a relevância jurídica daquela situação histórico-concreta do caso com que nos deparamos²¹.

Por outro lado, nesta relação triangular, a presunção é a de que geralmente o locatário não tem casa própria e, por tal razão, reside no imóvel objeto do contrato de locação. O terceiro desta relação é o fiador, cuja residência, pela lei em debate, poderia ser penhorada no caso do inquilino não adimplir com suas obrigações contratuais.

Diante de tal quadro, pode-se concluir, primeiro, que o legislador ordinário realizou afetação desvantajosa ao direito fundamental à moradia, na medida em que permitiu a penhora do imóvel residencial do fiador. Em segundo, não existindo reserva legal simples ou qualificada a esse direito fundamental, é reconhecida a possibilidade de afetação desvantajosa em face de eventual conflito de direitos fundamentais ou destes com outros bens eleitos para gozarem da proteção de norma constitucional, conforme analisado e concluído no primeiro julgamento analisado.

²¹ NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 125.

Salvo melhor juízo, no presente caso, teríamos um choque/conflito entre os direitos à moradia do locatário, cujo o exercício, segundo o voto do Ministro Peluzo, estaria sendo incentivado pela garantia da penhora do imóvel do fiador, outro detentor do mesmo direito fundamental. Por outro lado, o crédito do locador pode ser considerado parte de seu patrimônio, cujo direito de propriedade igualmente detém o caráter de fundamentalidade.

Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, na obra 'Teoria Geral dos Direitos Fundamentais', Editora Revista dos Tribunais, as principais ferramentas que estão ao alcance do Judiciário para decidir fundamentadamente os casos de conflito são: a) a interpretação sistemática da Constituição, ou seja, a interpretação da Carta enquanto conjunto de disposições; b) critério da proporcionalidade. No caso em exame, parece possível resolver a questão com base no primeiro critério, desde que se conceba o direito como sistema, o que já foi referido pela doutrina de C. W. Canaris acima. Deixarei o pretense conflito entre os direitos de moradia do locatário e do fiador por último. Em primeiro, parecer ser possível analisar o conflito entre o direito de propriedade do locador e o direito de moradia do fiador. Uma interpretação sistemática da Constituição permite concluir que deve prevalecer o segundo, pelas mais diversas razões. A moradia constitui-se no local ou lugar onde se mora, onde se habita, ou seja, lugar onde se vive.

Ora, não se pode compreender um sujeito digno, ou seja, o respeito à dignidade da pessoa humana, sem que se garanta ao mesmo o acesso a um local onde possa morar, habitar, viver. Dentre todas as coisas necessárias à uma vida digna, depois da alimentação e saúde, o habitat pode ser considerado como um dos direitos mais essenciais e básicos para desenvolvimento do ser humano. Tenha o mesmo patrimônio ou não, a moradia, entendida enquanto lugar onde se habita, é imprescindível para o desenvolvimento de qualquer sujeito. Ademais, a propriedade, para além de garantir o direito a moradia, deve cumprir sua função social. Se o sujeito dispõe de seu patrimônio, na forma da locação, para o fim de garantir alguma renda, deve respeitar o direito de moradia do fiador, nem que aceitemos a afetação de forma parcial, mantendo-se o mínimo necessário para que o direito fundamental respectivo não seja completamente eliminado – proteção do núcleo essencial.

Por fim, não se verifica qualquer fundamento para que o direito de moradia do locatário, garantido pela cláusula da penhora em tela, se sobreponha ao direito de moradia de seu fiador. O argumento de que o primeiro teria a acesso facilitado à locação e, conseqüentemente, à moradia, somente no caso de ser oferecida a fiança, inverte a lógica de supremacia do direito sobre o

mercado, matéria relacionada à intervenção estatal, por meio das normas jurídicas, na autonomia privada. Não parece haver qualquer dúvida que a autonomia privada pode sofrer limitações e regulações do ordenamento jurídico. Assim, o mercado deve se comportar de acordo com o que a sociedade estabelece como normas jurídicas, no caso, especialmente dando maior proteção à moradia (direito fundamental) em detrimento da forma específica de fruição da propriedade.

Ademais, a mera alegação de que a possibilidade de penhora do imóvel do fiador aquece o mercado imobiliário de locações, permitindo maior oferta, como feita na decisão, carece de embasamento empírico. Cuida-se de uma inferência que não se baseia em dados fáticos cientificamente demonstrados. Deveras relevante que o magistrado leve em consideração as informações reais decorrentes da experiência. Neste sentido, o movimento do 'empirical legal studies': método que prioriza as referências empíricas, entendidas como evidências sobre o mundo coletadas através de observações e experiências. Tem sido recorrente sua utilização na área do Direito. Cuida-se de um importante instrumento para a análise de decisões judiciais, não pode ser desconsiderado como método a orientar decisões jurisdicionais fundadas na racionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das diversas metodologias aplicáveis ao direito, bem como a existência de diversas teorias de decisão judicial, mostra-se relevante a análise dos precedentes da Suprema Corte Brasileira diante desta pluralidade epistemológica. Os fundamentos para a interpretação e aplicação do Direito, em especial pelos órgãos jurisdicionais, que estão inseridos no sistema de repartição dos poderes, exige um controle racional, em especial na busca pela efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988. O reconhecimento da doutrina como fonte do direito, a visão sistemática da ciência jurídica, permite ao julgador superar alguns dos paradoxos do positivismo, mantendo a coerência e a integridade do ordenamento jurídico, fundado em valores e princípios gerais do direito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. Editora Malheiros, 2008.

BRASIL, **RE 407688**. Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06-10-2006, PP-00033. EMENTA VOL-02250-05, v. 55, n. 360, 2007.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemática e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HESPANHA, António Manuel. **O Caleidoscópio do Direito: o direito e Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje**. Coimbra: Almedida, 2009.

NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

RIBEIRO, Leandro Ricardo. Estudos empíricos no direito: questões metodológicas. In: CUNHA, José Ricardo. **Poder Judiciário: novos olhares sobre a gestão e jurisdição**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO STF: JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA OU ATIVISMO JUDICIAL?

Rodrigo Dal Forno de Camargo¹

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 pode ser considerada uma das constituições que mais se preocupou no tocante a enumeração de direitos fundamentais sociais. Porém, devido ao grande número de direitos previstos, muitos deles não são observados pela administração pública.

Alguns destes direitos fundamentais correspondem a normas programáticas que, por consequência, dependem de regulamentação legislativa, porém, por inércia do poder Legislativo, tais regulamentações nunca são efetuadas e, assim, impossibilitam a execução de seus preceitos pelo poder Executivo.

Outros direitos, mesmo devidamente regulamentados, não são implementados por omissão do Executivo que, por corresponderem a direitos prestacionais materiais, tornar-se-iam demasiadamente onerosos ao Estado que prefere utilizar tais recursos em outros investimentos.

Sendo assim, diversos direitos fundamentais prestacionais, mesmo previstos na Carta Política, não são implementados pelo Poder Público devido a inércia do poder Legislativo e/ou omissão do poder Executivo.

Diante deste panorama de inércia e omissão Estatal quanto a políticas públicas devidamente previstas na Constituição Federal que, por pertencerem ao leque de direitos fundamentais prestacionais, podem vir a causar enormes prejuízos a seus titulares, a quem cabe a sua implementação?

Para muitos a resposta encontra-se no poder Judiciário que, através da coerção, deve impor ao Estado a implementação dos meios necessários para o cumprimento das políticas públicas previstas constitucionalmente.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. E-mail: rcamargo@upf.br.

Tal fato se verifica através das inúmeras ações judiciais que vêm, a cada dia, buscar o cumprimento de direitos fundamentais (direito a saúde, direito a educação, direito a moradia, etc) que não são aplicados no mundo fático devido a inércia ou omissão estatal.

Porém, a utilização do poder Judiciário é a melhor alternativa para a implementação de tais políticas? Em que casos pode o poder Judiciário intervir? É possível judicializar as políticas públicas? Deixar que o poder Judiciário decida através da interpretação de normas programáticas não seria um caso de ativismo judicial?

Para tentar resolver estas indagações é que se propõe o presente estudo que, buscará elucidar o pensamento hodierno através dos principais tópicos referidos nas decisões que vêm sendo proferidas pelo STF.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Preliminarmente, antes de analisarmos o foco central do trabalho, faz-se necessária uma breve análise sobre os direitos fundamentais que, vêm, ao longo do tempo, e, principalmente, de forma cada vez mais acentuada, sendo objeto de tutela jurídica.

Vejamos o que afirma Paulo Gustavo Gonet Branco:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que este tem, em relação ao indivíduo, primeiro, deveres e, depois, direitos².

Por muito tempo, o indivíduo foi considerado pelo Estado como um mantenedor do governo, sem que este se preocupasse com a execução e/ou disponibilização de qualquer contraprestação.

Porém, tal fato foi alterado através do constitucionalismo, onde, o Estado adquire o *status* de Pessoa Jurídica e, conseqüentemente, passa a ser sujeito de direitos e obrigações criando relações jurídicas.

É neste sentido que as Constituições atuais, modelo inaugurado pelo movimento do constitucionalismo social, são a expressão da idéia de consagração dos Direitos Humanos e Fundamentais perante todo o ordenamento jurídico. Esses direitos, após a 2ª Guerra, passam a ser reconhecidos como base de qualquer Sociedade que se queira civilizada. Ato contínuo, as novas

² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

Constituições preocupam-se em construir um novo modelo de Estado, agora qualificado como Democrático de Direito, utilizando-se da Teoria dos Direitos Humanos e Fundamentais como o principal alicerce dessa nova ordem de valores³.

A Constituição Federal de 1988, em seu preâmbulo e no *caput* de seu primeiro artigo, apresenta o Brasil como Estado Democrático de Direito, possuindo como fundamentos básicos a cidadania, a dignidade da pessoa humana, entre outros.

Do mesmo modo, a Carta Magna de 1988, prevê expressamente os direitos fundamentais em seu Título II, onde são divididos em: a) direitos e deveres individuais e coletivos; b) direitos sociais; c) nacionalidade; d) direitos políticos; e, e) regramento dos partidos políticos.

Diante as diversas classificações dos direitos fundamentais, entendemos que a que melhor se enquadra no presente estudo é a que fraciona os direitos fundamentais em três categorias, são elas: a) direitos de defesa; b) direitos prestacionais; e, c) direitos de participação.

Os direitos fundamentais de defesa são considerados aqueles em que “asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do Judiciário.”⁴

Ou seja, normalmente são direitos individuais que visam limitar a ação do Estado, garantindo a não-interferência do Estado sobre bens protegidos, tais como: liberdade, igualdade, propriedade, intimidade, entre outros.

Por sua vez, Robert Alexy vai além da simples conceituação dos direitos de defesa, subdividindo-o em grupos:

Los derechos del ciudadano frente al Estado a acciones negativas del Estado (derechos de defensa) pueden dividirse en tres grupos. El primero está constituido por derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas acciones del titular del derecho, el segundo, por derechos a que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho; y el tercero, por derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho⁵.

O primeiro grupo se caracteriza por garantir ao cidadão a liberdade de agir sem ser impedido ou obstaculizado (liberdade de expressão, liberdade de religião, liberdade de reunião, etc). O segundo grupo estaria constituído pelas garantias de que o Estado não afete propriedades

³ LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 56.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 03.

⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. 4 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 189.

ou situações do titular do direito (direito a vida e a inviolabilidade de domicílio). Por fim, o terceiro grupo estaria formado por garantias de que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas dos titulares de direito (propriedade).

Por sua vez, os direitos fundamentais prestacionais são caracterizados por garantir uma prestação Estatal positiva em favor do cidadão, onde, através da ação Estatal é garantido um direito constitucionalmente previsto.

Como bem leciona Robert Alexy, o conceito de direito prestacional é, basicamente, o oposto do conceito do direito de defesa, senão vejamos:

Todo derecho a un acto positivo, es decir, a una acción del Estado, es un derecho a prestaciones. De esta manera, el derecho a prestaciones es la contrapartida exacta del concepto de derecho de defensa, bajo el que cae todo derecho a un acción negativa, es decir, a una omisión por parte del Estado. La escala de las acciones positivas del Estado que pueden ser objeto de un derecho a prestaciones se extiende desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos a través de normas del derecho penal, pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y en bienes⁶.

Enquanto os direitos fundamentais de defesa se caracterizam pela omissão Estatal, os direitos fundamentais prestacionais correspondem a um comportamento ativo do Estado, que podem variar, desde a edição de normas de coibição a atos de terceiros, até ações de garantias quanto aos direitos sociais, tais como: saúde, educação, previdência social, maternidade, entre outros.

Importante salientar que os direitos prestacionais podem originar gastos ao erário público, ou seja, para cumprimento do que determina a constituição, a ação do Estado pode necessitar de orçamento. Como é o caso das prestações relativas a saúde, educação e assistência previdenciária.

Por fim, os direitos fundamentais de participação são aqueles relacionados a participação na vida política do país, ou seja, são os direitos políticos do cidadão que garantem a sua efetiva ingerência na vida política.

Neste ponto, vale trazer a baila que: “Tanto Canotilho como Alexy situam os diversos direitos políticos, conforme suas características, entre os direitos a prestação ou entre os de

⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. 4 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, 427.

defesa. Com isso, não cogitam dos direitos de participação como um terceiro grupo de direitos fundamentais.”⁷

2. AS ALTERNATIVAS

Como dito no tópico anterior, os direitos fundamentais prestacionais dependem de uma ação Estatal, porém, quando esta ação se transforma em omissão, ou seja, quando os direitos sociais previstos constitucionalmente não são postos em prática pelo Executivo e Legislativo, a quem cabe sua implementação? Caberá ao poder Judiciário a concretização dos direitos esquecidos?

Ingo Wolfgang Sarlet traz a tona o fato da Constituição de 1988 apresentar elementos programáticos que, inevitavelmente, necessitam de regulamentação:

De outra banda, ressalta na Constituição vigente o seu cunho programático e, a despeito das diversas e importantes reformas ocorridas, ainda marcadamente, dirigente, que resulta do grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, imposições legiferantes e diretrizes a serem perseguidos, implementados e assegurados pelos poderes públicos. Mesmo que fortemente mitigado no que concerne aos direitos fundamentais, de modo especial em face da redação do art. 5º, § 1º (que prevê a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais), não há como negar a subsistência de elementos programáticos e de uma dimensão diretiva também nesta seara [...]⁸

Por mais que nossa Carta Magna seja extensiva quanto aos direitos fundamentais, muitos de seus artigos dependem de regulamentação legislativa e, por consequência, na sua falta, há uma impossibilidade de aplicação e efetividade.

Mesmo existindo uma previsão expressa de que as normas de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, sua execução fática esbarra na omissão do poder Legislativo que, através de sua inércia, acaba por amarrar o Executivo diante a vinculação ao princípio da legalidade.

Porém, as consequências da inaplicabilidade de direitos fundamentais prestacionais podem se mostrar irreversíveis, causando, ao cidadão titular do direito, danos que nunca mais poderão ser reparados.

⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 151.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 65.

Frente a este panorama, Rogério Gesta Leal entende que cabe ao Poder Judiciário a proteção e aplicação dos direitos fundamentais, uma vez que a sua inobservância poderá trazer consequências irreversíveis. Vejamos:

O Estado-Juiz passa, pois, a desempenhar um papel relevantíssimo na garantia efetiva e eficiente daqueles direitos, pois esses, diversamente de outros que são havidos nos diferentes sistemas aos particulares, não se põem a ressarcimentos posterior ou reparação, mas são indisponíveis e inadiáveis em seu exercício: ou garante-se o direito à vida ou nada haverá, nem um dia vindouro, a se garantir; garante-se a liberdade, porque se tal segurança não se impuser de pronto, estará ela perdida naquele momento e não se lhe poderá repor⁹.

Necessário deixar claro que, ao falarmos de direitos fundamentais prestacionais, estamos nos referindo a uma gama de direitos que não podem ser esquecidos pela administração pública, pois, não raras vezes, o direito que está sendo omitido corresponde no direito à vida.

Neste ponto, vale trazer a baila uma brilhante passagem do livro *O Processo* de Franz Kafka:

[...] diante da lei está postado um guarda. Até ele se chega um homem do campo que lhe pede que o deixe entrar na lei. Mas o sentinela lhe diz que nesse momento não é permitido entrar. O homem reflete e depois pergunta se mais tarde lhe será permitido entrar. “É possível”, diz o guarda, “mas agora não.” A grande porta que dá para a lei está aberta de par em par como sempre, e o guarda se põe de lado; então o homem, inclinando-se para diante, olha para o interior através da porta. Quando o guarda percebe isso desata a rir e diz: “Se tanto te atraí entrar, procura fazê-lo não obstante a minha proibição. Mas guarda bem isto: eu sou poderoso e contudo não sou mais do que o guarda mais inferior; em cada uma das salas existem outros sentinelas, um mais poderoso do que o outro. Eu não posso suportar já sequer o olhar do terceiro”. O camponês não esperava tais dificuldades; parece-lhe que a lei tem de ser acessível sempre a todos, mas agora que examina com maior atenção o guarda, envolto em seu abrigo de peles, que tem grande nariz pontiagudo e barba longa, delgada e negra à moda dos tártaros, decide que é melhor esperar até que lhe dêem permissão para entrar¹⁰.

Oportuna a reprodução do texto acima uma vez que traduz, exatamente, o que a muito tempo ocorre em nossa sociedade, pois, da mesma maneira que o texto, mesmo existindo a previsão expressa da lei, não se permite ao cidadão comum a fruição do que lhe é garantido.

Ou seja, o direito é posto, mas devido a inércia Legislativa e/ou a omissão quanto a medidas de implementação pelo Poder Executivo, preceitos constitucionais fundamentais não são cumpridos, ocasionando ao cidadão a falta de efetividade na fruição dos direitos que lhe pertencem.

⁹ LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 176-177.

¹⁰ KAFKA, Franz. **O Processo**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 239-240.

Frente a inércia do poder Legislativo e/ou a omissão do poder Executivo em implementar direitos constitucionalmente previstos, cabe ao cidadão lutar por seus direitos e, assim, desafiar os mais poderosos dos sentinelas da lei para que demonstrem, através da coerção, se realmente conseguem impor o seu cumprimento.

Rudolf Von Ihering define bem o que pode causar a inércia do interessado em ver cumprida a lei:

A realização das normas de direito público depende da noção do dever de que se achem imbuídos os funcionários estatais; a do direito privado, da eficácia das motivações que levam o titular a defender seu direito: o interesse e o sentimento de justiça. Quando essas motivações falham, quando o sentimento de justiça é frouxo e embotado, e o interesse não se revela bastante poderoso para superar a comodidade, a aversão à luta e o receio causado pelo processo, a consequência só poderá ser uma: a falta de aplicação da norma jurídica¹¹.

Muitas vezes, a falta de aplicação de uma norma jurídica – no nosso caso se entenda como falta de cumprimento dos direitos fundamentais prestacionais – pode ser reflexo da comodidade de seus principais interessados, que não acreditam na justiça ou, pior, que sequer possuem conhecimento de seus direitos.

Tal fato não pode, e nem deve, se tornar a praxe. Pelo contrário, o cidadão deve ser conhecedor do ordenamento jurídico para que possa lutar pelo seu cumprimento, seja de forma individual ou coletiva.

Somente através da luta é que se conquista um direito ou, também, se obtém uma implementação. Ihering é contundente quanto a este entendimento, senão vejamos:

Todos os direitos da humanidade foram conquistados pela luta; seus princípios mais importantes tiveram de enfrentar os ataques daqueles que a eles se opunham; todo e qualquer direito, seja o direito de um povo, seja o direito do indivíduo, só se afirma por uma disposição ininterrupta para a luta. O direito não é uma simples idéia, é uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual a defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança¹².

Esta luta pelo direito parece que toma força em nosso país, ou seja, nos dias atuais o cidadão parece ter começado a entender seu papel e, principalmente, que possui direitos que devem ser buscados. Diz-se isso devido às diversas ações judiciais que vem sendo ajuizadas buscando a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais previstos em nossa Constituição.

¹¹ IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 59.

¹² IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 27.

Diariamente são propostas ações judiciais que visam garantir aos indivíduos direitos que os tornem cidadãos – sujeitos de direitos e obrigações previamente definidos na norma – da nossa nação. São ações que variam seu pedido (saúde, educação, assistência, previdência, etc.), mas todas possuem semelhança quanto a solicitação do cumprimento de um direito fundamental prestacional que, por algum motivo, não vêm sendo observado pela administração pública.

Desta forma, o Poder Judiciário passou a ser chamado para se pronunciar sobre a efetivação de políticas públicas e, normalmente, a direitos fundamentais de prestação material, ou seja, que sua execução se traduz em uma ação estatal que obrigatoriamente se reveste de dispêndio financeiro ao erário.

Ditas ações têm se tornado tão comuns que o Ministério Público, como representante do povo, passou, da qualidade de mero espectador, para a qualidade de parte ativa nos processos desta ordem.

De modo exemplificativo, se faz necessária a apresentação de algumas Ementas de pleitos propostos pelo Ministério Público que possuem como objeto a implementação de políticas públicas previstas constitucionalmente. Vejamos:

AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE PROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 196, 197 E 227) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” (CPC, ART. 461, § 5º) COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO –

EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOUTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO¹³.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento¹⁴.

DEFENSORIA PÚBLICA – DIREITO DAS PESSOAS NECESSITADAS AO ATENDIMENTO INTEGRAL, NA COMARCA EM QUE RESIDEM, PELA DEFENSORIA PÚBLICA – PRERROGATIVA FUNDAMENTAL COMPROMETIDA POR RAZÕES ADMINISTRATIVAS QUE IMPÕEM, ÀS PESSOAS CARENTES, NO CASO, A NECESSIDADE DE CUSTOSO DESLOCAMENTO PARA COMARCA PRÓXIMA ONDE A DEFENSORIA PÚBLICA SE ACHA MAIS BEM ESTRUTURADA – ÔNUS FINANCEIRO, RESULTANTE DESSE DESLOCAMENTO, QUE NÃO PODE, NEM DEVE, SER SUPOSTADO PELA POPULAÇÃO DESASSISTIDA – IMPRESCINDIBILIDADE DE O ESTADO PROVER A DEFENSORIA PÚBLICA LOCAL COM MELHOR ESTRUTURA ADMINISTRATIVA – MEDIDA QUE SE IMPÕE PARA CONFERIR EFETIVIDADE À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INSCRITA NO ART. 5º, INCISO LXXIV, DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA – OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS – SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL – O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO “DIREITO A TER DIREITOS” COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS – INTERVENÇÃO JURISDICIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS À ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV, E ART. 134) – LEGITIMIDADE DESSA ATUAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE SOBRE A OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES – A FUNÇÃO

¹³ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão no Agravo Regimental 581352, Relator Celso de Mello. Publicado no DJe-230 DIVULGA 21-11-2013 PUBLIC 22-11-2013a.

¹⁴ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão no Agravo Regimental 642536, Relator Luiz Fux. Publicado no DJe-038 DIVULGA 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013b.

Os casos acima transcritos apresentam pedidos distintos, porém, se assemelham quanto ao objetivo buscado, ou seja, todos os processos possuem como fato gerador do pleito a inércia do Estado (Legislativo e Executivo) em promover as políticas públicas a que estão constitucionalmente obrigados.

Em todos os casos se busca a concretização de direitos fundamentais prestacionais de cunho material que, por motivo de inércia de regulamentação pelo Poder Legislativo e/ou omissão do Poder Executivo, permanecem descumpridos como se não existissem no mundo jurídico.

3. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Ao analisarmos as decisões do Supremo Tribunal Federal que foram trazidas à baila, verifica-se que todas fazem referência ao princípio da “reserva do possível”.

Vale aqui ressaltar que, as decisões apresentadas no presente trabalho são irrisórias numericamente, porém, foram escolhidas de acordo com o critério de traduzirem o maior número de decisões análogas.

Como já dito, na maioria dos direitos fundamentais prestacionais, há a necessidade de dispêndio financeiro por parte do Estado e, sendo assim, através da utilização do que preconiza o princípio da reserva do possível busca-se limitar os gastos públicos às possibilidades orçamentárias do Estado.

Por outro lado, o princípio da reserva do possível, muito utilizado nas decisões aqui tratadas, não é um preceito brasileiro, sua origem advém do Tribunal Constitucional Federal Alemão:

[...] sua primeira referência histórica aparece na decisão n. 33 do Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfGE 33, 303), no ano de 1972. No referido julgado, que trata do acesso a vagas no ensino superior, partiu-se da análise do art. 12, § 1º da Lei Fundamental, que garante a todos os alemães o direito de escolher sua profissão, seu lugar de trabalho e formação. O argumento central da referida pretensão versava sobre o direito à igualdade no acesso à formação universitária para o exercício da atividade escolhida. Na decisão, o Tribunal reconheceu a dimensão subjetiva desses direitos, inclusive numa perspectiva social com relação ao acesso ao ensino superior, o que não significa que toda e qualquer pessoa que queira cursar determinado curso terá sua vaga garantida

¹⁵ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão no Agravo Regimental 763667, Relator Celso de Mello. Publicado no DJe-246 DIVULGA 12-12-2013 PUBLIC 13-12-2013c.

pelo Estado. Assim, segundo se depreende do dispositivo, entenderam os juízes que, em primeiro momento, cabe ao Legislador fazer essa reserva em conformidade com outros direitos importantes para a sociedade, estabelecendo se é ou não o caso de discutir a necessidade de criar novas vagas, restando os demais Poderes se adequarem a elas e fazê-las serem cumpridas¹⁶.

Demonstra-se com isso que, talvez, a utilização indiscriminada do instituto da Reserva do Possível esteja desvirtuando o seu conceito original, uma vez que não corresponde e não traduz o real sentido atribuído pela Suprema Corte Alemã.

Nota-se que, em momento algum, o julgado referiu-se a questão orçamentária de possível aumento de vagas universitárias e, tampouco foi discutida qualquer deficiência financeira do Estado.

Porém, no Brasil, a noção de reserva do possível difundiu-se de forma errônea e passou a ser utilizada pelo Poder Público como justificativa de impossibilidade orçamentária para execução de políticas públicas que acarretem em um vultoso dispêndio econômico para o Estado.

O Ilustre Ministro Celso de Mello, na fundamentação de sua decisão do Recurso Extraordinário 581.352, do qual era relator, adverte:

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo obviamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (re 581352)

Dois pontos cruciais devem ser salientados na decisão proferida, são eles: a) a ocorrência de justo motivo obviamente aferível; e, b) finalidade de exonerar-se dolosamente.

Ao ressaltar a ocorrência de justo motivo, o nobre julgador deixa claro que, diante a situações excepcionais, a cláusula da reserva do possível pode eximir o Estado de prestações positivas, porém, ditas situações devem ser aferíveis.

No mesmo sentido se apresenta o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet:

Com efeito, a noção de impossibilidade fática não pode esbarrar numa postura arrogante por parte do Jurista, como se o fenômeno jurídico pudesse prevalecer em qualquer hipótese. [...] há circunstâncias excepcionais, que, ou não podem ser imputadas diretamente ao Estado, ou, ainda que tenham ligação com ações ou omissões dos poderes públicos, geram uma situação de inviabilidade fática, resultando, dadas as circunstâncias e na sua pendência, em impossibilidade de atendimento parcial ou até mesmo integral de prestações sociais, como em hipóteses de graves calamidades¹⁷.

¹⁶ BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013, p. 143-144.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 351.

Se os casos de impossibilidade fática correspondem a exceção a regra e, também, cabe ao Estado o ônus de sua comprovação, nos demais casos a utilização do preceito da reserva do possível se configura como uma forma dolosa de exonerar-se de suas obrigações para com seus cidadãos.

No momento em que, para todas as demandas judiciais que vislumbrem a execução de direitos prestacionais constitucionalmente previstos, o Estado utilize como tese de defesa a reserva do possível estaria agindo intencionalmente em prejuízo de seu povo.

4. JUDICIALIZAÇÃO OU ATIVISMO

Por fim, cumpre analisar sobre a legitimidade do Poder Judiciário em promover a implementação dos direitos prestacionais materiais, devidamente previstos no texto constitucional que, por inércia ou omissão, não são executados pelo Legislativo e/ou Executivo.

Neste ponto, nos parece crucial a afirmação de Lenio Luiz Streck:

Assim, a assertiva de que o Estado Democrático de Direito dependeria muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos *deve ser deveras relativizada*. O Judiciário não pode ser a solução mágica para os problemas dos fracassos e insuficiências de políticas de *welfare state*. Aliás, em determinadas circunstâncias, corre-se o risco de “criar” cidadãos de segunda classe, que, em vez de reivindicarem seus direitos no campo da política, apostam no paternalismo jurdicista. Igualmente não se pode apostar em uma “república de juízes”. Tem-se que ter em mente, entretanto, a relevante circunstância de que, se no processo constituinte se optou por um Estado intervencionista, visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza etc., *dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição*. Acontece que, em grande parte, a Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, *surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados*.¹⁸

No trecho acima transcrito, fica evidente o pensamento do nobre jurista quanto a intervenção do Judiciário nos casos de descumprimento das políticas públicas determinadas pelo pacto constituinte. Para o autor, a intervenção do Judiciário não deveria ser a praxe, porém, devido ao quadro que se apresenta, talvez seja a única via possível para a concretização de tais direitos.

¹⁸ STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 65.

A nosso ver, salvo melhor juízo, o entendimento se baseia apenas na omissão dos Poderes Públicos em executar o que já fora determinado pela própria Constituição, ou seja, a utilização do Judiciário não deveria se estender aos demais casos, sob pena de incumbir o Judiciário a realização de políticas públicas.

Tal entendimento é compartilhado por Rogério Gesta Leal:

[...] os sistemas constitucionais deste final de século, encarecem o papel do Poder Judiciário, enquanto guardião dos direitos constitucionais e infraconstitucionais, como aquele que se dota de melhores condições para assegurar a eficácia jurídica dos Direitos Humanos e Fundamentais, especialmente quando se apresentar quadro de ameaça ou violação dos mesmos.¹⁹

Vale ressaltar que, assim como Lenio Luiz Streck, o doutrinador não coloca o poder Judiciário como o executor de políticas sociais e, sim, como instrumento de segurança a tornar eficaz os direitos fundamentais que se demonstram violados.

Além do mais, “assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que *não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais.*”²⁰

Evidente que, na falta de legislação pelo Legislativo e da falta de execução pelo Executivo, não resta outra alternativa senão a judicialização pelo Judiciário, porém, ao passarmos ao Judiciário a responsabilidade pela implementação de políticas públicas, corremos o risco da discricionariedade dos julgadores e, principalmente, do ativismo judicial.

No momento em que o Judiciário passa a ser protagonista do cenário social e político do Estado, abre-se a possibilidade de decisões que extrapolem seus objetivos e que, inevitavelmente, conduzam para o ativismo judicial.

Para Lenio Luiz Streck a “nova conformação da relação entre os Poderes e órgãos do Estado – e me refiro especialmente à justiça constitucional – tem provocado acirrados debates acerca dos perigos que representa aquilo que vem sendo denominado de ‘ativismo judicial’.”²¹

¹⁹ LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, 176.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 355.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 119.

O grande problema apresentado é que a “judicialização” e o “ativismo judicial” por muitas vezes se confundem, mas, a nosso ver, estão separadas por uma limitação ficta que, no momento que esta limitação for ultrapassada, transbordaríamos da esfera da judicialização para o ativismo em si.

Analisando através de exemplos fáticos poderíamos dizer que a judicialização corresponde a implementar normas fundamentais programáticas que ainda não foram regulamentadas, já, ativismo judicial corresponde a executar políticas sociais sem que haja qualquer previsão legislativa para tanto.

Fato que, talvez, agrave a preocupação com o ativismo judicial é a vastidão de normas programáticas na Constituição brasileira:

A Constituição brasileira contém um leque de direitos fundamentais-sociais inexistentes em outras Constituições (registre-se que a Lei Fundamental alemã, tão decantada, não possui catálogo de direitos sociais). Consequentemente, a judicialização se tornou inexorável (o problema, na verdade, foi a confusão feita em *terrae brasilis* entre judicialização, que é contingente, e ativismo, que é uma forma antidemocrática de substituição dos juízos morais, políticos e econômicos – que devem ser feitos pelos Poderes Executivo e Legislativo – pelos do Judiciário). Mas, insisto: se a judicialização é inevitável – e a história recente do Brasil aponta para essa realidade –, foi pela falta de um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais que esta, a judicialização, foi transformada na vulgata do ativismo²².

Para o Autor, o ativismo judicial surge na falta de um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais, onde, devido ao caráter premente da tomada de decisão, diversos critérios de interpretação são deixados de lado pelo jurista que julga através de suas próprias convicções.

Além do mais, entendemos que diversas normas constitucionais programáticas podem possuir uma interpretação extensiva, dando ao jurista uma gama imensa de possibilidades e, conseqüentemente, aumenta a possibilidade de decisões discricionárias.

Peter Häberle chama a atenção para o papel do legislador constituinte como precursor de interpretação. Senão Vejamos:

O legislador cria uma parte da esfera pública (*Öffentlichkeit*) e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional. Ele interpreta a Constituição, de modo a possibilitar eventual revisão, por exemplo, na concretização da vinculação social da propriedade²³.

²² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 121.

²³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 27.

De acordo com o nobre jurista, o próprio legislador constitucional dá azo para a posterior interpretação do texto que, conforme entendimento, pode e deve sofrer um processo de mutação com o passar do tempo diante as realidades sociais vividas ao longo do tempo em uma determinada sociedade.

Ou seja, da mesma forma que a sociedade é um organismo que se modifica ao longo do tempo, a Constituição, ou talvez, a interpretação das normas constitucionais, também deve ser modificada com o intuito de acompanhar as evoluções.

Peter Häberle possui uma visão “pluralista” da interpretação constitucional onde, a interpretação não é monopólio do Estado e, sim, de todas as forças da comunidade política, partindo do próprio cidadão a quem é dirigida a norma.

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania no sentido do art. 33 da Lei Fundamental (NT 8). Dessa forma, os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (*Beteiligtenkreis*). Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição!²⁴

O cidadão, agindo em conjunto ou individualmente, deve fazer parte do processo interpretativo constitucional, principalmente no que se refere ao Direitos Fundamentais, uma vez que são os próprios cidadãos aqueles legitimados para o exercício destes direitos e, desta forma, os mais interessados.

A participação do cidadão também é, de forma menos evidente, encontrada nos textos de Lenio Luiz Streck, o qual afirma que:

Entretanto, sendo a Constituição o elo conteudístico que liga a política ao direito, o grau de dirigismo e da força normativa da Constituição [...] dependerá não somente, mas também, da atuação da sociedade civil, instando as instâncias judiciárias ao cumprimento da Constituição, mediante o uso dos diversos mecanismos institucionais (ações constitucionais, controle difuso e concentrado de constitucionalidade). E isso também implica lutas políticas (basta ver o considerável número de ações constitucionais intentadas por partidos políticos).²⁵

²⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 37.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 122-123.

Assim, passando por um controle de constitucionalidade amplo, através da participação de vários atores, o processo de judicialização estaria mais propenso a realização de seus objetivos, diminuído drasticamente a possibilidade de ser transformado em ativismo judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, fica evidente que diversos direitos fundamentais prestacionais encontra-se sendo esquecidos pelo Estado que, por diversos motivos, deixa de implementá-los em completo descumprimento a ordem constitucional.

Tais casos não são raros, muito pelo contrário, talvez a grande maioria destes direitos sejam desrespeitados através da inércia do poder Legislativo e omissão do poder Executivo.

O fato que deve ser salientado é que os direitos fundamentais desrespeitados podem gerar conseqüências desastrosas e irreversíveis, não podendo o titular do direito aguardar infinitamente pela vontade estatal.

Como os direitos aqui tratados fazem parte de um leque de direitos previstos constitucionalmente, e, principalmente, por serem direitos fundamentais, devem possuir aplicação imediata, não resta outra alternativa senão a propositura de ações judiciais que visem garantir a sua implementação.

O poder Judiciário corresponde ao único remédio a ser prescrito para sanar o caos existente e conseguir, de forma coercitiva, o cumprimento do que prevê extensivamente a nossa Constituição.

Se o Brasil é um Estado Democrático de Direito, e tanto o Estado quanto a Democracia não existem sem o povo, o Direito deve socorrer todo o cidadão que tiver direitos fundamentais suprimidos.

Neste contexto surgem algumas indagações: O Estado terá condições financeiras de arcar com todos os direitos fundamentais prestacionais? Como garantir um direito oneroso a um indivíduo em detrimento aos demais?

Quanto a questão orçamentária vale lembrar o que foi dito sobre o princípio da reserva do possível, ou seja, o Judiciário deverá analisar o caso específico com a disponibilidade, caso não haja disponibilidade financeira, caberá ao Estado comprovar a indisponibilidade.

Quanto a questão valores de direitos entendemos que os casos aqui tratados dependem de provocação judicial por parte do interessado ou por seus representantes e, se assim o fizerem, deverão possuir prioridade frente aqueles que não buscaram seus direitos judicialmente. Vale lembra que *dormientibus non succurrit jus*, ou seja, o direito não socorre os que dormem.

No que se refere a judicialização e ao ativismo judicial entendemos que nos presentes casos, ou seja, nos casos de implementação de direitos fundamentais prestacionais por omissão ou inércia estatal, não há muito espaço para ativismos.

Ao se falar da implementação de direitos fundamentais é premente a judicialização das políticas públicas, pois, do contrário, o cidadão ficaria de mãos atadas aguardando o bel prazer do poder público.

O ativismo judicial não encontra terreno fértil nas referidas decisões devido ao superior controle existente diante ao enorme interesse público que envolvem os direitos ali tratados.

Por fim, conclui-se que o poder Judiciário deve intervir na implementação das políticas públicas previstas na Constituição Federal e que, por algum motivo, não vêm sendo cumpridas pelo poder executivo. Porém, dita interferência deve ser efetuada nos limites constitucionais e em consonância com os objetivos traçados para o país.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. 4 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Brasília, 1988.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão no Agravo Regimental 581352, Relator Celso de Mello. Publicado no DJe-230 DIVULGA 21-11-2013 PUBLIC 22-11-2013a.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão no Agravo Regimental 642536, Relator Luiz Fux. Publicado no DJe-038 DIVULGA 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013b.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão no Agravo Regimental 763667, Relator Celso de Mello. Publicado no DJe-246 DIVULGA 12-12-2013 PUBLIC 13-12-2013c.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito.** Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KAFKA, Franz. **O Processo.** Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade:** estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

A (IM)POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS PROFERIDAS NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Tiago Ramos¹

INTRODUÇÃO

Com o objetivo de proporcionar uma prestação jurisdicional célere e eficaz na afirmação dos direitos subjetivos das partes é que foram criados os Juizados Especiais Cíveis, que passaram a representar um meio de acesso à justiça simplificado e compatível com o tão almejado ideal de justiça.

Os diversos movimentos sociais, percebidos em todo o mundo, com relação à proteção dos interesses individuais das pessoas menos favorecidas, foram determinantes para a implementação dos Juizados Especiais no âmbito nacional. Com esse objetivo, foram iniciadas, no Brasil, as primeiras experiências no intuito de criar mecanismos de proteção e defesa dos interesses das pessoas desprovidas de condições financeiras, visando a tutela das causas consideradas de menor complexidade. A confirmação pela instituição dos Juizados Especiais no país, na concepção do direito atual, se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu expressamente a previsão para criação dos Juizados no território nacional. A criação dos Juizados Especiais, concebida na atual conjectura, ocorreu efetivamente com o advento da Lei 9.099/1995, que regulamentou a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, determinando regras específicas para a prestação da tutela jurisdicional. Mais recentemente, foram criados outros Juizados com o objetivo de atingir outros segmentos não abrangidos pela Lei 9.099/1995.

Entretanto, para que o provimento jurisdicional se dê em sua plenitude, é necessária a observância, pelo magistrado, de alguns critérios orientadores que delimitam a esfera de alcance da tutela estatal, representada neste ato pela intervenção do Poder Judiciário na solução das demandas. Alguns limites estão presentes no próprio rito processual estabelecido quando da

¹ Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito *stricto sensu*, da Universidade de Passo Fundo.

propositura da demanda perante o órgão julgador. Em se tratando dos Juizados Especiais Cíveis, o procedimento processual seguirá as disposições constantes na Lei 9.099/1995.

No presente trabalho, o problema a ser debatido é justamente com relação à limitação imposta intrinsecamente pela Lei 9.099/1995 quanto à impugnação das decisões interlocutórias. No texto da referida lei, não há qualquer previsão quanto à possibilidade de interposição de recurso contra as decisões interlocutórias, as quais são seguidamente objeto de controvérsia em um processo, principalmente quando este processo possui seu trâmite junto à esfera dos Juizados Especiais Cíveis.

As decisões interlocutórias, por apresentarem um conteúdo decisório, que por vezes antecipa ou denega liminarmente o direito material postulado por uma parte, em detrimento ao interesse da outra, são extremamente importantes no atual contexto dos Juizados. É exatamente em razão da inexistência de recurso legalmente previsto para impugnação de tais decisões que os doutrinadores e operadores do direito têm firmado o entendimento pela viabilidade da impetração do mandado de segurança nos Juizados Especiais. Além disso, a justificativa para a sua impetração pode ser facilmente compreendida, sob o ponto de vista do direito, quando for, por exemplo, observada a violação a um direito líquido e certo por ocasião de uma decisão interlocutória.

Porém, essa questão foi alvo de limitações impostas pelo Supremo Tribunal Federal, que em decisão prolatada no julgamento do recurso extraordinário 576847, pronunciou-se pela impossibilidade de impetração do mandado de segurança nos Juizados Especiais Cíveis, justificando, como um dos argumentos, que o mandado de segurança não se coaduna com os fins a que se volta a Lei 9.099/1995.

Diante disso, indaga-se se a decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à afirmação da irrecorribilidade das decisões interlocutórias por meio da denegação de impetração do mandado de segurança no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis está em conformidade com os princípios e garantias constitucionais.

Para demonstrar todos os aspectos referentes ao julgamento, a decisão do STF, nesse estudo, será desmembrada, a fim de proporcionar a realização de um estudo individualizado dos fundamentos nos quais a Suprema Corte se debruçou para a confirmação da irrecorribilidade das decisões interlocutórias nos Juizados Especiais Cíveis.

Diante do exposto, observa-se a relevância do tema em discussão, haja vista a importância que as decisões interlocutórias assumiram na condução dos processos em trâmite junto aos Juizados Especiais Cíveis, como meio de evitar a ineficácia do processo na concessão do direito a uma das partes pelo decurso do tempo. Em diversas situações o magistrado se depara com questões que necessitam de apreciação imediata, como o pedido de tutelas de urgência, e o (in)deferimento de tais medidas podem gerar danos, por vezes, irreparáveis à parte submetida com a decisão. Não havendo nenhum meio legal para impugnação de tais decisões nos Juizados, a questão do mandado de segurança assume um caráter fundamental para a efetivação do direito material na atual estrutura dos Juizados.

1. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COM RELAÇÃO À IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Ao julgar o recurso extraordinário 576847, interposto pela empresa Telemar Tele Norte S.A., o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de ser incabível a impetração do mandado de segurança como meio de impugnação das decisões interlocutórias, asseverando que estas são irrecorríveis no sistema dos Juizados Especiais Cíveis.

Do julgamento, foi publicada a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. DECISÃO LIMINAR NOS JUIZADOS ESPECIAIS. LEI N. 9.099/95. ART. 5º, LV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. 1. Não cabe mandado de segurança das decisões interlocutórias exaradas em processos submetidos ao rito da Lei n. 9.099/95. 2. A Lei n. 9.099/95 está voltada à promoção de celeridade no processamento e julgamento de causas cíveis de complexidade menor. Daí ter consagrado a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, inarredável. 3. Não cabe, nos casos por ela abrangidos, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, sob a forma do agravo de instrumento, ou o uso do instituto do mandado de segurança. 4. Não há afronta ao princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV da CB), vez que decisões interlocutórias podem ser impugnadas quando da interposição de recurso inominado. Recurso extraordinário a que se nega provimento.²

A interposição do recurso extraordinário pela empresa Telemar Tele Norte S.A. se deu em razão da 5ª Turma Recursal Cível e Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia ter indeferido, liminarmente, o mandado de segurança impetrado pela referida empresa, extinguindo o feito sem resolução de mérito.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 576.847-3-BA**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 20 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 5 out. 2014.

O mandado de segurança impetrado pela empresa Telemar visava a reforma da decisão de primeiro grau que reconheceu, em sede liminar, a ilegalidade da cobrança dos serviços de telefonia fixa “tarifa básica de assinatura” e “cobrança de pulsos além da franquia”.

Ao indeferir a petição inicial do mandado de segurança, a Turma Recursal entendeu que não se pode autorizar o manejo do *writ* como substituto ou sucedâneo recursal, seja no âmbito dos Juizados Especiais como na esfera da justiça comum.

Em contrapartida, a empresa Telemar sustentou que a decisão de primeiro grau violava a disposição dos artigos 5º, incisos II, XXXVI e LVI; 21, inciso XI; 22, inciso IV; 37, inciso XXI; 87, parágrafo único e inciso II; 109, inciso I; e 170, todos da Constituição Federal de 1988.

Diante da ausência de manifestações suficientes para a rejeição do recurso extraordinário, o Ministro Eros Grau considerou cabível o recurso, reconhecendo a repercussão geral da questão constitucional suscitada, uma vez que a matéria em apreço não se limitava ao interesse subjetivo das partes envolvidas no processo.

Em virtude da atribuição de repercussão geral à questão, cabe analisar as consequências de tal medida para os demais processos que possuam circunstâncias semelhantes ao caso discutido e julgado pelo Supremo.

1.1 A atribuição da repercussão geral

Como acima relatado, foi atribuída a repercussão geral à questão constitucional levantada pela interposição do recurso extraordinário pela empresa Telemar.

O reconhecimento da repercussão geral como requisito para o julgamento do recurso extraordinário foi atribuído pelo artigo 102, § 3º da Constituição Federal, disposto nos seguintes termos:

Artigo 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.³

³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

A previsão constante no parágrafo acima citado foi incluída pela Emenda Constitucional nº 45/2004, e se constitui com um requisito específico de admissibilidade do recurso extraordinário, juntamente com a necessidade do prequestionamento e demais requisitos de admissibilidade dos recursos.⁴

Ainda no que diz respeito à regulamentação da repercussão geral, Bueno assevera que esse instituto foi disciplinado pela Lei 11.418/2006, que incluiu os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil e que também é verificado nos artigos 321 a 329 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.⁵

Desse modo, observa-se a importância da matéria em questão, em virtude de sua ampla regulamentação por diversos institutos legais.

Sobre a necessidade de demonstração da repercussão geral no recurso extraordinário, Montenegro Filho afirma que, “[...] o recorrente deve demonstrar que o julgamento do recurso extraordinário interposto interessa não apenas às partes, apresentando repercussão geral, evidenciando interesse coletivo, sob pena de deparar com a decisão de negativa de seguimento da espécie.”⁶

Pela citação acima exposta é possível averiguar que o requisito da repercussão geral ultrapassa a seara de um simples requisito formal de admissibilidade do recurso extraordinário, uma vez que a necessidade de demonstração de interesse coletivo da matéria em discussão no recurso é suficiente para afirmar a importância da questão debatida a todo o ordenamento jurídico.

Para afirmar a importância da presença de repercussão geral no recurso extraordinário, Bueno salienta que

O recurso extraordinário [...] busca preservar a autoridade e a uniformidade da interpretação da Constituição Federal em todo o território nacional, o que fica ainda mais evidente com a circunstância de só serem admitidos os recursos extraordinários que ofereçam repercussão geral que ultrapasse “os interesses subjetivos da causa”. [...] A exigência deve ser compreendida, portanto, como o impacto significativo que a decisão recorrida assume ou tem aptidão de assumir

⁴ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. 5. ed. 1 v. São Paulo: Atlas, 2009. p. 188.

⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. 2. ed. rev. e atual. 5 v. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 293.

⁶ MONTENEGRO FILHO, op. cit., p. 190.

no cenário econômico, político, social ou jurídico, indo além, conseqüentemente, dos interesses e direitos subjetivados em um dado e específico caso concreto.⁷

Diante de tal afirmação, observa-se que a atribuição de repercussão geral aos casos submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal por meio da interposição de recurso extraordinário tem por escopo preservar a integridade da Constituição Federal, de modo a uniformizar a sua interpretação com relação à determinada matéria de relevância à toda a sociedade.

No caso específico do recurso extraordinário interposto pela Telemar, há diversos dispositivos constitucionais que se aplicam à situação que deu origem à causa analisada pelo Supremo Tribunal Federal. Como bem afirma Tedesco, “não há dúvidas de que [...] o tema ora versado tangencia o texto constitucional, sobretudo pela interação dos princípios do devido processo legal, do duplo grau de jurisdição e do contraditório na resolução da questão”.⁸

Todavia, o autor entende que a incidência de normas constitucionais ao caso apreciado pelo Supremo não era suficiente para a análise da causa por recurso extraordinário, uma vez que a discussão sobre o cabimento de sucedâneos recursais perpassava pela verificação da legislação infraconstitucional, como o debate sobre questões relacionadas ao mandado de segurança e ao agravo de instrumento, por exemplo.⁹

Fato que demonstra essa compreensão é a própria referência feita pelo Ministro Carlos Britto ao proferir seu voto no julgamento do recurso extraordinário em apreço, ao demonstrar que entendia que a controvérsia se limitava à esfera infraconstitucional, retificando sua menção ao ser lembrado pelo Ministro Cezar Peluzo de que tal aspecto já havia sido superado em razão do reconhecimento de repercussão geral da matéria.

Diante disso, Tedesco menciona que a atribuição da repercussão geral ao caso em análise foi com o escopo de racionalizar os trabalhos na esfera do Supremo Tribunal Federal, haja vista que o processamento do recurso pelo regime da repercussão geral traria inúmeros ganhos à Corte,

⁷ BUENO, op. cit, p. 295.

⁸ TEDESCO, Paulo Camargo. O STF e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias nos Juizados Especiais Cíveis. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 34, n. 178, dez. 2009. p. 253.

⁹ Ibidem, p. 253-254.

principalmente com relação à celeridade e a redução de processos existentes em sua esfera de atuação.¹⁰

Entretanto, a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, com tais objetivos, apresentou premissas que podem ser questionadas, dado a inobservância de algumas questões, inclusive constitucionais, relacionadas à matéria, as quais serão vistas nos próximos tópicos de estudo.

2. FUNDAMENTOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Por ocasião do julgamento do recurso extraordinário 576847/BA, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos e nos termos do voto do relator, Ministro Eros Grau, negaram provimento ao recurso extraordinário interposto pela empresa Telemar Norte Leste S.A., vencido o voto do Ministro Marco Aurélio.

Inobstante a concisão de argumentos apresentados pelo eminente relator em seu voto, alguns pontos relacionados à irrecorribilidade das decisões interlocutórias no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis estaduais devem ser analisados, tendo em vista também as considerações realizadas pelo Ministro Marco Aurélio, que, com a devida vênia, divergiu do voto do relator.

O primeiro aspecto da decisão a ser apreciado pelo presente estudo é o ideal de celeridade apontado pelo relator, o qual será objeto de estudo no item seguinte.

2.1 O princípio da celeridade em contraposição à possibilidade de impugnação das decisões interlocutórias

A consagração do princípio da celeridade pela Lei 9.099/1995 representa um enorme avanço processual, que repercute na esfera social de abrangência dos Juizados, uma vez que o objetivo desses é justamente proporcionar às partes uma prestação jurisdicional mais rápida, tendo em vista as constantes reclamações a respeito da morosidade da justiça brasileira.

Com base em tal assertiva, o voto que delineou o resultado da decisão afirmou que “a Lei 9.099/95 está voltada à promoção da celeridade no processamento e julgamento de causas cíveis

¹⁰ Ibidem, p. 254-255.

de complexidade menor. Daí ter consagrado a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, inarredável”.¹¹

No entanto, tal premissa deve ser interpretada com cautela, uma vez que a Lei 9.099/95, em seu texto legal, não consagrou a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, mas sim, foi omissa a esse respeito. Nesse sentido, afirma Tedesco que

Ao contrário do que sugere o voto condutor, a lei não consagrou a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Ela foi omissa a esse aspecto. Essa omissão se deveu à expectativa de que, justamente em razão desse ideal de celeridade, sequer houvesse espaço para emergir interesse na impugnação de decisão interlocutória. Deveras, com a previsão de condensação das fases postulatória, instrutória e do próprio julgamento da causa em uma única ocasião, não haveria sequer tempo hábil para se impugnar as decisões interlocutórias para órgão diverso do próprio juízo que estava a conduzir a causa. Entretanto, [...] esse modelo não foi aplicado na prática, haja vista que o conteúdo dessa audiência única foi desmembrado em diversos atos processuais autônomos e diluídos no tempo.¹²

Desse modo, nota-se que a inexistência de previsão legal com relação aos meios de impugnação das decisões interlocutórias nos Juizados é proveniente do próprio intento da lei e das circunstâncias sociais presentes no momento de sua criação. Sendo assim, as decisões interlocutórias, diante da sistemática prevista pela lei, não seriam capazes de causar prejuízo às partes, em alguns casos nem mesmo tendo vez no decorrer do processo, devido à brevidade com que o mesmo solucionaria a questão *sub judice*.

Ocorre que o panorama atual dos Juizados mudou consideravelmente, não sendo mais possível ao magistrado condensar todos os atos necessários para julgamento do feito em uma única audiência, o que deu lugar à necessidade da prolação de decisões interlocutórias no curso do processo, a fim de não prejudicar uma parte devido ao retardo na prestação jurisdicional. E, a partir desse momento, não houve qualquer modificação da lei com vistas a adequar o procedimento a essa nova realidade social.

Diante disso, Tedesco afirma que a irrecorribilidade das decisões interlocutórias se deu em razão de uma impossibilidade lógica, tendo em vista a proposta da Lei 9.099/95 de concentração

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 576.847-3-BA**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 20 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 5 out. 2014.

¹² TEDESCO, O STF e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias nos Juizados Especiais Cíveis. **Revista de Processo**, p. 256.

dos atos, onde não haveria nem mesmo o interesse em recorrer da decisão, e não por uma impossibilidade jurídica, prevista expressamente em lei.¹³

Logo, em que pese a Lei 9.099/1995 estar abarcada pelo princípio da celeridade, fator indispensável para o bom andamento de todo e qualquer processo, independentemente do rito pelo qual se dê sua tramitação, o ideal de celeridade deve ser analisado sob o prisma da constitucionalidade, a fim de que não haja, em prol da celeridade, um detrimento à prestação jurisdicional, com o tolhimento de uma garantia constitucional, representada pelo mandado de segurança, no caso decidido pelo Supremo.

Visto isso, cabe analisar nesse momento o próximo argumento utilizado pelo relator, qual seja, a inaplicabilidade subsidiária do Código de Processo Civil aos casos abrangidos pela lei dos Juizados Especiais Cíveis.

2.2 A impossibilidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos Juizados Especiais Cíveis

Ao embasar seu voto, o Ministro relator afirmou, com relação à Lei 9.099/95, que “não cabe, nos casos por ela abrangidos, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, sob a forma de agravo de instrumento, ou o uso do instituto do mandado de segurança, qual pretende a recorrente”.¹⁴

Com isso, o relator afastou qualquer possibilidade de impugnação das decisões interlocutórias proferidas nos Juizados Especiais Cíveis, contrariando a maior parte da doutrina, que, embora ciente do não cabimento do regime de agravos nos Juizados, admitia por certo a impetração do mandado de segurança, como será visto no próximo item.

Entretanto, a regra sobre a inaplicabilidade da legislação processual aos casos submetidos à Lei 9.099/95 não é absoluta, na medida em que se verifica a possibilidade de interposição do agravo de instrumento nos casos específicos dos artigos 544 e 557 do Código de Processo Civil,

¹³ TEDESCO, O STF e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias nos Juizados Especiais Cíveis. **Revista de Processo**, p. 256.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 576.847-3-BA**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 20 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 5 out. 2014.

conforme disposição do Enunciado 15 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais, já referenciado em outra oportunidade.

Ainda, cabe mencionar o texto da Súmula 727 do Supremo Tribunal Federal, a qual diz que

Súmula 727 - Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente a causa instaurada no âmbito dos juizados especiais.¹⁵

Considerando o Enunciado 15, compreendido juntamente com a interpretação da Súmula 727 do Supremo Tribunal Federal, conclui-se, diferentemente do voto do Ministro Eros Grau, que a forma do agravo de instrumento é permitida na conjectura dos Juizados, porém, unicamente nos casos específicos dos artigos acima mencionados.

Além disso, outro ponto que pode ser objeto de divergência e que apresenta também certa relação com a celeridade é o argumento sobre os prazos para interposição do agravo e do mandado de segurança, que serão vistos na sequência.

2.3 A inviabilidade dos prazos para impugnação das decisões interlocutórias por meio do agravo e do mandado de segurança

Outra preposição apresentada pelo relator em seu voto diz respeito aos prazos para agravar, de dez dias, conforme preceitua o artigo 522 do Código de Processo Civil, e para impetrar mandado de segurança, de cento e vinte dias, de acordo com o artigo 18 da Lei 1.533/51. Segundo o Ministro relator, tais prazos não se coadunam com os fins aos quais se destinam a Lei 9.099/95.

Porém, nesse ponto, Tedesco também faz uma crítica ao embasamento do relator. Segundo o autor, nenhuma das duas vias mencionadas como espécies de impugnação das decisões interlocutórias trariam prejuízo às partes litigantes com relação à duração do feito, uma vez que ambas não provocam a suspensão do processo, e seguiriam um trâmite paralelamente ao processo original.¹⁶

Por essa compreensão, pode-se inferir que tanto o agravo de instrumento quanto o mandado de segurança não possuem o condão de travancar o andamento do feito, servindo

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 727**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 5 out. 2014.

¹⁶ TEDESCO, O STF e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias nos Juizados Especiais Cíveis. **Revista de Processo**, p. 257.

unicamente como forma de garantia contra uma decisão que cause manifesta e comprovadamente prejuízo a uma das partes.

Ademais, conforme bem afirma Assis, a celeridade de um processo, assim como o alcance dos demais princípios orientadores dos Juizados, não está relacionada a um rito processual simplificado, mas sim à mentalidade com a qual é reproduzido tal sistema.¹⁷

Grande parte da doutrina, embora não haja previsão expressa na Lei, defendem a possibilidade, além da impetração do mandado de segurança, também da interposição do agravo, na forma de instrumento, justamente pelo fato de não haver concentração dos atos processuais no rito de competência dos Juizados Especiais Cíveis.

De acordo como Figueira Júnior, a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias encontra subterfúgio no que concerne às decisões proferidas dentro do segmento da instrução oral do feito, em razão da própria concentração da audiência.¹⁸

Já Câmara amplia o entendimento sobre o cabimento do agravo nos Juizados Cíveis, defendendo ser plenamente cabível, além do mandado de segurança quando houver violação à direito líquido e certo, a interposição do agravo de instrumento contra decisões que deferem ou indeferem medidas de urgência, defendendo inclusive a aplicação subsidiária da Lei 10.259/2001, relativa aos Juizados Especiais Federais, aos processos submetidos à Lei 9.099/1995.¹⁹

Assim, havendo previsão na Lei 10.259/01 assim como na Lei 12.153/09, referente aos Juizados Especiais da Fazenda Pública, acerca da admissibilidade de recurso contra as decisões interlocutórias, nada mais sensato do que adequar a Lei 9.099/95 a tal possibilidade, haja vista que as legislações posteriores a dos Juizados Especiais Cíveis já observaram tal questão, não se afigurando como melhor medida a coibição da impetração do mandado de segurança nos Juizados.

Seguindo as premissas elencadas pelo Ministro Eros Grau em seu voto, cabe a seguir analisar a menção feita pelo relator acerca da opção das partes pelo procedimento da Lei 9.099/95.

¹⁷ ASSIS, Araken de. **Execução civil nos juizados especiais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 24-25.

¹⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais: lei 9.099 de 26.09.1995**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 333.

¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 152.

2.4 A opção pelo procedimento dos Juizados Especiais Cíveis

Na sequência da fundamentação de seu voto, o Ministro relator Eros Grau afirmou que “a opção pelo rito sumaríssimo é faculdade das partes, com as vantagens e limitações que a sua escolha acarreta”.²⁰

Sabe-se, por óbvio, que a eleição pelo procedimento a ser adotado no trâmite de um processo é da parte autora, que o define com a distribuição do feito através do rito que se enquadre melhor às suas pretensões, observada a competência para julgamento da matéria. Desse modo, a parte ré fica inevitavelmente submetida aos ditames da lei que rege o procedimento processual escolhido pelo autor.

Sobre esse argumento apresentado pelo relator, Tedesco exemplifica a situação ao referir que

Não há dúvidas de que a eleição pelo procedimento é faculdade do autor. Não é, entretanto, do réu. E o interessado na impugnação da decisão interlocutória pode ser o réu. Alias, em um contexto de deferimento de antecipação dos efeitos da tutela sem oitiva da parte contrária, para se ter como exemplo, o réu não teria a possibilidade de impugnar essa decisão interlocutória em razão da eleição, pela parte adversa, de procedimento que lhe causaria essa restrição.²¹

Verificada tal questão, pontua-se que a decisão do eminente relator, nesse ponto, mostra-se temerária, ao ponto de não servir como fundamento cogente para uma decisão tomada pela Corte no julgamento do recurso extraordinário em estudo.

Superada tal premissa, cabe nesse momento, como seguimento do estudo, analisar o próximo fundamento da decisão, com relação à competência dos Juizados Especiais, relativamente à admissão do mandado de segurança.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 576.847-3-BA**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 20 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 5 out. 2014.

²¹ TEDESCO, O STF e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias nos Juizados Especiais Cíveis. **Revista de Processo**, p. 256.

2.5 A competência dos Juizados Especiais Cíveis e a impetração de mandado de segurança em seu procedimento processual

Segundo o voto do relator no julgamento do recurso extraordinário 576847, “a admissão do mandado de segurança na hipótese dos autos importaria a ampliação da competência dos Juizados Especiais, que cabe exclusivamente ao Poder Legislativo”.²²

Para Tedesco, essa premissa não afasta a possibilidade de impugnação das decisões interlocutórias no âmbito dos Juizados, por três motivos, a saber:

Primeiro porque a admissão de mandado de segurança contra ato ilegal ou abusivo de autoridade tem fundamento constitucional, razão pela qual eventual restrição de competência das turmas e colégios recursais para sua apreciação, quando muito, transferiria esse mister para os tribunais de justiça. Segundo porque mesmo no plano infraconstitucional a recente Lei 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança não prescreve o uso desse remédio na situação em exame, conforme se infere de seu art. 5º; logo, ao menos tolera o seu uso. Terceiro porque, ainda que se considere incabível o mandado de segurança, o argumento exposto no voto não se presta a afastar a interposição de agravo de instrumento, que se amolda ao procedimento da Lei 9.099/1995.²³

Pela compreensão das assertivas apresentadas pelo autor, conforme citação anteriormente referenciada, pode-se observar que o argumento do relator não é suficiente para afastar a possibilidade de impetração do mandado de segurança nos Juizados Especiais Cíveis.

Ademais, sobre o aspecto do mandado de segurança e da competência para julgamento, cabe citar a disposição constante na Súmula 376 do Superior Tribunal de Justiça, e fazer um comparativo com a Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal. A Súmula 376 dispõe o seguinte:

Súmula 376 - Compete à turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial.²⁴

Antes da edição da referida súmula, aprovada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em 18 de março de 2009, o Enunciado 62 do Fórum Nacional dos Juizados Especial já atribuía competência às turmas recursais para julgamento de mandado de segurança. Com o advento da súmula, a competência foi reafirmada à turma recursal.

Em contrapartida, a súmula 267 se apresenta nos seguintes termos:

Súmula 267 - Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.²⁵

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 576.847-3-BA**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 20 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 5 out. 2014.

²³ TEDESCO, op.cit., p. 257-258.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 376**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 5 out. 2014.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 267**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 5 out. 2014.

Verificando o texto de ambas as súmulas, nota-se que, ao passo que a primeira, assim como o Enunciado 62, atribui a competência às turmas recursais para julgamento de mandado de segurança, a segunda aduz não caber a impetração do mandado contra ato judicial passível de recurso ou correição.

Porém, as decisões interlocutórias, objeto de estudo do presente trabalho, não são passíveis de recurso e nem de correição, motivo pelo qual caberia a impugnação por meio do mandado de segurança, sendo competente para julgar, sem sombra de dúvidas, as Turmas Recursais. Salienta-se que, toda decisão proferida no Juizado que não seja a sentença, pode ser considerada decisão interlocutória, caso traga em seu bojo conteúdo capaz de afetar o direito subjetivo de uma das partes processualmente envolvidas.

Entretanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao afirmar não ser cabível o instituto do mandado de segurança nos Juizados Cíveis em face das decisões interlocutórias, desconsidera o texto do Enunciado 62 e da Súmula 376, dessa em apenas dois meses de sua edição, pois o Supremo julgou o recurso extraordinário no dia 20 de maio de 2009 e a súmula foi publicada no dia 18 de março do mesmo ano.

Por fim, cabe fazer uma análise do último fundamento arguido pelo relator em seu voto, ao afirmar não haver, na hipótese do caso *sub judice*, afronta ao princípio da ampla defesa.

2.6 O princípio constitucional da ampla defesa

Como último argumento alçado em seu voto, o Ministro Eros Grau afirmou que “não há, na hipótese, afronta ao princípio constitucional da ampla defesa, vez que decisões interlocutórias podem ser impugnadas quando da interposição de recurso inominado”.²⁶

De fato, as decisões interlocutórias proferidas nos Juizados Especiais Cíveis não precluem, motivo pelo qual podem ser objeto de impugnação por meio do recurso inominado. Porém, até a sentença e o julgamento do recurso podem se passar vários meses, sendo que o decurso temporal pode gerar um efetivo prejuízo à parte irresignada com uma decisão interlocutória.

²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 576.847-3-BA**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 20 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 5 out. 2014.

Devido à crescente demanda de processos direcionados aos Juizados Especiais Cíveis, o tempo de tramitação processual aumentou consideravelmente, se comparado à época da promulgação da Lei 9.099/95. Essa situação ainda é agravada quando uma das partes recorre da sentença justamente por meio da interposição do recurso inominado, pois, nessa circunstância, o processo acaba sendo julgado pelas turmas recursais vários meses após a interposição do recurso, o que retarda a definição do caso em concreto.

Dessa forma, embora a decisão interlocutória possa ser apreciada em sede liminar do recurso inominado, o aguardo para impugnação da mesma até a sentença, e com a sentença até o julgamento do recurso, poderá causar um prejuízo irreparável, ocasionando, em determinadas situações, até mesmo o perecimento do direito subjetivo da parte submetida aos efeitos da decisão interlocutória sem poder questioná-la de imediato.

Nesse entendimento, Tedesco afirma que com frequência a justiça se depara com pedidos de tutela de urgência, tendo que se manifestar a respeito deles, o que ocorre por meio de uma decisão interlocutória. Em tais casos, se a possibilidade de impugnação da decisão interlocutória for protelada para o momento posterior à sentença, os efeitos daquela decisão poderão provocar, por vezes, perdas irreparáveis com relação ao direito controvertido.²⁷

A consequência negativa da inviabilidade de pleitear a reforma de uma decisão interlocutória é intensificada, nos Juizados Especiais Cíveis, quando a decisão é proferida em um processo de execução ou na fase executiva de um processo que já passou pela etapa de conhecimento. Para Câmara,

[...] na execução (seja em um processo de execução, seja na fase executiva de um processo misto) as decisões interlocutórias são muito mais importantes do que a sentença, a qual se limita a afirmar o encerramento da atividade executiva. Basta pensar na decisão que defere ou indefere a adjudicação de um bem, ou na decisão que anula uma penhora, para se verificar a relevância do conteúdo decisório das interlocutórias. [...]²⁸

Nota-se que, neste contexto, a decisão interlocutória, diante da irrecorribilidade imediata por meio do agravo de instrumento, passa a ser objeto do mandado de segurança, uma vez que, em um processo de execução ou fase executiva, o direito líquido e certo é identificado mais facilmente.

²⁷ TEDESCO, O STF e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias nos Juizados Especiais Cíveis. **Revista de Processo**, p. 258.

²⁸ CÂMARA, **Juizados especiais cíveis estaduais e federais**: uma abordagem crítica, p. 153.

Por esta razão, novamente se mostra questionável a decisão do Supremo Tribunal Federal, na medida em que desconsidera várias questões importantes, as quais se apresentam rotineiramente nos processos em andamento junto aos Juizados Especiais Cíveis.

Retomando as linhas argumentativas presentes na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, e após a análise individual de cada premissa arguida pelo Ministro relator Eros Grau, cabe, nesse momento, citar o posicionamento tomado pelo Ministro Marco Aurélio, em voto vencido, que explicitou de maneira coesa os problemas que a definição pela irrecorribilidade das decisões interlocutórias representa no âmbito dos Juizados Cíveis. Em seu voto, assim se pronunciou:

Senhor presidente, estamos diante de uma situação peculiar. Ressaltou o Ministro Eros Grau, e o fez com absoluta fidelidade à Lei nº 9.099/95, que, nas causas submetidas aos Juizados Especiais, não é cabível o agravo. Vale dizer: as decisões interlocutórias não são impugnáveis de imediato. Indago: é possível fechar-se a porta, diante de uma situação excepcionalíssima – e estou, aqui, a raciocinar em tese –, ao manuseio do mandado de segurança, afastando-se, até mesmo, a possibilidade de corrigir-se um erro de procedimento ou julgamento causador de prejuízo irreparável? Ao meu ver, não. A meu ver, estamos diante de exceção comportada e alcançada pela Lei nº 1.533/51, no que essa lei realmente revela como regra o não-cabimento de mandado de segurança contra ato judicial. Mas a previsão pressupõe a possibilidade de ter-se recurso contra essa decisão e, na espécie, é pacífico que não haveria recurso. Creio que o mandado de segurança merecia o processamento e não o indeferimento liminar verificado. Assim concluo diante das peculiaridades do caso, da regência do processo pela Lei nº 9.099/95, que exclui o recurso. [...] Peço vênia, Presidente, para entender que, no caso, o afastamento do mandado de segurança implica o da própria jurisdição, e assim provejo o extraordinário.²⁹

A decisão do recurso extraordinário levantou uma grande polêmica sobre a questão, tanto é que, seis dias após o Supremo considerar incabível a impugnação das decisões interlocutórias nos Juizados Especiais Cíveis, o Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do recurso extraordinário 435256/RJ, ressaltou que a confirmação pela irrecorribilidade das decisões interlocutórias debilita o princípio da ampla defesa.³⁰

Em seu voto, mencionou que, como na sessão anterior do Pleno haviam decidido que as decisões interlocutórias não são passíveis de serem atacadas por mandado de segurança, nem por qualquer outro recurso, realmente, o âmbito da defesa nos Juizados Especiais ficou muito restrito”.³¹

²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 576.847-3-BA**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 20 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 5 out. 2014.

³⁰ TEDESCO, O STF e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias nos Juizados Especiais Cíveis. **Revista de Processo**, p. 259.

³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 435.256-7-RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 26 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 5 out. 2014.

Diante disso, observa-se que a questão ainda não está pacificada na Corte Suprema, ensejando posicionamentos divergentes ao firmado pela decisão do recurso extraordinário 576847/BA, motivo pelo qual se espera que haja uma revisão de tal entendimento, sob pena de não se atingir a tão almejada segurança jurídica, que será vista em breve linhas no último tópico deste trabalho.

3. SEGURANÇA JURÍDICA E OBSERVÂNCIA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A decisão sobre a impossibilidade de impetração do mandado de segurança nos Juizados perfaz também a questão da segurança jurídica, garantia que deve ser atribuída pelo Estado a todos os cidadãos, e que se traduz na segurança das relações sociais e proteção aos princípios constitucionais, indispensáveis ao alcance da justiça.

O próprio direito à segurança jurídica, como afirma Ferrari, é um princípio constitucional implícito, e que possui sua ideia ligada à concepção de Estado.³²

Silva traz de forma elucidativa a relação havida entre a segurança jurídica e a Constituição. Nas palavras do autor,

A segurança do direito, como visto, é um valor jurídico que exige a positividade do direito, enquanto a segurança jurídica é já uma garantia que decorre dessa positividade. Assim é que o direito constitucional positivo, traduzido na Constituição, é que define os contornos da segurança da cidadania. Nos termos da Constituição a segurança jurídica pode ser entendida num sentido amplo e num sentido estrito. No primeiro, ela assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependendo do adjetivo que a qualifica. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu.³³

Dessa forma, relacionando o direito à segurança jurídica à decisão do recurso extraordinário analisado no presente estudo, a negação à parte litigante de impetrar mandado de segurança, ainda como sucedâneo recursal, para proteção de um direito líquido e certo quando perpetrada uma ilegalidade ou abuso de poder, por ocasião de uma decisão interlocutória, constitui-se em uma afronta ao princípio da ampla defesa, assim como ao princípio do duplo grau

³² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle da constitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2. ed. ver. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 215-216.

³³ SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: _____. _____. p. 17.

de jurisdição, princípios implícita e explicitamente contidos na Constituição Federal de 1988. O desrespeito aos princípios constitucionais representa a quebra da segurança jurídica de um ordenamento.

Sendo o Supremo Tribunal Federal a instância máxima para dizer o direito, esta deve se pautar pela primazia da Constituição, sem, contudo, impedir os indivíduos de se valerem das garantias constitucionais. Independentemente do procedimento processual adotado pelas partes para resolução de suas demandas, o Estado, por meio do Poder Judiciário, deve garantir a preservação de todas as garantias constitucionais conferidas aos cidadãos, dentre elas, o manejo do mandado de segurança.

4. TEORIA DA DECISÃO APLICADA NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 576847/BA

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal são extremamente relevantes para a compreensão do alcance e da definição dos direitos fundamentais. No entanto, assume igual relevância as decisões que restringem a aplicabilidade de certas garantias constitucionais, motivo pelo qual se torna importante um estudo mais aprofundado acerca da linha teórica hermenêutica adotada pelos membros do STF na resolução dos casos a ele submetidos.

Este aporte, no entanto, limita-se em identificar a teoria da decisão utilizada pelo STF no julgamento do recurso extraordinário em análise e que culminou na decisão pela impossibilidade de impetração do mandado de segurança no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

Diante dos apontamentos realizados pelo relator, Ministro Eros Grau, verifica-se claramente a ênfase nas premissas por ele elencadas, todas consideradas em suas peculiaridades para a decisão final, o que resulta na ocorrência do método tópico-problemático, caracterizado pela tópica, como a teoria da decisão utilizada no julgamento em apreço.

Isso se confirma a partir dos ensinamentos de Cademartori e Duarte, ao esclarecerem que a tópica, oriunda do pensamento de Theodor Viehweg,

é o modo de pensar no qual se buscam e se examinam as premissas do raciocínio através dos *topoi* – lugares comuns de pensamento explicitados como polos argumentativos ou pontos de vista específicos sobre dada questão, portanto, a ênfase recai nas premissas, e não nas conclusões.³⁴

³⁴ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 36-37.

Diante disso, os referidos autores afirmam que “as conclusões dos tópicos são sucintas, diretamente relacionadas com o problema que se deseja resolver”.³⁵

A partir de tais constatações, mostra-se nítido o modelo de interpretação utilizado na decisão, tendo em vista a proposição, pelo Ministro Eros Grau, de seis premissas elementares em seu voto, as quais conduziram à conclusão final do julgado, obtida por meio da análise de cada argumento constante nas premissas indicadas.

Dessa forma, nota-se a aplicação da tópica como a teoria da decisão utilizada pelo STF no julgamento do caso analisado no decorrer do presente estudo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A instauração dos Juizados Especiais Cíveis no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro representou um considerável avanço social, que contribuiu significativamente na concretização do ideal de acesso à justiça, indispensável para a afirmação dos direitos fundamentais de cada indivíduo.

Por meio dos Juizados Especiais Cíveis tem-se possibilitado o acesso ao Judiciário de forma mais abrangente e sem distinção, facilitando em muito a prestação jurisdicional, principalmente ao cidadão desprovido de condições financeiras favoráveis ao pagamento de custas e honorários advocatícios para o ingresso com uma demanda judicial considerada de menor complexidade.

A evolução história dos Juizados demonstrou a relevância do instituto para a sociedade, uma vez que a prestação jurisdicional, que é o meio pelo qual os interesses individuais são atendidos, tornou-se menos atrelada aos aspectos burocráticos processuais, voltando-se precipuamente à satisfação do direito material das partes envolvidas na relação processual, que passou a ser pautada pela informalidade na realização de seus atos.

Com efeito, para que haja a satisfação da pretensão das partes, independentemente do rito processualmente estabelecido, é necessário a qualquer processo um tempo razoável de tramitação, a fim de que a prestação jurisdicional incida sobre o direito material em conformidade com os demais princípios constitucionais. Sob esse aspecto, observa-se que, com fundamento no

³⁵ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37.

princípio da celeridade, alguns princípios constitucionais que deviam ser observados na condução de processos que tramitam nos Juizados, algumas vezes são obstados, especificadamente com relação aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como do duplo grau de jurisdição.

Nesse sentido, embora o princípio da celeridade processual represente um dos objetivos primordiais dos Juizados, ele não pode ser interpretado isoladamente, sem levar em consideração os demais princípios constitucionais, sob pena de mitigar a defesa das partes em detrimento à própria Constituição Federal. A todo cidadão deve ser assegurado o direito a um processo justo, que atenda a sua pretensão de forma célere sem que, para tanto, seja necessário sacrificar as garantias constitucionais sob o fundamento da celeridade.

Para que a prestação da tutela jurisdicional se concretize na materialidade do direito posto em discussão no processo, é necessária a intervenção estatal, que se dá por meio da atuação do magistrado, mediante a proclamação do direito através de constantes atos processuais. O mais importante deles para o processo, sem dúvida, é a sentença.

Todavia, até o encerramento da prestação jurisdicional em primeiro grau, ocorrida por ocasião da sentença, são necessários outros pronunciamentos no decorrer do processo. Um desses pronunciamentos é a decisão interlocutória, que se caracteriza como a decisão proferida no decurso do processo, com cunho decisório, mas que não encerra o feito.

Devido à crescente demanda de processos em trâmite nos Juizados, as decisões interlocutórias passaram a ser fundamentais para o provimento jurisdicional, uma vez que, em alguns casos, o processo, até o trânsito em julgado da decisão, pode levar vários meses. Dessa forma, a demora na prestação jurisdicional poderia resultar no próprio perecimento do direito material postulado por uma das partes, motivo pelo qual as decisões interlocutórias são extremamente importantes na atual situação pela qual se encontram os Juizados Especiais Cíveis.

Por seu conteúdo decisório, que muitas vezes antecipa a pretensão consubstanciada no direito material de uma das partes, é que as decisões interlocutórias são passíveis de recurso no juízo comum, que se dá mediante a interposição do agravo, seja na forma retida ou de instrumento. No entanto, o sistema processual dos Juizados não prevê qualquer recurso para impugnação de tais decisões, postergando a demonstração de inconformidade da parte irrisignada com a decisão interlocutória somente após a publicação da sentença, por meio da

interposição do recurso inominado. Entretanto, até a sentença e o próprio julgamento do recurso inominado, que de regra, não possui efeito suspensivo nos Juizados, a decisão interlocutória proferida no decorrer da lide já pode ter gerado um dano de difícil ou impossível reparação à parte que não teve a oportunidade imediata de ver reexaminada a decisão por outra instância.

Nesse sentido, se considerarmos os recursos cabíveis na esfera processual da justiça comum em relação aos recursos processualmente previstos na Lei 9.099/1995, é possível constatar que o princípio do duplo grau de jurisdição nos Juizados é extremamente mitigado, o que, por vezes, pode prejudicar a parte que foi submetida ao seu regime sem possibilidade de invocar o reexame de uma decisão passível de gerar danos em decorrência do cumprimento da determinação judicial.

Em decorrência da impossibilidade de interposição de recurso para impugnação das decisões interlocutórias proferidas pelos Juizados Especiais Cíveis, a impetração do mandado de segurança passou a ser, inevitavelmente, a medida adotada pelas partes, quando houvesse receio de que a decisão interlocutória pudesse causar prejuízo de difícil ou impossível reparação, caso fosse mantida até o julgamento do recurso inominado.

Até pouco tempo, alguns doutrinadores entendiam que a competência para conhecer e julgar o mandado de segurança impetrado contra atos judiciais provenientes dos Juizados era das Turmas Recursais, dos quais divergiam outros autores, sustentando ser do Tribunal de Justiça tal prerrogativa. A discussão, porém, foi pacificada pelo advento do Enunciado 62 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais, que atribuiu a competência para conhecer e julgar o mandado de segurança às Turmas Recursais. Esse entendimento foi ratificado pelo Superior Tribunal de Justiça, que culminou na edição da Súmula 376, editada em março de 2009, a qual reafirmou a competência às Turmas Recursais.

Em que pese ter sido superada tal discussão, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no julgamento do recurso extraordinário 576847, ao qual atribuiu repercussão geral, afirmou não ser possível a impetração do mandado de segurança em face das decisões interlocutórias oriundas dos Juizados Especiais Cíveis.

Porém, o mandado de segurança representa uma garantia constitucional que não pode ser denegada às partes quando houver violação a um direito líquido e certo por ocasião de uma decisão interlocutória. Assim, pelo fato de ser inadmissível a interposição do agravo de

instrumento no Juizado, pôde-se concluir que a doutrina majoritária tem firmado entendimento no sentido de permitir a impetração do mandado de segurança no âmbito dos Juizados.

Analisados e enfrentados todos os referenciais que embasaram a referida decisão foi possível concluir que, embora o ideal de celeridade seja um objetivo a ser atingido pelos Juizados Especiais Cíveis, imbricado em sua própria essência, deve ser observado na condução do processo um tempo razoável e adequado para a satisfação dos interesses das partes, sem que, para isso, sejam olvidadas as garantias constitucionais. Nesta senda, o Supremo Tribunal Federal, como órgão responsável pela preservação da Constituição Federal, não pode restringir a possibilidade de impetração do mandado de segurança nos Juizados, sob pena de afastar do alcance das partes submetidas ao rito estabelecido pela Lei 9.099/1995, as garantias constitucionais a elas atribuídas para obtenção de um processo justo e equânime.

Impossibilitar a parte litigante de impugnar uma decisão interlocutória por meio da impetração do mandado de segurança, não sendo possível a interposição do agravo de instrumento no regime dos Juizados Especiais Cíveis, representa uma violação à própria Constituição, sob dois aspectos: primeiro, por não disponibilizar à parte inconformada com a decisão interlocutória um meio para impugnar tal decisão, violando, assim, os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, assim como do duplo grau de jurisdição; e segundo, por denegar à parte litigante uma garantia constitucional consubstanciada na possibilidade de impetração do mandado de segurança para proteção de seu direito líquido e certo, que pode ter sido violado por meio de uma decisão interlocutória.

Obviamente, a admissibilidade do mandado de segurança na esfera dos Juizados deve ser apreciada considerando-se as situações específicas do caso concreto, restringida às hipóteses em que for manifestamente demonstrada a possibilidade de ocorrência de um dano de difícil ou impossível reparação a uma das partes litigantes. Nesse sentido, o mandado de segurança não se pode ser compreendido como um sucedâneo recursal, mas sim como uma garantia constitucional destinada à proteção de um direito líquido e certo, voltado à repressão dos atos ilegais ou abusivos praticados pelo magistrado em seus pronunciamentos.

Pode-se concluir, portanto, que a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário 576847 mostra-se incompatível com os princípios e as garantias constitucionais dispostos no ordenamento jurídico brasileiro, consagrados pela Constituição Federal, em cláusula pétrea, e conferidos a todas as pessoas, independentemente do rito

estabelecido na relação processual havida entre as partes. Desse modo, percebe-se que tanto a decisão do Supremo quanto a Lei 9.099/1995, em seus aspectos controvertidos, merecem ser futuramente reformadas, para se adequarem à realidade social na qual estão inseridas as questões abarcadas pelos Juizados Especiais Cíveis, principalmente no que diz respeito às decisões interlocutórias.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ASSIS, Araken de. **Execução civil nos juizados especiais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei Federal n. 9.099, de 26 de set. de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 set. 1995.

_____. Lei Federal n. 10.259, de 12 de jul. de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 2001.

_____. Lei Federal n. 12.016, de 7 de ago. de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 ago. 2009.

_____. Lei Federal n. 12.153, de 22 de dez. de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 dez. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 376**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 5 out. 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 435.256-7-RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 26 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 5 out. 2014.

_____. _____. **Recurso Extraordinário n. 576.847-3-BA**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 20 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 5 out. 2014.

_____. _____. **Súmula nº 267**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 5 out. 2014.

_____. _____. **Súmula nº 727**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 5 out. 2014.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 2. ed. rev. e atual. 5 v. São Paulo: Saraiva, 2010.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais e federais**: uma abordagem crítica. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle da constitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. ver. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais**: lei 9.099 de 26.09.1995. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. 5. ed. 1 v. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Curso de direito processual civil**. 5. ed. 2 v. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. ver. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

TEDESCO, Paulo Camargo. O STF e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias nos Juizados Especiais Cíveis. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 34, n. 178, dez. 2009.