

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A SUMÚLA VINCULANTE 11 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
ANALISADA À LUZ DO POSITIVISMO JURÍDICO E DO
NEOCONSTITUCIONALISMO**

MILANI MAURILIO BENTO

Itajaí, dezembro de 2009

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A SUMÚLA VINCULANTE 11 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
ANALISADA À LUZ DO POSITIVISMO JURÍDICO E DO
NEOCONSTITUCIONALISMO**

MILANI MAURILIO BENTO

Dissertação submetida ao Programa de
Mestrado em Ciência Jurídica da
Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à
obtenção do Título de Mestre em
Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão

Itajaí, Novembro de 2009

AGRADECIMENTO

Não são poucos os merecedores de um muito
obrigado!

À Ruth, minha amada esposa, incentivadora sem
a qual não teria dado início a esta grande e
proveitosa aventura da pesquisa e do saber, eu a
amo.

Aos meus filhos Lucas e Natália, alegria de
nossas vidas, herança do Senhor, vocês são a
motivação de todas as conquistas, eu os amo.

Ao Paulo de Tarso Brandão que pacientemente
ouviu e orientou esta dissertação, e embora o
orientar seja fácil devido ao conhecimento que
possui, o ouvir as idéias absurdas, nem tanto.

Ao Ministério Público de Santa Catarina, na
pessoa de seu chefe Dr. Gercino Gerson Gomes
Neto, parceiro nas despesas e no tempo.

Aos colegas promotores Rosan, Bigaton, Wagner,
Jean, Larissa, Claudia, Tehane e Ricardo,
supridores da mão de obra na 5ª Promotoria
enquanto a presente dissertação foi escrita.

Aos amigos que de alguma forma contribuíram
para a realização da pesquisa em especial ao
Chico, ao Sérgio e ao Alexandre.

Por fim, não como o último a ser lembrado, mas
como aquele que encerra o espetáculo (que
também iniciou) ao Senhor e Salvador de minha
alma, a Jesus, o Cristo, criador e planejador de
minha vida, de cada momento, inclusive este!

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha família, sofredora
comum nos momentos de tristeza e, portanto
legítima merecedora em compartilhar as alegrias
e vitórias.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí, dezembro de 2009

Milani Maurilio Bento

Mestrando(a)

PÁGINA DE APROVAÇÃO

**SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM
CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA EM BANCA.**

SUMÁRIO

RESUMO	VII
ABSTRACT	8
INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1	15
POSITIVISMO JURÍDICO.....	15
1.1 DOS VÁRIOS POSITIVISMOS	15
1.2 CONCEITO	18
1.3 VALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS	23
1.3.1 VALIDADE DA NORMA JURÍDICA E O CRITÉRIO VALORATIVO JUSTIÇA.....	23
1.3.2 FÓRMULA DE VALIDADE.....	27
1.3.3 EFICÁCIA COMO CONDIÇÃO DE VALIDADE.....	33
1.4 PAPEL DO INTÉRPRETE	35
1.5 FUNÇÃO DA CONSTITUIÇÃO	43
CAPÍTULO 2	47
NEOCONSTITUCIONALISMO	47
2.1 CRÍTICAS AO POSITIVISMO.....	47
2.2 CONCEITO	59
2.3 VALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS	67
2.4 PAPEL DO INTÉRPRETE	74
2.5 FUNÇÃO DA CONSTITUIÇÃO	83
CAPÍTULO 3	89
A SÚMULA VINCULANTE N. 11 SOB A LUZ DO POSITIVISMO E DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	89
3.1 QUESTÕES PRELIMINARES	89
3.2 DAS DECISÕES PRECEDENTES A SUMULA DAS ALGEMAS	97
3.3 DAS FORMALIDADES LEGAIS DA SÚMULA 11	105
3.4 A SUMULA DAS ALGEMAS SOB A LUZ DO POSITIVISMO JURÍDICO ...	110
3.4.1 A SÚMULA 11 SOB A LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO	114
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	122
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	129

RESUMO

Esta dissertação visa à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Univali, sob a linha de pesquisa de Hermenêutica e Principiologia Constitucional. A Emenda Constitucional de número 45, conhecida como a Reforma do Poder Judiciário, trouxe consigo diversas mudanças à Constituição brasileira, dentre as quais a possibilidade da edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, obedecidos alguns requisitos. Utilizando-se desta prerrogativa, em 13 de agosto de 2008, os Senhores Ministros, por unanimidade dos presentes, aprovaram a edição da Súmula Vinculante n. 11, que trata do uso de algemas. A Súmula teve por base quatro julgados do Supremo Tribunal Federal, que serão analisados no presente relatório. A pesquisa que compõe esta dissertação voltou-se à verificação da base teórica que estaria a amparar a Súmula das Algemas. Sabendo-se que nenhuma decisão está alheia a uma base teórica que a justifique e que várias são as teorias que buscam explicar, fundar e mesmo nortear o Direito, esta dissertação nasce da indagação de qual destas teorias, consciente ou inconscientemente, deram causa à edição da Súmula n. 11. Como é vasto o mundo teórico relacionado à ciência do Direito, a pesquisa optou pela análise da referida Súmula sob a luz de duas grandes correntes de pensamento, distintas entre si e capazes de conter em seus limites várias idéias e pensamentos sobre o Direito, quais sejam: o Positivismo Jurídico e o Neoconstitucionalismo. Esta dissertação tem início com a análise dos postulados do Positivismo Jurídico, sua condição de validade das normas, o papel do intérprete e a função da constituição, para na seqüência abordar as mesmas condições de validade, papel e função sob teorias neoconstitucionalistas. Ao fim, comparar tais postulados com a edição da Súmula Vinculante de número 11, examinando as decisões que a justificaram, a ata dos debates e de sua aprovação e o próprio texto sumulado.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico. Neoconstitucionalismo. Súmula vinculante.

ABSTRACT

This dissertation was carried out as a requirement of the Master's Degree in Juridical Science of the University of Vale do Itajaí – Univali, under the line of research Hermeneutical and Constitutional Principles. Amendment 45, known as the “Judicial Branch Reform”, brought many changes to the Brazilian Constitution, such as the possibility of the Federal Supreme Court editing the Binding abridgement¹, obeying certain conditions. Using this prerogative, on August 13th, 2008, the Ministers approved (by unanimous vote of those present) the alteration of Binding abridgement no. 11, which deals with the use of handcuffs. The Abridgement was based on four decisions of the Federal Supreme Court, which are analyzed in this dissertation. The research carried out for this dissertation investigated the theoretical background to the Abridgement on Handcuffs. Bearing in mind that no decision is outside a theoretical background, and that there are many theories that seek to explain and provide a basis for the Law, this dissertation was born out of an enquiry of which of these theories, whether consciously or unconsciously, led to the amendment of Abridgement no. 11. Given that the technical world relating to the science of Law is vast, this dissertation analyzes this Abridgement from a perspective of two main streams of thought, each separate, and each capable of containing within their limits various ideas and thoughts on the Law. They are: Positivism and Neoconstitucionalism. It begins by analyzing the postulates of positivism, its condition of validity of the norms, the role of interpreter and the function of the constitution, and goes on to analyze same conditions of validity, role and function under the neoconstitutionalist theories. Finally, this study compares these postulates with the alteration of Binding abridgement No. 11, examining the decisions that justify it, the debates and their approval, and the abridged text.

Words-keys: Positivism. Neoconstitucionalism. Binding abridgement.

¹ Sumula Vinculante is a brazilian institute created to ceasing the excessive reproduction of heterogeneous judicial decisions.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional a ser alcançado com a presente dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - Univali.

Dentro da linha de pesquisa de Hermenêutica e Principiologia Constitucional, o objetivo científico é pesquisar e arrolar postulados de dois modelos teórico-hermenêuticos: juspositivismo e neoconstitucionalismo, para então verificar se o Supremo Tribunal Federal utilizou de uma destas bases teóricas, ou de ambas, para a edição da Súmula Vinculante n. 11, que trata do (não) uso de algemas em território nacional.

Necessário o esclarecimento que o presente escrito não irá aprofundar, tampouco concluir, debate sobre o poder e alcance de uma súmula vinculante, ou sobre o erro/acerto de sua inclusão na Carta Política maior de nosso País. Para os fins deste trabalho o autor adota o texto expresso no artigo 103-A², e seus parágrafos, da Constituição Federal, como texto posto e apto a gerar conseqüências no mundo jurídico e da vida, ou na classificação de Ferrajoli³ o dispositivo legal será considerado vigente e válido, da mesma forma a Lei 11.417/06 que o regulamenta sem, contudo deixar de descrever algumas

² “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”. BRASIL. **Constituição (1988)**. Código Penal; Processo Penal e Constituição Federal / obra coletiva da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 59. .

³ “Chamarei de ‘vigência’ a validade apenas formal das normas tal qual resulta da regularidade do ato normativo; e limitarei o uso da palavra ‘validade’ à validade também material das normas produzidas, quer dizer, dos seus significados ou conteúdos normativos”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 330 e 331)

considerações críticas de autores neoconstitucionalistas, sobre o tema, como forma de enriquecimento de idéias sobre o instituto das súmulas vinculantes.

Não será também objeto do presente estudo o aspecto material da Súmula Vinculante de número 11, ou seja, o texto não busca responder indagações como: Fere a dignidade humana o uso de algemas? O uso de algemas interfere no resultado de um julgamento? Caso positivo, em qualquer julgamento ou apenas naqueles de competência do tribunal do júri?

A importância da dissertação e o que a justifica reside na pesquisa e possível resposta a outras questões que de igual forma necessitam do debate teórico, como: A edição da Súmula Vinculante que regula o uso de algemas observa a formalidade necessária em sua edição, conforme artigo 103-A, da Constituição Federal e lei reguladora, dispositivos que possibilitam sua própria existência? A Súmula Vinculante que regula o uso de algemas é fruto e se vincula a que modelo hermenêutico dentre os observáveis e teorizados no Estado de Direito?

A primeira indagação surge da necessidade de verificação quanto à observância, por parte dos Ministros da Suprema Corte, do disposto Constitucional que os ampara na edição das súmulas vinculantes. Uma resposta negativa necessariamente deverá trazer consigo argumento para a propositura de cancelamento ou revisão da Súmula Vinculante número 11, assim como levará a novas indagações como: Um magistrado ou tribunal poderá deixar de aplicar a Súmula sob o argumento de que é inconstitucional?

Por sua vez, o segundo questionamento, sobre a vinculação da edição da Súmula Vinculante número 11 a algum modelo hermenêutico, nasce na adoção da tese: “que nenhuma das convicções que temos, sobre o mundo e o que está nele, nos é imposta por uma recalcitrante realidade independente da teoria; de que as opiniões que temos são mera consequência de termos aceitado alguma estrutura teórica particular”⁴. E a resposta ao questionamento ganha

⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p 254.

relevo ante sua utilidade em compor parte da resposta quanto à coerência dos fundamentos teóricos utilizados pela mais alta corte de Justiça do Brasil, eis que, se nenhuma decisão se desvincula (intencionalmente ou não) de um modelo teórico de interpretação, o que se há de esperar é a coerência do órgão julgador em utilizar-se de base teórica constante, permitindo um mínimo de previsibilidade de suas decisões.

Para tanto, principia-se, no Capítulo 1, tratando do Positivismo Jurídico. O capítulo foi dividido entre alguns aspectos iniciais, titulado de: Dos Vários Positivismos, no qual se faz um esclarecimento inicial das várias teorias inclusas em uma classificação de juspositivismo, justificando assim a delimitação da pesquisa em três autores, reconhecida e confessamente juspositivistas: Bobbio, Hart e Kelsen.

Na seqüência, no item 1.2, há um esclarecimento e esboço de conceito de Positivismo Jurídico.

Dos itens 1.3 a 1.5, segue a dissertação com três aspectos analisados segundo a visão do Positivismo Jurídico: a validade das normas jurídicas; o papel do intérprete e a função da Constituição.

No título destinado à validade das normas jurídicas a pesquisa tratou do critério valorativo justiça, da fórmula da validade e da eficácia como condição de validade. Neste título estará descrita a preocupação juspositivista em aliar o Direito à Ciência, sistematizado e avalorativo, bem como a proposta do Positivismo Jurídico de validade da norma jurídica, essencialmente formal e despreocupada de conteúdo.

Sob o título Papel do Intérprete, a dissertação apresenta a visão de Positivismo Jurídico de separação rígida de Poderes, e a limitação do Poder Judiciário frente, sobretudo, ao legislador.

Encerrando o capítulo destinado ao Positivismo Jurídico, o presente escrito trata da função ocupada pela Constituição na visão de Kelsen, Bobbio e Hart.

Deixamos de apresentar rol de conceitos operacionais, eis que tais conceitos variam em grande monta de uma visão juspositivista, para uma visão neoconstitucionalista, pelo que optamos por lançar os significados relevantes no decorrer do texto.

O Capítulo 2 tem início com críticas lançadas aos postulados juspositivistas. Como vários são os autores críticos o item 2.1 centra-se nas obras de Dworkin e Streck, sem, contudo deixar de mencionar tantos outros autores conforme necessário a uma melhor exposição e compreensão das idéias críticas.

Das críticas ao Positivismo Jurídico nasce uma nova ordem de idéias no Direito, ainda em construção e acolhedora de vários autores, conhecida como Neoconstitucionalismo. O restante do Capítulo 2 vai tratar de seu conceito e de alguns de seus postulados.

Como não há uma teoria geral neoconstitucionalista, os autores pesquisados são diversos, e embora as idéias apregoadas por estes nem sempre coincidam, alguns aspectos em comum podem identificá-los como neoconstitucionais. São autores críticos ao juspositivismo, sobretudo pós-segunda guerra e regimes ditatoriais; reconhecem uma divisão das normas jurídicas em regras e princípios; apresentam uma preocupação com a validade material e não apenas formal das normas jurídicas; encontram na Constituição uma fonte não meramente formal, mas como regra a ser realizada e a constituir a própria sociedade.

Como forma de organização, a estrutura de títulos já utilizadas no Capítulo 1 foi mantida: Conceito, Validade das Normas Jurídicas, Papel do Intérprete e Função da Constituição.

No Capítulo 3, a Dissertação trata da Súmula Vinculante de n. 11, editada pelo Supremo Tribunal Federal em agosto de 2008, nominada ora de Súmula das Algemas, ora simplesmente de Súmula 11. O item 3.1 trata de questões preliminares, como breve histórico das súmulas no Brasil e das críticas quanto à inclusão da possibilidade do Poder Judiciário editar Súmulas de ordem Vinculante.

O título 3.2 discorre sobre as decisões precedentes à edição da Súmula das Algemas. São quatro julgamentos de Habeas Corpus, cujos textos estão contidos na Súmula 11, eis que esta só pode vir à existência por conta de reiteradas decisões sobre o tema, no caso, o uso de algemas.

O item 3.3 trata do aspecto formal da edição da Súmula das Algemas e busca responder à indagação sobre o respeito à formalidade quando da edição da referida Súmula.

O título 3.4 faz busca nos julgados descritos no item 3.2 e na ata dos debates de edição da Súmula 11, para encontrar, ou não, resquícios das teorias juspositivistas, analisadas quando do capítulo primeiro, nas fundamentações dos senhores Ministros. Por sua vez, o título 3.5, se ocupa da mesma função, desta feita focando as teorias neoconstitucionais descritas no capítulo segundo.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a base teórica utilizada no Supremo Tribunal Federal para a edição das Súmulas Vinculantes.

Para a presente Dissertação foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) A Súmula Vinculante de n. 11, do Supremo Tribunal Federal, que trata da regulação do uso de algemas no território nacional, tem como base teórica o Positivismo Jurídico;

b) A Súmula Vinculante de n. 11, do Supremo Tribunal Federal, que trata da regulação do uso de algemas no território nacional, tem como base teórica o Neoconstitucionalismo;

c) A Súmula Vinculante de n. 11, do Supremo Tribunal Federal, que trata da regulação do uso de algemas no território nacional, não

guarda relação teórica com o Positivismo Jurídico ou com o Neoconstitucionalismo;

d) A Súmula Vinculante de n. 11, do Supremo Tribunal Federal, que trata da regulação do uso de algemas no território nacional, tem como base teórica mista, incluindo idéias juspositivistas e neoconstitucionais;

e) Foram obedecidas as formalidades necessárias à edição da Súmula Vinculante de n. 11, do Supremo Tribunal Federal;

f) Não foram obedecidas as formalidades necessárias à edição da Súmula Vinculante de n. 11, do Supremo Tribunal Federal;

g) Foram obedecidas em parte as formalidades necessárias à edição da Súmula Vinculante de n. 11, do Supremo Tribunal Federal;

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação⁵ foi utilizado o Método Indutivo⁶, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁷, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁸, da Categoria⁹, do Conceito Operacional¹⁰ e da Pesquisa Bibliográfica¹¹.

⁵ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

⁶ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

⁷ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁸ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

⁹ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

CAPÍTULO 1

POSITIVISMO JURÍDICO¹²

1.1 DOS VÁRIOS POSITIVISMOS

Uma primeira e necessária observação é a de que várias são as vertentes de idéias abrigadas sob o termo “positivismo jurídico”, como as apresentadas pela Escola da Exegese, representada por doutrinadores como Jean Charles Demolombe e Alexandre Duranton, que identificam todo o Direito com o direito positivado, fundando-se na possibilidade da “perfeição do sistema normativo”¹³.

Como causas do surgimento da Escola da Exegese listam-se: a codificação¹⁴ das normas jurídicas, a aceitação do princípio de autoridade¹⁵,

¹⁰ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

¹¹ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

¹² Para o autor da presente dissertação, o conceito mais adequado de Positivismo Jurídico é extraído das lições de Bobbio, Kelsen e Hart, o que será tratado no item 1.2 deste relatório, dedicado inteiramente a um conceito de Juspositivismo. Contudo, desde já o autor esclarece que vê no Positivismo Jurídico um modelo teórico hermenêutico, capaz de gerar regras de interpretação e vincular o intérprete à letra da Lei sem a preocupação com o valor nela contido.

¹³ HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o Direito**. 11 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 35.

¹⁴ “Em 1804, entrou em vigor, na França, o Código de Napoleão. Trata-se de um acontecimento fundamental, que teve uma ampla repercussão e produziu uma profunda influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo. Hoje estamos acostumados a pensar no direito em termos de codificação, como se ele devesse necessariamente estar encerrado num código. Isto é uma atitude mental particularmente enraizada no homem comum e da qual os jovens que iniciam os estudos jurídicos devem procurar se livrar. Com efeito, a idéia da codificação surgiu, por obra do pensamento iluminista, na segunda metade do século XVIII e atuou no século passado: portanto, há apenas dois séculos o direito se tornou direito codificado.” BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 63.

a doutrina da separação dos poderes, o princípio da certeza do direito (estritamente vinculado à segurança jurídica) e a influência política com “pressões exercidas pelo regime napoleônico sobre os estabelecimentos reorganizados de ensino superior do direito, a fim de que fosse ensinado somente o direito positivo...”¹⁶.

Bobbio¹⁷ extrai da obra de Bonnacase¹⁸ cinco caracteres fundamentais da Escola da Exegese, e que de certa forma apresentam-se nas mais diversas vertentes do positivismo jurídico, quais sejam: a) não nega o direito natural, contudo afirma-lhe irrelevante ao jurista; b) as normas jurídicas são aquelas postas pelo Estado; c) a interpretação da lei se funda na intenção do legislador; d) o texto da lei deve ser rigorosamente observado; e) a existência de autoridade (o legislador) cuja palavra é aceita como verdadeira e justa.

E é ante a forma extremada de separação dos poderes e do culto ao texto legal que o papel do intérprete juiz encontra radicalismo no seio da Escola da Exegese na qual se ecoam idéias de Montesquieu e Beccaria. O primeiro, em sua obra *O Espírito das Leis*, prega que “[...] *se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a um tal ponto, que nunca sejam mais que um texto fixo da lei.*”¹⁹. Ou seja, para Montesquieu o juiz deverá, em suas decisões, reproduzir fielmente a letra da lei. Por sua vez Beccaria, no mesmo diapasão expõe:

Qual será, então, o legítimo intérprete das leis? O soberano, isto é, o depositário das vontades atuais de todos; e nunca

¹⁵ “[...] a vontade do legislador que pôs a norma jurídica;” BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 79.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 81.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 84-89.

¹⁸ A obra citada por Bobbio é: BONECASSE, Julien. **L'école de l'exégèse en droit civil**. Paris, 1924.

¹⁹ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 167.

o juiz, cujo dever consiste exclusivamente em examinar se tal homem cometeu ou não um ato ofensivo às leis.²⁰

Tais idéias quanto ao papel do intérprete juiz traduzem a expressão “juiz boca da lei”, signo da radical separação dos poderes, de um legislativo forte e da ilusão de uma possível completitude jurídica, assuntos a serem tratados nos itens 1.3 e 1.4 deste capítulo.

Pensamento em parte distinto é o do jurista Rudolf Von Ihering, apregoador do método teleológico do Direito, que em sua obra *A luta pelo direito* expõe: “O fim do direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-lo é a luta [...] A vida do direito é a luta [...]”²¹, Ihering traduz o direito como a disciplina utilizada pelo Estado como “uso do poder para as finalidades humanas”²². Portanto também a interpretação das normas jurídicas servirá a um fim, e embora o deva-se respeito ao conteúdo do direito positivado, a vontade do legislador já não é o objeto de busca do intérprete.

A Escola da Livre Pesquisa Científica ou Escola do Direito Livre, contemporâneas em Alemanha e França, com escritos de Eugen Ehrlich e François Geny, não fazem coro com as apregoações da Escola da Exegese quanto à completitude do Direito²³. Para Geny: “A lei, não cobrindo todo o campo do Direito, é por vezes incuravelmente muda.”²⁴. Do mesmo autor:

²⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 22.

²¹ IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 27.

²² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 154.

²³ Miguel Reale faz uma síntese das idéias de François Geny: “Cada fenômeno social – diz Geny – já traz em si mesmo, no seu próprio desenvolvimento, a razão de ser de sua norma. O social, no seu bojo, contém em esboço a solução jurídica que lhe é própria. A regra de direito não é algo arbitrário, imposto pelo legislador, mas, ao contrário, algo que obedece uma *ratio juris*, o que quer dizer à *razão natural das cousas*. A *natureza das cousas* implica a apreciação de vários elementos, demográficos, econômicos, históricos, morais, religiosos, etc. O jurista, quando a lacuna é evidente, transforma-se, dessa forma, em um pesquisador do Direito, para determinar a norma própria concernente ao caso concreto, de conformidade com a ordem geral dos fatos.” (grifos do autor). REALE, MIGUEL. *Direito e Cultura*, in *Horizontes do Direito e da História*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 287.

²⁴ GENY, François. **Méthode d'Interprétation et Sources em Droit Positif**. Paris, 1899, t. II, p. 230. *Apud* FONSECA, Roberto Piragibe da. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975, p. 141. *Apud* HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o Direito**. 11 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 35.

O direito é algo demasiado complexo e mutável para que um indivíduo ou uma assembléia, embora investidos de autoridade soberana, possam pretender fixar de imediato seus preceitos de modo a satisfazer a todas as exigências da vida jurídica.²⁵

Em suma, várias são as vertentes sob o mesmo título de Positivismo Jurídico. O presente trabalho cinge-se então a três autores como norte para uma exposição do conceito de positivismo jurídico, ou ao menos das características por este apresentada que tornem apto o reconhecimento do que seja o positivismo jurídico: Norberto Bobbio, Hans Kelsen e H.L.A. Hart²⁶, três pensadores do Direito reconhecidamente e confessadamente positivistas²⁷.

1.2 CONCEITO

Ao iniciar o discurso sobre o significado da expressão *positivismo jurídico* Bobbio inicialmente informa que a origem do termo não é

²⁵ GENY, Françoise. **Méthode d'Interprétation et Sources em Droit Positif**. 2ª ed., Paris, 1899, t. II, p. 324. *Apud* BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti; revisão de tradução Silvana Cobucci Leite. – 2 ed. - São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008. p. 269.

²⁶ A ordem aqui apresentada não guarda necessária relação com o futuro desenrolar deste relatório, tampouco de importância entre os autores, embora coincida com boa parte da dissertação, que de regra, capítulo a capítulo, observa inicialmente a obra de Bobbio para na seqüência apresentar as teorias de Kelsen e Hart.

²⁷ Embora os três autores se reconheçam positivistas Bobbio e Hart acrescentam adjetivo para o positivismo que defendem: a) Bobbio apresenta: “Os temas próprios do positivismo jurídico estão continuamente presentes em minhas aulas, tanto que a etiqueta sob a qual eu mesmo rotulei a concepção do direito neles representada é a do positivismo, embora teoricamente não rígido nem ideologicamente conotado, que chamei de ‘**crítico**’”. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti; revisão de tradução Silvana Cobucci Leite. – 2 ed. - São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008. p. XII. (grifo nosso); b) enquanto Hart afirma que: “minha doutrina consiste no que tem sido chamado de ‘**positivismo brando**’” HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 323. (grifo nosso); c) enquanto Kelsen apenas identifica sua teoria como positivista: “A nenhuma ordem jurídica positiva pode recusar-se a validade por causa do conteúdo das suas normas. E este um elemento essencial do positivismo jurídico. Precisamente na sua teoria da norma fundamental se revela a Teoria Pura do Direito como teoria jurídica positivista” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 242.

adoção do positivismo em sentido filosófico²⁸, mas uma consequência da categoria “direito positivo” contraposta à categoria “direito natural”.

Necessário então o resgate do significado de direito positivo, para uma definição das origens e significado maior da que seja o positivismo jurídico.

E sobre o significado de direito positivo, como distinção ao direito natural, Bobbio²⁹ resgata de Aristóteles, em sua *Ética a Nicômaco*, capítulo VII, livro V:

Da Justiça civil uma parte é de origem natural, outra se funda em a lei. Natural é aquela justiça que mantém em toda parte o mesmo efeito e não depende do fato de que pareça boa a alguém ou não; fundada na lei é aquela, ao contrário, de que não importa se duas origens são estas ou aquelas, mas sim como é, uma vez sancionada. (Da tradução de A. Plebe, Ed Laterza, pp. 144-145).³⁰

Da passagem de Aristóteles verificável uma diferenciação entre uma justiça da natureza, não pensada pelos homens e onipresente, e de uma lei posta, obra da manifestação humana, portanto de eficácia limitada à comunidade em que foi sancionada.

De fragmento dos escritos de Paulo, compiladas no *Digesto*, Bobbio³¹ extrai a universalidade e imutabilidade do direito natural em contraposição ao direito civil, sujeito ao tempo e ao espaço, bem como da utilidade deste último contraposto ao *bonum et aequum*³² do primeiro.

²⁸ “O positivismo lógico é uma forma de ceticismo, que limita a filosofia ao método científico empírico. Rejeita todas as proposições metafísicas como ‘destituídas de significação’, porquanto não cabem no terreno da percepção humana.” CHAMPLIN, Russel Norman. **Enciclopédia de Bíblia Teologia e Filosofia**. 6ª Ed. São Paulo: Hagnos, 2002. Volume 5, p. 336.

²⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 16.

³⁰ A tradução de Pietro Nasseti, da coleção *Obra Prima* de cada autor, vol. 53, São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 117, assim expressa: “A justiça política é em parte natural e em parte legal. A parte natural é aquela que tem a mesma força em todos os lugares e não existe por pensarem os homens deste ou daquele modo. A legal é o que de início pode ser determinado indiferentemente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecido”.

³¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 19.

³² Bom e igual. Tradução livre.

Bobbio prossegue a investigação histórica da diferenciação entre direito natural e positivo para então apresentar seis critérios de distinção:

- a) O direito natural é apresentado historicamente como universal, em contraposição ao direito positivo, válido nos locais que foi sancionado (conclusão extraída de Aristóteles);
- b) “O direito natural é imutável no tempo, o positivo muda”³³ (conclusão extraída de Paulo);
- c) A fonte do direito natural é a natureza racional do homem, enquanto que a fonte do direito positivo é o poder civil que se origina no Estado (conclusão extraída de Grócio);
- d) O direito natural nos é dado a conhecer pela razão³⁴, enquanto o direito positivo se faz conhecer “através de uma declaração de vontade alheia (promulgação)”³⁵ (conclusão extraída de Glück);
- e) “o quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmo indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo

³³ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 22.

³⁴ “Este critério liga-se a uma concepção racionalista da ética, segundo a qual os deveres morais podem ser conhecidos racionalmente, e, de um modo mais geral, por uma concepção racionalista da filosofia.” BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 23.

³⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 23.

direito positivo.”³⁶ (conclusão extraída de Aristóteles e Grócio);

- f) A última distinção apresentada por Bobbio é extraída de Paulo: enquanto o direito natural estabelece o que é bom o direito positivo estabelece o que é útil.

Embora distintos, quer quanto à origem, finalidade, valoração, perenidade e alcance, direito positivo e direito natural, até o advento do positivismo jurídico, ambos eram normalmente reconhecidos como Direito. O positivismo jurídico nasce não só da contraposição do direito positivo ao direito natural, mas do reconhecimento de que só é Direito aquele positivado, fruto da vontade humana, posto pelo Estado, diante do que Bobbio apresenta uma primeira definição para positivismo jurídico:

“[...] o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo.”³⁷ (grifo nosso).

Em sua forma de expressão, Kelsen identifica norma jurídica como àquela positivada excluindo outras fontes e reafirmando que na ordem jurídica não há outras fontes que não as produzidas pelo homem e postas sob determinado ato especial de criação³⁸.

Se a categoria *positivismo jurídico* nasce da diferenciação entre direito natural e direito positivo, a sua característica avalorativa possui raízes no positivismo filosófico³⁹. O Direito será observado como um fato e não

³⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 154.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 26.

³⁸ “As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um ato especial de criação. São normas postas, quer dizer, positivas, elementos de uma ordem positiva”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.p. 225.

³⁹ O positivismo filosófico, apregoado dentre outros por Augusto Comte, apresenta como teses fundamentais: “1º A ciência é o único conhecimento possível, e o método da ciência é o único válido: portanto, o recurso a causas ou princípios não acessíveis ao método da ciência não dá origem a conhecimentos; a metafísica, que recorre a tal método, não tem nenhum valor; 2º O método da ciência é puramente descritivo, no sentido de descrever os fatos e mostrar as relações constantes entre os fatos expressos pelas leis, que permitem a previsão dos próprios fatos (Comte); ou no sentido de mostrar a gênese evolutiva dos fatos mais complexos a partir dos mais

como um valor, buscar-se-á o “conhecimento puramente objetivo da realidade”⁴⁰ sem a preocupação com juízos de valor subjetivos, portanto pessoais.

Kelsen, reconhecido por Bobbio como o “clímax do movimento juspositivista”⁴¹, já no início de sua Teoria Pura do Direito defende:

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.

Quanto a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o princípio metodológico fundamental.⁴²

Desta forma o positivismo jurídico leva o Direito a objeto científico, avalorativo, formal e despreocupado com seu conteúdo que poderá, ou não, ser aliado a alguma regra moral.

Em Hart: “a expressão ‘Positivismo Jurídico’ designa a afirmação simples de que não necessariamente é verdade que as leis reproduzam certas exigências da moral ou as satisfaçam”⁴³.

Assim, da manifestação de Bobbio, Kelsen e Hart possível a identificação de Positivismo Jurídico como: a doutrina limitadora do Direito ao

simples (Spencer); 3º O método da ciência, por ser o único válido, deve ser estendido a todos os campos de indagação e da atividade humana; toda a vida humana, individual ou social, deve ser guiada por ele.” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução: Alfredo Bossi. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 777;

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 135.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 198.

⁴² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.p. 1.

⁴³ HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 346.

direito positivo, despreocupada com elementos de moral e observadora do direito *tal qual é* e não *tal qual deveria ser*.

Por sua vez, a separação entre direito e moral estão intimamente vinculadas à questão da validade das normas jurídicas, assunto a ser tratado no próximo item.

1.3 VALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

Ao positivista, o paradigma a valorar uma conduta é a norma jurídica. A conduta será **boa**, de acordo com o dever ser (juízo de valor positivo) ou **má**, se conforme ou contrária a uma norma jurídica válida (juízo de valor negativo). Para Kelsen: “a norma considerada como objetivamente válida funciona como medida de valor relativamente á conduta real”⁴⁴, logo necessário que a teoria positivista informe sobre os critérios de validade que entende adequados à visão de Direito que sustenta.

Os três autores pesquisados, Hart, Bobbio e Kelsen, em suas teorias, abordam sobre o tema: “validade da norma jurídica”. Com vistas à otimização da pesquisa e da exposição dos resultados, tratamos do tema sob três subtítulos: **validade da norma jurídica e o critério valorativo justiça; fórmula de validade; e eficácia como condição de validade**.

1.3.1 Validade da norma jurídica e o critério valorativo justiça

A expressão justiça é polissêmica e o presente título não irá tratar desta ou daquela definição de justiça⁴⁵ mas apenas descrevê-la segundo os autores positivistas já listados, que a adotam como ‘juízo de valor’ e verificar sua relação com a validade das normas jurídicas.

⁴⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.p. 19.

⁴⁵ Sobre o assunto recomenda-se a leitura: KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Uma das idéias sobre a relação validade/justiça pode ser simplificada na seguinte fórmula: se a norma está formalmente posta no ordenamento jurídico é válida e, portanto, justa. Fórmula diametralmente oposta representa outra teoria desta relação: se a norma jurídica é justa, será válida, se injusta, inválida. Bobbio nomina tais teorias de reducionismo, e identifica a subsunção da justiça à norma válida como positivista:

Existe uma teoria que reduz a *validade à justiça*, afirmando que uma norma só é válida se é justa; em outras palavras, faz com que a validade dependa da justiça. O exemplo histórico mais ilustre dessa redução é a doutrina do direito natural.

Uma outra teoria *reduz a justiça à validade*, enquanto afirma que uma norma é justa simplesmente por ser válida, ou seja, faz com que a justiça dependa da validade. O exemplo histórico dessa teoria é dado pela concepção do direito que se contrapõe àquela jusnaturalista, e é a concepção positivista (no sentido mais estrito e limitado da palavra).⁴⁶

Contudo, o próprio Bobbio, ao tratar do mesmo tema em sua obra *Positivismo Jurídico* acrescenta que: “É difícil, porém, encontrar um positivista que conscientemente assuma esta posição extrema.”⁴⁷ Em outras palavras, embora possível a construção de uma teoria de justiça vinculada/dependente da validade da norma jurídica, dificilmente esta teoria poderá ser sustentada.

Kelsen, Hart e Bobbio afastam-se da posição extremada de vincular a justiça à validade e o que apresentam em suas teorias não é uma identidade vinculante entre validade e justiça, mas sim a indiferença da verificação da última na apreciação da primeira. Para o sistema de direito positivo a norma jurídica será válida ou inválida, mas não justa ou injusta.

Ao apontar o direito positivo como objeto da teoria pura, estudando-o como um fato e não como um valor, Kelsen em nenhum momento afirma que o valor moral justiça não exista ou se confunda com validade do direito

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti; revisão de tradução Silvana Cobucci Leite. – 2 ed. - São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008. p. 34.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 137.

posto, tampouco que o Direito não possua em seu bojo elementos morais⁴⁸, contudo afirma a relatividade dos juízos de valor e portanto afasta o elemento subjetivo (de ordem pessoal) da apreciação sobre validade/invalidade de um ordenamento jurídico ou de uma norma em particular.

Ao afastar o exame de validade do critério justiça, o filósofo austríaco se lastreia na impossibilidade de verificação de qual seja “a Moral”, dentro de vários sistemas de moral e da inviabilidade de coexistência e harmonização de todos estes sob o direito positivo. Para Kelsen:

“A exigência de uma separação entre direito e moral, direito e justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta moral absoluta, única válida, da moral por excelência, de a Moral. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a *um determinado* sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis. Mas com isto não fica excluída a possibilidade da pretensão que exija que o Direito positivo deve harmonizar-se com um outro sistema moral e com ele venha eventualmente a concordar de fato, contradizendo um sistema moral diferente deste.”⁴⁹

Em síntese a validade das normas jurídicas é verificada independentemente do juízo de valor que se faça sobre ela.

Para Bobbio: “O problema da *validade* é o problema da *existência* da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor sobre o fato de ela ser justa ou não”.⁵⁰

⁴⁸ “Uma teoria dos valores relativista não significa – como muitas vezes erroneamente se entende – que não haja qualquer valor e, especialmente, que não haja qualquer Justiça. Significa, sim, que não há valores absolutos mas apenas valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós constituímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos.” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.p. 76.

⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.p. 75.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti; revisão de tradução Silvana Cobucci Leite. – 2 ed. - São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008. p. 27.

Por sua vez, sobre as relações direito/moral, validade/justiça, Hart dá início ao tema afirmando que inegável a influência da moral no desenvolvimento do direito, contudo sem destoar de Kelsen e Bobbio afirma:

Mas é possível compreender erroneamente essa verdade, vendo-a como autorização para uma afirmação diferente: a de que um sistema jurídico deve *necessariamente* mostrar alguma conformidade específica com a moral ou a justiça, ou basear-se *obrigatoriamente* numa convicção amplamente difundida de que existe a obrigação moral de obedecer à lei. Mais uma vez, embora essa afirmação possa ser verdadeira em certo sentido, isso não significa que os critérios de validade jurídica das leis específicas usadas num sistema jurídico devam necessariamente incluir, expressa ou mesmo tacitamente, uma referência à moral ou à justiça.⁵¹

Logo, para o positivista a *lei é a lei*⁵², obriga a todos pouco importando as regras morais que levaram à sua promulgação em meio a uma determinada sociedade, tampouco importando se justa ou injusta a sua manutenção no sistema de normas jurídicas desta mesma sociedade.

Mesmo que evidentemente contrária a uma regra de moral *amplamente aceita* (ou por uma maioria) digamos assim, tal condição não influirá sobre a validade ou não da norma jurídica, eis que: “do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral”⁵³.

Para Hart: “sustento que, embora haja várias e diferentes relações contingentes entre o direito e a moral, não há uma conexão conceitual

⁵¹ HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 239-240;

⁵² RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito. Cinco Minutos de Filosofia do Direito**. Apêndice II. Tradução de Cabral Moncada. 5 ed. Coimbra: Sucessor Coimbra, 1974. P. 415-418.

⁵³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 77.

necessária entre seus conteúdos; disposições moralmente iníquas podem, portanto, ser válidas como normas ou princípios jurídicos”⁵⁴.

Bobbio apresenta um exemplo prático do distanciamento positivista entre moral e validade extraído de uma realidade não muito distante na história: “Assim a escravidão será considerada um instituto jurídico como qualquer outro, mesmo que dela se possa dar uma valoração negativa”⁵⁵.

Contudo, se a validade não se verifica pela justiça ou injustiça expressa pela norma jurídica, outro critério deve ser posto, e o Positivismo Jurídico apresenta este critério, tema do próximo título.

1.3.2 Fórmula de validade

Se a verificação do justo/injusto dá-se por um juízo de valor, no critério positivista a validade será verificada por um juízo de fato⁵⁶. Para Bobbio verificar a validade é o mesmo que verificar se uma regra existe como regra jurídica, portanto a “validade jurídica de uma norma equivale à existência daquela norma enquanto regra jurídica.”⁵⁷

Em sendo o direito positivo um sistema, identificado por Bobbio como um *ordenamento jurídico*, no qual estão inseridas as normas de condutas juridicamente obrigatórias, preocupa-se o positivismo com um critério de verificação da validade de uma regra dentro deste sistema (ou no afirmar de Bobbio, a verificação da própria existência da norma como jurídica). Para Bobbio esta verificação de validade pode dar-se em três passos:

⁵⁴ HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 346.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 136.

⁵⁶ “O juízo de fato diz respeito à verificação de validade de ordem objetiva e não subjetiva e não se confunde com a verificação de um fato da ordem do ser, a norma (dever ser) não vincula a sua validade a tal fato”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 215.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti; revisão de tradução Silvana Cobucci Leite. – 2 Ed. - São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008. p. 27.

1) verificar se a autoridade que a emanou *tinha o poder legítimo de emanar normas jurídicas*, ou seja, normas obrigatórias naquele determinado ordenamento jurídico (essa pesquisa leva inevitavelmente a remontar à norma fundamental, que é o fundamento de validade de todas as normas de um determinado sistema); 2) verificar se não foi *ab-rogada*, tendo em vista que uma norma pode *ter sido* válida, no sentido de que foi emanada por um poder autorizado para tanto, mas não significa que *ainda seja válida*, o que ocorre quando uma outra norma sucessiva no tempo a ab-rogou expressamente ou regulou a mesma matéria; 3) verificar se não é *incompatível* com outras normas do sistema (o que também é chamado de *ab-rogação implícita*), sobretudo com uma norma hierarquicamente superior (uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária numa constituição rígida) ou com uma norma sucessiva, a partir do momento em que todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas (assim como num sistema científico duas proposições contraditórias não podem ser ambas verdadeiras).⁵⁸

Segundo a fórmula proposta por Bobbio, a primeira verificação de validade dar-se-á sobre a legitimidade do poder que emanou a norma jurídica. Pergunta-se: A norma jurídica emanou de um poder soberano⁵⁹ regularmente apto a fazê-lo? Se a resposta for positiva, o teste de validade segue e as duas outras perguntas terão lugar, caso negativa diz-se que a norma é inválida. Contudo, outra indagação precisa de resposta: como verificar se o poder soberano que legislou possui legitimidade para tanto?

Kelsen, em sua teoria pura do direito apresenta resposta a tal questão, afirmando que a competência de uma autoridade para estabelecer normas válidas só poderá se apoiar em outra norma que confira tais poderes:

O fato de alguém ordenar seja o que for não é fundamento para considerar o respectivo comando como válido, quer dizer, para ver a respectiva norma como vinculante em relação aos seus destinatários. Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas. A esta norma se encontram sujeitos tanto a autoridade

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti; revisão de tradução Silvana Cobucci Leite. – 2 ed. - São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008. p. 27.

⁵⁹ “Conjunto de órgãos por meio dos quais um ordenamento normativo é posto, conservado, aplicado”. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti; revisão de tradução Silvana Cobucci Leite. – 2 ed. - São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008. P. 179;

dotada de poder legislativo como os indivíduos que devem obediência às normas por ela fixadas.⁶⁰

A resposta induz a uma nova questão: de quem emanará uma norma válida legitimadora de autoridades criadoras de normas jurídicas?

Para Kelsen este novo problema será resolvido com a hierarquização das normas jurídicas dentro do sistema:

O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.⁶¹

Norma jurídica legitimada (válida) por norma jurídica superior, tal proposta leva a um problema de infinito. Se o paradigma de validade será sempre uma norma e nunca as autoridades (pessoas), necessária será a existência de uma norma última, hierarquicamente superior e legitimadora de algumas autoridades que possam legislar.

Para suprir tal necessidade Kelsen defende a existência de uma norma fundamental, formadora de um sistema de normas jurídicas e, portanto fonte comum da validade e aglutinadora das normas em uma ordem.

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. **Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como**

⁶⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 217.

⁶¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 215.

norma fundamental. Já para ela tivemos de remeter a outro propósito.⁶² (grifo nosso).

Também Hart, em sua teoria, defende que a competência de uma autoridade para emanar uma norma jurídica não advém de um poder soberano ilimitado, mas sim de uma norma hierarquicamente superior, legitimadora deste mesmo poder. Nas palavras de Hart:

“... para que um ato legislativo seja reconhecido como lei, não é necessário que tenha sido editado, expressa ou tacitamente, por um legislador ‘soberano’ ou ‘ilimitado’, quer no sentido de que a competência para legislar não tem limites jurídicos, quer no de que ele não obedece habitualmente a ninguém. Em vez disso, devemos demonstrar que a lei foi editada por um legislador qualificado para legislar de acordo com uma norma existente, e que ou a norma não contém restrições, ou as restrições não se aplicam àquela lei específica.”⁶³

E assim como Kelsen, Hart aponta para a necessidade de uma ordem última legitimadora de todas as outras, a qual denominou de “norma de reconhecimento” cuja existência é uma questão de fato, o que a diferencia das demais normas jurídicas no que toca ao exame de validade⁶⁴.

Neste ponto, a proposta positivista de validade reside na legitimação do Direito por si mesmo, isento da política, justiça ou moral e tolhendo a comunicação com outros conhecimentos periféricos.

Uma vez aprovada a norma jurídica quanto à competência da autoridade que a emanou, sob a ótica da fórmula (três passos) de Bobbio, pergunta-se se a norma ainda é válida. Ou seja, se outra norma igualmente válida e emitida posteriormente não regula a mesma matéria ou revoga expressamente a primeira.

⁶² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 217.

⁶³ HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 93.

⁶⁴ HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 142.

Por fim, sendo a norma jurídica posta por autoridade competente e não revogada expressamente por norma posterior, a equação proposta por Bobbio requer uma última operação, verificar a incompatibilidade da norma com outras do mesmo sistema, hierarquicamente superior ou não. O que leva ao problema da antinomia⁶⁵.

A solução das antinomias propostas pelos autores positivistas será tratada quando da abordagem sob o papel do intérprete. Contudo, uma divergência entre Kelsen e Hart, no que toca ao “que será verificado” encontra oportunidade sob o presente título.

Como já visto, em seu terceiro passo de verificação de validade da norma jurídica, Bobbio comanda a verificação da incompatibilidade da norma com outras do mesmo sistema, eis que, segundo apregoa: “duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas”⁶⁶, contudo o autor não esclarece se esta incompatibilidade será de cunho meramente formal, ou seja, se a norma analisada é incompatível com a forma (para que viesse à existência) proposta por norma diversa, ou se com o conteúdo de outra norma do mesmo sistema, e exatamente neste ponto há aparente divergência entre as teorias de Kelsen e Hart.

Para Kelsen, a condição de validade da norma será a observância meramente formal, pouco importando seu conteúdo, basta que hierarquicamente a norma se compatibilize ao sistema, do autor:

De acordo com a Teoria Pura do Direito, como teoria jurídica positivista, nenhuma ordem jurídica positiva pode ser considerada como não conforme à sua norma fundamental, e, portanto, como não válida. O conteúdo de uma ordem jurídica positiva é completamente independente da sua norma fundamental. Na verdade – tem de acentuar-se bem – da norma fundamental apenas pode ser derivada a validade e não o conteúdo da ordem

⁶⁵ “A situação de normas incompatíveis entre si é uma tradicional dificuldade com que se depararam os juristas de todas as épocas, e que teve uma denominação característica própria: *antinomia*.”⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti; revisão de tradução Silvana Cobucci Leite. – 2 ed. - São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008. p. 228.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti; revisão de tradução Silvana Cobucci Leite. – 2 ed. - São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008. p. 228.

jurídica. Toda ordem coerciva globalmente eficaz pode ser pensada como ordem normativa objetivamente válida. A nenhuma ordem jurídica positiva pode recusar-se a validade por causa do conteúdo das suas normas. É este um elemento essencial do positivismo jurídico.⁶⁷

Hart, que como já dito aceita o reconhecimento de sua teoria como “positivismo brando”, apregoa que admite a verificação de validade a partir não só da forma prescrita em lei hierarquicamente superior, mas também do conteúdo desta mesma lei. Tal distinção entre as teorias não será encontrada na obra de Hart na teoria sobre a validade da norma jurídica, cujo teor do texto⁶⁸ em muito se assemelha ao de Kelsen, mas sim em porção destinada a tratar das limitações jurídicas do poder legislativo, no qual admite que uma constituição possa conter restrições não apenas de forma, mas também de conteúdo.⁶⁹ Hart ainda irá defender tal posição em pós-escrito, destinado a responder às críticas de Ronald Dworkin⁷⁰.

Contudo, uma análise ao texto de Hart revela que este se refere tão somente à competência, pré-aprovada, para que o legislador emita algumas normas ou espécies destas ou limitações para que deixe de fazê-lo quanto a esta ou aquela matéria, ou ainda se limite a algum território, enfim questões de mera competência e também formais, pelo que a diferença entre os

⁶⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 242.

⁶⁸ “Dizer que determinada norma é válida equivale a reconhecer que esta satisfaz a todos os critérios propostos pela norma de reconhecimento e é, portanto, uma norma do sistema. Na verdade, pode-se simplesmente dizer que a afirmação de que certa norma é válida significa que tal norma satisfaz a todos os critérios oferecidos pela norma de reconhecimento.” ⁶⁸ HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 133..

⁶⁹ “... a concepção de um soberano não limitado juridicamente deturpa a representação da natureza do direito em muitos Estados modernos onde ninguém duvidaria de sua existência. Há poderes legislativos nesses Estados, mas às vezes o poder legislativo supremo dentro do sistema está longe de se ilimitado. Uma constituição escrita pode restringir a competência deste poder, não apenas especificando a forma e a maneira de legislar (que reconhecemos não serem limitações), mas excluindo totalmente certas matérias do âmbito de sua competência legislativa e impondo, assim, limitações de conteúdo.” HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 90.

⁷⁰ HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 319.

autores se demonstra apenas aparente, e o exame de validade, também em Hart, tem como preocupação a mera formalidade.

Em síntese, ao positivismo jurídico, segundo os autores pesquisados, a validade de uma norma jurídica pode ser verificada a uma fórmula proposta de três indagações de ordem formal: a) a autoridade era competente para emanar a norma? b) a norma emanada não foi revogada por norma posterior? c) a norma era compatível com outras normas do mesmo sistema? Caso afirmativo as respostas, a norma jurídica será válida.

1.3.3 Eficácia como condição de validade

Por fim, o positivismo se preocupa quanto à eficácia como condição de validade. O problema pode ser posto sob a seguinte indagação: Uma lei que não possui eficácia pode ser considerada válida?

Tal indagação, contudo, induz a outro problema, a validade de uma norma jurídica, que Kelsen iguala à vigência, pertence à ordem do *dever ser* ou do *ser*? Caso considerada na ordem do *ser*, como defendida pela escola realista do direito, para quem “é direito o conjunto de regras que são efetivamente seguidas numa determinada sociedade”⁷¹, a eficácia de uma norma terá vinculação direta ao seu reconhecimento como norma de Direito e conseqüentemente à sua condição de válida ou inválida.

Para Kelsen (e para o positivismo jurídico em geral), a vigência (validade) pertence à ordem do *dever-ser*, pelo que a validade se diferencia da eficácia de uma mesma norma, embora o autor reconheça ser necessário um mínimo de eficácia para que a norma seja considerada válida.

Como a vigência da norma pertence à ordem do *dever-ser*, e não à ordem do *ser*, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos. Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando

⁷¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 142.

se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão. Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costuma-se dizer – não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia (como sói dizer-se) é a condição de sua vigência.⁷²

Assim, Kelsen dissocia validade de eficácia, embora admita que a validade está vinculada a uma ‘certa medida’ de eficácia. Um dos aspectos desta ‘certa medida’ é o fator tempo sobre o qual conclui: “... uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz”⁷³.

O fator tempo também está presente na teoria de Hart, vinculado ao reconhecimento deste no próprio sistema jurídico⁷⁴, no mais, o autor faz coro quanto à diferenciação entre validade e eficácia. Para Hart:

Costuma-se dizer que alguns dos enigmas relacionados com a idéia de validade jurídica dizem respeito à relação entre a validade e a ‘eficácia’ da lei. Se por ‘eficácia’ devemos entender que uma norma do direito que exige certo comportamento é mais frequentemente obedecida que infringida, fica claro que não existe ligação necessária entre a validade de alguma norma particular e sua eficácia, a menos que a norma de reconhecimento do sistema inclua, entre seus critérios (como ocorre com algumas), a condição (às vezes denominada norma de *dessuetude*) de que nenhuma norma seja considerada como pertencente ao sistema se houver deixado de ser eficaz há muito tempo.⁷⁵

⁷² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 12.

⁷³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 12.

⁷⁴ Para as categorias “sistema jurídico”, ou simplesmente “sistema”, o presente trabalho adota o seguinte conceito operacional: “Com isso queremos, conscientemente ou não, aludir ao ‘sistema do direito’ ou ao ‘sistema’ que o direito é. Tomamos, então, o direito como *sistema* [...]. Um sistema supõe *ordenação* e *unidade* (ordenação interior e unidade de sentido)”. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 21-22.

⁷⁵ HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 133.

O presente escrito não tem como preocupação o exame minucioso de todos os aspectos concernentes à eficácia, ou mesmo ao deslinde das questões propostas por Kelsen e Hart que uma norma torna-se inválida ante a sua ineficácia observada com o passar do tempo. Muitas questões poderiam ser objetos de pesquisa no que toca às afirmações de ambos os autores como: quanto tempo de ineficácia torna uma norma inválida? A não prática de um delito no decorrer de anos tornará uma norma inválida afastando assim a antijuridicidade da conduta? Necessário, contudo clarear que o Positivismo Jurídico apregoadado por Kelsen, Hart e Bobbio dissocia o exame de validade da eficácia de uma norma, salvo, para os dois primeiros, nos casos em que a norma for longa em sua ineficácia.

Para sustentar o dito acima e como forma de encerrar a posição positivista quanto à validade de uma norma jurídica, boa síntese é a citação de Bobbio:

O positivismo jurídico, definindo o direito como um conjunto de comandos emanados pelo soberano, introduz na definição o elemento único da *validade*, considerando portanto como normas jurídicas todas as normas emanadas num determinado modo estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico, prescindindo do fato de estas normas serem ou não efetivamente aplicadas na sociedade: na definição do direito não se introduz assim o requisito da *eficácia*.⁷⁶

Em suma, para o Positivismo Jurídico, é a obediência à formalidade que irá determinar a validade de uma norma jurídica e não o seu conteúdo ou mesmo a sua aceitação social.

1.4 PAPEL DO INTÉRPRETE

A forma de ver o Direito influencia diretamente no papel que representa o intérprete em um sistema normativo e se o Positivismo Jurídico nasce em meio e em defesa da codificação, da aceitação do princípio da

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 142.

autoridade, da certeza do direito e da rigorosa distribuição de tarefas entre os três poderes, a consequência lógica é o engessamento do papel do intérprete juiz que estará extremamente limitado à semântica e à busca de uma vontade do legislador⁷⁷.

O papel do legislador, para o positivismo jurídico, assume importância, eis que sua promessa é a regulação de todos os possíveis conflitos pela lei⁷⁸. Por sua vez, o Poder Judiciário é explicitado em Kelsen como o verificador da constitucionalidade (formal) da norma a ser aplicada no conflito que se lhe apresente, cabendo-lhe ainda o exame da *quaestio facti* e da *quaestio juris*⁷⁹.

O papel do julgador será de continuação na criação jurídica iniciada pelo legislador e não de início deste processo de criação⁸⁰. Aos tribunais cabe a reprodução do direito e não a sua produção.⁸¹

⁷⁷ “o positivismo jurídico sustenta a *teoria da interpretação mecanicista*, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica).” ⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 133.

⁷⁸ O Positivismo Jurídico, sobretudo em seu germe, acredita na idéia de completitude, apresentado por Norberto Bobbio como: “o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz uma solução para cada caso sem recorrer à equidade”, visivelmente perceptível com a busca incessante da codificação, que por sua vez é limitadora do papel do intérprete, “O código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode se afastar”. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 263-264.

⁷⁹ “Para individualizar a norma geral por ele aplicada, o tribunal tem de verificar se, no caso que se lhe apresente, existem *in concreto* os pressupostos de uma consequência do ilícito determinados *in abstracto* por uma norma geral. Esta determinação do fato que condiciona as consequências do ilícito implica a determinação da norma geral a aplicar, isto é, a averiguação de que está em vigor uma norma geral que liga uma sanção ao fato (ou situação de fato) em apreço. O tribunal não só tem que responder à *quaestio facti* como também a *quaestio juris*. Depois de realizadas estas duas averiguações, o que o tribunal tem a fazer é ordenar *in concreto* a sanção estatuída *in abstracto* da norma jurídica geral. Estas averiguações e esta ordem ou comando são as funções essenciais da decisão judicial”; “O tribunal que tem de aplicar as normas gerais vigentes de uma ordem jurídica a um caso concreto precisa decidir a questão da constitucionalidade da norma que vai aplicar, quer dizer: se ela foi produzida segundo o processo prescrito pela Constituição ou por via de costume que a Constituição delegue.” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 263/264.

⁸⁰ “Os tribunais criam Direito, a saber, - em regra – Direito individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor do Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão

Em sua Teoria Geral do Direito, Bobbio apresenta a submissão do intérprete juiz ao legislador quando discorre da pirâmide que representa o ordenamento jurídico, na qual localiza o poder jurisdicional abaixo do poder regulamentar e este abaixo do poder legislativo ordinário, que por fim, estará apenas abaixo do poder constitucional. Quando inverte a direção para a qual se percorre a pirâmide (agora da base para o topo), o autor troca a categoria *poder* pela categoria *obrigação* e também de forma sucessiva apresenta: “a obrigação do sujeito de executar a sentença de um magistrado; a obrigação do magistrado de se ater às leis ordinárias; a obrigação do legislador de não violar a Constituição.”⁸² E Bobbio amplifica a idéia de um poder julgador como submisso às leis e regulamentos e não diretamente à Constituição: “Em geral, os vínculos do juiz em relação à lei são maiores do que aqueles que subsistem para o legislador ordinário em relação à constituição”.⁸³

Indaga-se então: se ao juiz cabe tão somente a verificação se a norma posta está de acordo com norma superior, ou seja, se válida formalmente e, em caso positivo, a aplicação desta norma ao conflito que lhe é dirigido, poderá o julgador interpretá-la⁸⁴?

judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica.” Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 283.

⁸¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 212.

⁸² BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti; revisão de tradução Silvana Cobucci Leite. – 2 ed. - São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008. p. 203.

⁸³ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti; revisão de tradução Silvana Cobucci Leite. – 2 ed. - São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008. p. 206.

⁸⁴ “Mas o que significa interpretar? Este termo, com efeito, não é exclusivo da linguagem jurídica, sendo usado em muitos outros campos: assim se fala de interpretação nas Escrituras Sagradas, de interpretação das inscrições arqueológicas, de interpretação literária, de interpretação musical... Pois bem, interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada. Ora, a linguagem humana (falada ou escrita) é um complexo de signos, é uma *species* do *genus* signo (tanto é verdade que é substituível por outros signos, por exemplo os gestos da mão, embora seja mais perfeito porque mais rico e maleável). Assim, por exemplo, quando digo ‘cavalo’, me limito a produzir um som vocal, mas com isto indico uma coisa diferente de tal som. Como complexo de signos, a linguagem exige a interpretação: esta é exigida pelo fato de que a relação existente entre o signo e a coisa significada (neste caso, entre a palavra e a idéia) não é uma relação necessária, mas puramente convencional, tanto que a mesma idéia pode ser expressa de modos diversos (o mesmo objeto, aliás, é indicado em cada língua com um som

Como já visto neste escrito, o Positivismo Jurídico já apresentou radicalismos quanto à impossibilidade de interpretação (título 1.1), contudo, verificado que não há como o ler sem o interpretar, nem tampouco que um conjunto de normas, por mais extenso e complexo, não será capaz de regular todos os possíveis conflitos, em geral, o positivismo aceita a interpretação pelo julgador, desde que limitada à vontade do legislador e à semântica⁸⁵. Como o Positivismo surge da transformação do estudo do direito em ciência de especulação (avalorativa), ao julgador é subtraída a possibilidade do uso de valores quando da interpretação, a este estão dispostos os juízos de fato⁸⁶ e não os juízos de valor⁸⁷.

Bobbio apresenta divisão da interpretação em: a) estática – na qual o intérprete cabe à reconstrução fiel do que pretendia significar o autor dos signos, objeto da interpretação; e b) dinâmica – quando ao intérprete cabe o enriquecimento dos signos interpretados, para adequação deste ao tempo ou às

diverso). Ademais há sempre um certo desajuste entre a idéia e a palavra, porque a primeira é mais rica, mais complexa, mais articulada do que a segunda, que serve para exprimi-la; além disto, nós não usamos nunca as palavras isoladamente (exceto o menino que aprende a falar ou quem se encontra num país estrangeiro de cuja língua só conhece alguns termos), mas formamos complexos de palavras, ou proposições. Ora, dependendo do contexto em que esteja inserida, a mesma palavra assume significados diferentes (e podemos até dizer que um termo tem tantos significados quantos são os contextos em que pode ser usado). ⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 212 – 213.

⁸⁵ “Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas.” “Fixar-se na vontade presumida do legislador desprezando o teor verbal ou observar estritamente o teor verbal sem se importar com a vontade – quase sempre problemática – do legislador tem – do ponto de vista do Direito positivo – valor absolutamente igual.” Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 385 e 392.

⁸⁶ “o *juízo de fato* representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação”. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 135.

⁸⁷ “o *juízo de valor* representa, ao contrário, uma *tomada de posição frente à realidade*, visto que sua formulação possui *tomada de posição frente à realidade*, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de *influir* sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas.” BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 135.

mais variadas circunstâncias histórico-sociais.⁸⁸ No seio das idéias positivistas a tarefa dos intérpretes julgadores é a adoção de uma interpretação estática.⁸⁹

Sob tal ótica, o poder judiciário assume um papel de aplicador final da regra geral a casos concretos, dentro de um limite de discricionariedade que Kelsen titula de *moldura*⁹⁰. Tal moldura servirá como limite da interpretação semântica e ao mesmo tempo dispõe ao intérprete várias possibilidades que no seu interior se inscrevem.

Pergunta-se então: das várias possibilidades inscritas na moldura, haverá um método de orientação ao intérprete visando a indicação da escolha mais adequada? A resposta do positivismo, em Kelsen, é negativa:

Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base na qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’.⁹¹

Não há método possível para uma escolha adequada dentro da moldura, bem como não há possibilidade de avançar-se além vontade do legislador aliado à interpretação dos significados dos termos da regra posta. Tal papel interpretativo acaba por levar o julgador à alienação da realidade social e a assumir uma importância exagerada de um formalismo limitador. Quando das críticas ao positivismo tal tema voltará à tona.

Ainda quanto ao papel do intérprete, outro ponto a considerar é o papel do legislador frente às antinomias observadas: existindo duas regras que regulem os fatos, qual será adotada pelo intérprete?

⁸⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 213.

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 213.

⁹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 390.

⁹¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 391.

O Positivismo Jurídico sustenta por princípio que há uma coerência do sistema, e, portanto nega a existência de normas incompatíveis entre si, de Bobbio extrai-se que:

Tal princípio é garantido por uma norma, implícita em todo ordenamento, segundo a qual duas normas incompatíveis (antinômicas) não podem ser ambas válidas, mas somente uma delas pode (mas não necessariamente deve) fazer parte do referido ordenamento; ou, dito de outra forma, a compatibilidade de uma norma com seu ordenamento (isto é, com todas as outras normas) é condição necessária para sua validade.⁹²

Contudo, inegável que em uma complexidade de regras, como o é o ordenamento jurídico, haverá disposições de lei contraditórias e, portanto haverá um conflito a ser resolvido.

O positivismo jurídico, conforme visto acima, irá resolver o problema com base na validade das regras, se uma é válida e outra não o será.⁹³ Utilizar-se-á uma das regras, enquanto a outra será descartada, totalmente ou em parte, conforme a contradição nesta encontrada.

Por sua vez, no caso das antinomias, para dizer-se qual das regras será aplicada, ou se nenhuma, o positivismo apresenta alguns critérios: a) critério cronológico (*lex posterior derogat priori*⁹⁴); b) critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*⁹⁵); c) critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*⁹⁶).

Embora a proposta resolva satisfatoriamente um bom número de casos de conflito de regras, não servirá a todos, sobretudo porque a

⁹² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 203.

⁹³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 229.

⁹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 231.

⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 205.

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 205.

complexidade de regras do sistema pode levar a conflitos dos próprios critérios, pelo que das idéias positivistas extrai-se: a) entre um conflito do critério hierárquico e do cronológico, prevalecerá o hierárquico⁹⁷; b) entre um conflito entre o critério de especialidade e do cronológico, prevalecerá o da especialidade⁹⁸; c) entre o conflito entre um critério hierárquico e de especialidade, utilizar-se-á o critério cronológico como espécie de *fidel da balança*, pelo que “prevalece o critério hierárquico, isto é, é válida a norma superior geral, se esta for posterior à outra; prevalece, ao contrário, o critério da especialidade, a saber, é válida a norma inferior especial, se for esta a posterior”.⁹⁹

Restará ainda a impossibilidade da aplicação de quaisquer dos critérios, eis que normas antinômicas podem ser *contemporâneas, paritárias e gerais*. Neste caso aplicar-se-á a lei que estabelece uma permissão em detrimento da lei que estabelece um comando ou proibição¹⁰⁰. Quando ainda persistir a antinomia, Kelsen atribui a solução ao arbítrio judicial (escolha entre uma das normas)¹⁰¹.

Uma última indagação a ser respondida é quanto ao papel do intérprete quando da ausência de norma positivada. A resposta do positivismo, ressaltadas algumas posições extremadas¹⁰², se explicita na obra de Kelsen:

Se a concepção ético-política do juiz toma o lugar da concepção ético-política do legislador, este abdica em favor daquele. A tentativa de limitar esta atribuição de competência aos casos que o legislador não previu tem, no entanto, de esbarrar com o fato de

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 205.

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 205.

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 206.

¹⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 206.

¹⁰¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 230.

¹⁰² “Os mais extremados representantes da escola (Escola da Exegese) entendiam, como Blondeau, que, em face de situações não previstas pelo legislador, deveria o juiz abster-se de julgar.” HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 36.

o legislador também não poder determinar estes casos. Se os pudesse determinar, regulá-los-ia ele mesmo positivamente. A suposição do tribunal de que um caso não foi previsto pelo legislador e de que o legislador teria formulado o Direito de diferente modo se tivesse previsto o caso, funda-se quase sempre numa presunção não demonstrável. A intenção do legislador somente é apreensível com suficiente segurança quando adquira expressão no Direito por ele criado. Por isso, o legislador, para limitar a atribuição deste poder aos tribunais, atribuição considerada por ele como inevitável, recorre à ficção de que a ordem jurídica vigente, em certos casos, não pode ser aplicada – não por uma razão ético-político-subjetiva, mas por uma razão lógico-objetiva –, de que o juiz somente pode ser fazer de legislador quando o Direito apresente uma lacuna.¹⁰³

Ou seja, na ausência de norma positiva a apresentar solução ao caso concreto, o juiz far-se-á legislador (Bobbio e Hart nominam tal circunstância de juízo de equidade), exercitando um ato discricionário. O que se dá sem nenhum critério, além da verificação de uma ausência da norma positivada¹⁰⁴.

Hart, ao afastar o dogma da completitude¹⁰⁵, dá início à construção lógica de que o Direito, para suprir a incapacidade dos sistemas jurídicos, apresenta técnicas como a regulamentação das leis por entidades administrativas¹⁰⁶ e o exame da jurisprudência (direito anglo-americano). Tal

¹⁰³ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 275-276.

¹⁰⁴ “No juízo de equidade, o juiz decide ‘segundo consciência’ ou ‘com base no próprio sentimento de justiça’”. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 172.

¹⁰⁵ “É típico da condição humana (e também, portanto, da legislação) que labutemos com duas desvantagens interligadas sempre que procuramos regulamentar, antecipadamente e sem ambigüidade, alguma esfera de comportamento por meio de um padrão geral que possa ser usado sem orientação oficial posterior em ocasiões específicas. A primeira desvantagem é nossa relativa ignorância dos fatos; a segunda é a relativa imprecisão de nosso objetivo. Se o mundo no qual vivemos tivesse apenas um número finito de características, e estas, juntamente com todas as formas sob as quais podem se combinar, fossem conhecidas por nós, poderíamos então prever de antemão todas as possibilidades. Poderíamos criar normas cuja aplicação a casos particulares nunca exigiria uma escolha adicional. Poder-se-ia tudo saber e, como tudo seria conhecido, algo poderia ser feita em relação a todas as coisas e especificado antecipadamente por uma norma. Esse seria um mundo adequado a uma jurisprudência ‘mecânica’.” HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 167.

¹⁰⁶ HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 170.

incompletitude do ordenamento dá margem ao que Hart apresenta como *textura aberta*¹⁰⁷, contudo, ao igualar o intérprete juiz a órgão administrativo, no sentido de regulador de normas gerais, Hart aponta também para a discricionariedade judicial¹⁰⁸.

Logo, embora um dos princípios do Positivismo Jurídico seja um papel de menor importância do julgador frente ao legislador, sendo este o criador do direito e aquele um ator secundário, far-se-á o juiz como legislador nos casos da inexistência de uma regra positivada para o caso concreto, estará o magistrado proferindo um juízo de equidade, guiado apenas pela *própria consciência e senso de justiça*¹⁰⁹.

1.5 FUNÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Bobbio classifica um ordenamento jurídico em que várias são as fontes do direito estruturadas em diversos planos, como *complexo*¹¹⁰. Por sua vez a doutrina juspositivista constrói-se sobre um ordenamento complexo na

¹⁰⁷ “A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nos quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais, que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso.” ¹⁰⁷ HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 175.

¹⁰⁸ No que toca à discricionariedade judicial, Ronald Dworkin apresenta três formas pelas quais estas podem se manifestar. A primeira diz respeito ao exercício de poder limitado por ordens de uma autoridade superior, a segunda trata da ausência de revisão, por autoridade superior, da decisão tomada e a terceira a que apregoa que na falta de regras claras estará o juiz livre para decisões independentes de padrões prévios. As duas primeiras Dworkin classifica de poder discricionário de sentido fraco e a última de poder discricionário em sentido forte. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 50-55. Por sua vez Hart não se preocupa com tal classificação, mas de sua postura ante a ausência de normas claras, parece apresentar um sentido fraco de discricionariedade, no que toca à existência de submissão do intérprete juiz a uma norma geral de ordem superior. Contudo como para Hart o dever legal seria precedido de uma regra social, e os fatos sociais podem se exaurir, há portanto um espaço não regulamentado por normas jurídicas em que o intérprete juiz apresenta discricionariedade em sentido forte. Já Bobbio e Kelsen expressamente acatam a discricionariedade em sentido forte.

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 172.

¹¹⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 162.

qual se faz necessária, para a legitimação do sistema, uma hierarquia de leis, o que leva a uma norma fundamental (Kelsen), ou de reconhecimento (Hart).

A hierarquia e complexidade do sistema permitem, dentre outras funções constitucionais, a solução do conflito de normas, sob o princípio: lei superior revoga a lei inferior, critério que apresenta força superior ao critério cronológico na solução dos conflitos¹¹¹. E em sendo a constituição sua disposição normativa maior, permitirá ainda a verificação da validade das normas:

O tribunal que tem de aplicar as normas gerais vigentes de uma ordem jurídica a um caso concreto precisa de decidir a questão da constitucionalidade da norma que vai aplicar, quer dizer: se ela foi produzida segundo o processo prescrito pela Constituição ou por via de costume que a Constituição delegue.¹¹²

Destas afirmações extrai-se a principal função jurídica da Constituição para o Positivismo Jurídico, a de paradigma de validade e solução de conflito de normas. Se há um sistema hierárquico, a Constituição, legitimada pela norma fundamental ou de reconhecimento, será o livro de regras supremo a ser seguido, dela se extrairão as formas pelas quais serão feitas as leis, e das regras por si dispostas poderão ser resolvidos alguns conflitos do sistema¹¹³.

Para Bobbio, “uma constituição¹¹⁴ são um conjunto de proposições”¹¹⁵ (sic). Importa, pois o esclarecimento do que o autor aponta como ‘proposições’. Para o autor italiano proposição é o “conjunto de palavras que possuem um significado no seu todo”.¹¹⁶ Por sua vez, uma proposição não há que se confundir com o enunciado definido por “forma gramatical e lingüística com que

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 163.

¹¹² Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 263-264.

¹¹³ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 247.

¹¹⁴ Neste ponto o autor trata apenas do aspecto jurídico formal da Constituição e não da sua existência como dirigente político.

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti; revisão de tradução Silvana Cobucci Leite. – 2 ed. - São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008. p. 52.

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti; revisão de tradução Silvana Cobucci Leite. – 2 ed. - São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008. p. 52.

um determinado significado é expresso”¹¹⁷, logo, uma proposição poderá ter vários enunciados enquanto um enunciado poderá exprimir proposições diversas e a mesma proposição poderá encontrar sentido em enunciados de formas gramaticais diversas.

O exemplo do Bobbio quanto à diferenciação é esclarecedor:

Por exemplo, quando digo, dirigindo-me a um amigo com o qual estou dando uma volta: ‘Eu gostaria de beber uma limonada’, pretendo exprimir meu desejo e quando muito dar ao meu amigo uma informação sobre o meu estado de espírito; ao dirigir as mesmas palavras a uma pessoa que está atrás do balcão de um bar, não pretendo exprimir um desejo nem dar a ela uma informação, mas impor-lhe uma determinada conduta.¹¹⁸

O que Bobbio não esclarece é a natureza das disposições constitucionais, se apresentadas a um amigo ou em uma mesa de bar. Se as proposições constitucionais dirigem-se ao amigo, estariam a prestar meras informações e talvez conduzi-lo em direção a uma lanchonete (algo hoje identificado como *normas programáticas*) caso a expressão de vontade seja na lanchonete, os envolvidos sob tal mandamento (pessoa atrás do balcão) deveriam atender ao pedido. A visão do pedido na lanchonete far-se-á mais presente quando das teorias neoconstitucionais, conforme será visto adiante.

O positivismo jurídico, aliado à condição de livro de regras supremo, paradigma de validade, solucionadora de conflito de normas, ainda acrescenta, à Constituição, uma função limitadora e uma função legitimadora.

A Constituição possui função limitadora ao tempo que é o marco limítrofe do poder legislativo.¹¹⁹ Segundo Hart:

[...] a concepção de um soberano não limitado juridicamente deturpa a representação da natureza do direito em muitos Estados modernos onde ninguém duvidaria de sua existência. Há poderes

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti; revisão de tradução Silvana Cobucci Leite. – 2 ed. - São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008. p. 52.

¹¹⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti; revisão de tradução Silvana Cobucci Leite. – 2 ed. - São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008. p. 53.

¹¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti; revisão de tradução Silvana Cobucci Leite. – 2 ed. - São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008. p. 204.

legislativos nesses Estados, mas às vezes o poder legislativo supremo dentro do sistema está longe de se ilimitado. Uma constituição escrita pode restringir a competência deste poder, não apenas especificando a forma e a maneira de legislar (que reconhecemos não serem limitações), mas excluindo totalmente certas matérias do âmbito de sua competência legislativa e impondo, assim, limitações de conteúdo.¹²⁰

Por sua vez a Constituição exerce uma função legitimadora ao apresentar-se como a norma autorizadora do próprio poder. Só há força vinculante nas normas emanadas de um legislador porque a Constituição lhe concede a competência para o poder para a elaboração de tais normas¹²¹. Talvez esta tenha sido a maior contribuição positivista à modernidade e a condição permissiva de um estado de direito¹²².

¹²⁰ HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 90.

¹²¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 216-217.

¹²² “En el Derecho premoderno, de formación no legislativa, sino jurisprudencial y doctrinal, no existía un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, sino una pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de instituciones diferentes y concurrentes – el Imperio, la Iglesia, los príncipes, los municipios, las corporaciones – ninguna de las cuales tenía el monopolio de la producción jurídica [...] mientras que el positivismo jurídico expresado en la fórmula hobbesiana correspondía a la instancia axiológica de la refundación del Derecho sobre el principio de la legalidad como garantía de certeza y libertad frente a la arbitrariedad. El Estado de Derecho moderno nace, con la forma del *Estado legislativo de Derecho*, en el momento en que esta instancia avanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo”. FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho**. Tradução do italiano ao espanhol de Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 15

CAPÍTULO 2

NEOCONSTITUCIONALISMO¹²³

2.1 CRÍTICAS AO POSITIVISMO

Como a limitação de tempo e espaço do presente trabalho impede uma pesquisa geral de críticas aos postulados do positivismo, este centrará sua busca nas obras de Ronald Dworkin e de Lênio Luiz Streck, críticos destas teorias em vários de seus aspectos, embora vez por outra ingresse em outros escritos, conforme necessário à melhor compreensão das refutações a estes postulados ou mesmo para o enriquecimento do debate.

A pregação positivista perdeu força e exigiu mudanças efetivas após a segunda guerra mundial¹²⁴ e queda dos regimes totalitários,

¹²³ Em algumas obras e artigos a categoria neoconstitucionalismo da lugar a outras expressões como: *constitucionalismo contemporâneo*, *constitucionalismo moderno*, *constitucionalismo rígido* ou *constitucionalização do ordenamento jurídico*. Quanto ao conceito de Neoconstitucionalismo, este será tratado no item 2.2.

¹²⁴ Diante dos postulados positivistas “costuma-se dizer que os nazistas tinham um direito, ainda que tal direito fosse muito mau”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 127. Esclareça-se, contudo, que nem todas as críticas ao positivismo são privativas da era pós segunda grande guerra, já Karl Marx, ao criticar a Escola Histórica de Direito, ironizava: “Como su principio, así también la argumentación de Hugo es positiva, es decir, no crítica. No conoce distinciones. Toda existência tiene para él el valor de uma autoridad, toda autoridad tiene para él el valor de um fundamento. Así, son citados en un solo parágrafo Moisés, Voltaire, Richardson y Homero, Montaigne y Amnon, el Contrat Social de Rousseau y el De civitate Dei de san Agustín. Procede nivelando a los pueblos. El siamês, que entiende que es um orden natural y eterno que su Rey haga coser la boca de um hablador e Le haga cortar las orejas a um orador inhábil, es, según Hugo, tan positivo com el

afirmação esta verificável em vários pesquisadores e pensadores do Direito e descrita com maestria em um pequeno texto veiculado em uma circular dirigida aos estudantes da Universidade de Heidelberg pelo professor Radbruch, defensor do positivismo nos tempos pré-guerra, e que se atentou para as consequências da estrita observância de leis independentes de interpretação e livres da análise de (in)justiça. Do texto:

“A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor.

Esta concepção de lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas.”¹²⁵ (grifo nosso).

Um dos pontos frágeis do Positivismo Jurídico, que recebeu e recebe duras críticas, é exatamente o que trata da separação entre moral e direito. Ronald Dworkin, um destes críticos, refuta a concepção centrada no texto legal de Estado de Direito apresentada pelo positivismo, visão restrita que não se preocupa com o conteúdo das regras que tomarão parte do ordenamento jurídico e adverte: “a aquiescência às leis evidentemente não é suficiente para a justiça; a aquiescência plena provocará injustiça muito séria se suas regras forem injustas”.¹²⁶

Para Dworkin os processos judiciais suscitam não apenas questões de fato e de direito, mas o intérprete deverá tratar de questões ligadas à moralidade, política e fidelidade:

Em primeiro lugar, o que aconteceu? O homem que trabalhava no torno mecânico realmente deixou cair uma chave inglesa no pé de seu companheiro de trabalho? Em segundo lugar, qual é a lei

inglês, que tiene entre los axiomas políticos que su Rey no pueda ordenar arbitrariamente el impuesto de um cêntimo.” MARX, Karl. **II manifesto filosófico della scuola storica del diritto**. Torino: L. Firpo, 1950. p. 159-160. Apud ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. p. 63.

¹²⁵ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito. Cinco Minutos de Filosofia do Direito**. Apendice II. Tradução de Cabral de Moncada. 5 ed. Coimbra: Sucessor Coimbra, 1974. P. 415-418.

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. VII.

pertinente? A lei permite que um operário assim ferido obtenha indenização de seu patrão? Por último, se a lei negar o ressarcimento, será injusto?¹²⁷

Não basta a verificação formal de validade, é necessária uma indagação quanto à justiça, um juízo de valor sobre o que se interpreta/julga. A despolitização do direito, via cientificização, que lhe impede a compreensão de seus próprios fundamentos, acaba por negar seu caráter prático o que pode levar, inclusive, à perda de seu sentido de ação/ser.¹²⁸

Para Habermas, um Direito voltado a si próprio, baseado em uma validação formal, alheio à política e à moral, vazio da preocupação de justiça, perde de vista a sua legitimidade. Nas palavras do próprio autor:

[...] quando analisamos uma outra posição, segundo a qual o direito positivo poderia manter sua normatividade por conta própria, isto é, através das realizações dogmáticas de uma justiça fiel à lei, porém independente da política e da moral. A partir do momento em que a validade do direito é desligada dos aspectos da justiça, que ultrapassa as decisões do legislador, a identidade do direito torna-se extremamente difusa. Pois, neste caso, desaparecem os pontos de vista legitimadores, sob os quais o sistema jurídico poderia ser configurado para manter determinada estrutura do *medium* do direito.¹²⁹

Mas as críticas aos postulados positivistas não se limitam à separação entre direito e moral e invadem outros campos do positivismo como o da condição de validade jurídica.

Dworkin define o Positivismo Jurídico como a teoria “sobre as condições necessárias e suficientes para a verdade de uma proposição jurídica”¹³⁰, por sua vez, tal verdade “consiste em fatos a respeito das regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e em nada mais do que isso”

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 6.

¹²⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. p. 30.

¹²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre factidade e validade**. Volume 2. 2 ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 237.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 8.

¹³¹. Logo a verdade (validade) da norma será verificada por uma equação a que o filósofo norte-americano denomina de “teste de pedigree”¹³², aceito como possibilidade para casos simples¹³³, mas ineficaz para casos complexos carentes da aplicação de princípios e não apenas de regras.

O que leva a outra constatação ignorada em boa parte pelo positivismo jurídico, que é a divisão das normas jurídicas entre regras e princípios. Ao positivista faz-se possível, em caso de lacuna da lei e antinomia de difícil solução, a arbitrariedade judicial, conseqüência do olhar o direito apenas como regras. Contudo, uma visão neoconstitucional leva o intérprete a um mirante onde observará não apenas regras, mas também princípios, ou seja, ausente a regra apta ao caso concreto não é a arbitrariedade do intérprete que definirá uma decisão adequada ao caso concreto, mas sim a observância dos princípios que regem a matéria, sobretudo aqueles dispostos na constituição.

E se a fórmula de validade positivista alcança algum sucesso quanto às regras, é incapaz de atender à coexistência de princípios. Se para o Positivismo a verificação da regra como presente no ordenamento jurídico é suficiente para a declaração de validade, já não o será quanto aos princípios, de Dworkin:

[...] não seríamos capazes de conceber uma fórmula qualquer para testar quanto e que tipo de apoio institucional é necessário para transformar um princípio em princípio jurídico¹³⁴.

[...] não é possível adaptar a versão de Hart do positivismo, modificando sua regra de reconhecimento para incluir princípios. Nenhum teste de *pedigree* que associe princípios a atos que

¹³¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. VII-VIII.

¹³² Embora o autor se refira diretamente ao positivismo de Hart, o “teste de pedigree” equivale à fórmula de três passos de Bobbio ou do exame formal de Kelsen.

¹³³ Os positivistas jurídicos acreditam que as proposições de Direito são, na verdade, inteiramente descritivas: são trechos da história. Uma proposição jurídica, a seu ver, somente é verdadeira caso tenha ocorrido algum evento de natureza legislativa do tipo citado; caso contrário, não é. Isso parece funcionar razoavelmente bem em casos muito simples.” DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 218.

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 65.

geram legislação pode ser formulado nem seu conceito de direito oriundo do costume, em si mesmo uma exceção à primeira tese do positivismo¹³⁵, pode ser tornado útil sem o abandono integral dessa tese.¹³⁶

O papel do intérprete também não passa em branco nas críticas ao positivismo jurídico, ao contrário, a supremacia do legislador sobre o julgador é posta em xeque.

Dworkin dá início ao debate com interessante constatação: “As pessoas freqüentemente se vêem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo”.¹³⁷

E o aumento de preocupação com os direitos transindividuais e uma crescente complexidade social “(re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos”¹³⁸, ou seja, se o papel a ser exercido pelo intérprete, de fato, já apresentava maior relevância do que a teoria apresentada pelos positivistas, conforme constatado por Dworkin, tal papel é ampliado no tempo de uma sociedade complexa e pluralista como a contemporânea, em que os Direitos coletivos, seja de certos grupos (trabalhadores do carvão por exemplo) seja da humanidade como um todo (direito ambiental por exemplo) estão postos a cada dia nas mesas dos juízes e dos promotores de justiça.

¹³⁵ “O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com o auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como ‘regras morais’) que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 28.

¹³⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 69.

¹³⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 3.

¹³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 17

O positivismo jurídico e sua preocupação com a exegese e vontade do legislador, vê a linguagem como um instrumento de descoberta desta vontade ou ainda como trilhos que levam à correta interpretação do texto da lei, limitando a tais circunstâncias o papel do intérprete. Streck alerta para a manutenção desta postura entre os juízes brasileiros e indica outro caminho:

Isto porque as práticas hermenêutico-interpretativas vigorantes/hegemônicas no campo da operacionalidade – incluindo aí doutrina e jurisprudência – ainda estão presas à dicotomia sujeito-objeto, *carentes e/ou refratárias à viragem lingüística de cunho pragmatista-ontológico ocorrida contemporaneamente*, onde a relação passa a ser sujeito-sujeito. Dito de outro modo, no *campo jurídico* brasileiro, a linguagem ainda tem um caráter secundário, *uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto*, enfim, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de ‘essências’ e ‘corretas exegeses’ dos textos legais.¹³⁹

A manutenção da antiga hermenêutica impede o modo novo de produção do Direito representado pelo Estado Democrático de Direito. Quando o intérprete juiz tem seu paradigma nas velhas concepções positivistas está a manter o modo “liberal-individualista-normativista” de produção de direito, deixando de sustentar um Estado Democrático de Direito instrumento de transformação social¹⁴⁰.

No Brasil o modo de produção de Direito permanece fiel ao Direito forjado para a solução de disputas interindividuais¹⁴¹, aptos ao uso de um “prêt-à-porter” disposto pela dogmática jurídica, mas insuficiente para a solução dos direitos de cunho transindividual, cada vez mais presentes em uma sociedade

¹³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 17

¹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 31

¹⁴¹ “como se pode perceber nos manuais de Direito, disputas entre Caio e Tício ou onde Caio é o agente/autor e Tício (ou Mévio), o teu/vítima. Assim, se Caio (sic) invadir (ocupar) a propriedade de Tício (sic), ou Caio (sic) furtar um botijão de gás ou o automóvel de Tício (sic), é fácil para o operador do Direito resolver o problema.” STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 32.

cada vez mais complexa¹⁴². Para Streck: “[...] a magistratura é treinada para lidar com as diferentes formas de ação, mas não consegue ter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas onde elas são travadas”.¹⁴³

Estando o jurista, inserido em uma dogmática que lhe apresenta *soluções* prontas, ao qual há muito se habituou, acaba por não perceber as contradições da própria dogmática e do Direito que o cerca¹⁴⁴.

Prova disto é uma série de aberrações legislativas que poderão ser encontradas no direito brasileiro, e que são cotidianamente aplicadas nos fóruns e tribunais. Streck arrola algumas¹⁴⁵ às quais poderíamos ainda acrescentar outra extraída de julgados: a) a pena de 1 a 4 anos (furto simples) de reclusão caso o agente infrator subtraia um veículo mediante o arrombamento de uma das janelas¹⁴⁶ e a pena de 2 a 8 anos caso o autor do mesmo arrombamento

¹⁴² “quando Caio (sic) e milhares de pessoas sem teto ou sem terra invadem/ocupam a propriedade de Tício (sic), ou quando Caio (sic) participa de uma ‘quebradeira’ de bancos, causando desfalques de bilhões de dólares, os juristas só conseguem ‘pensar’ o problema a partir da ótica forjada no modo liberal-individualista-normativista de produção de Direito.” STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 32-33.

¹⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 34.

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 69.

¹⁴⁵ “... adulterar número de chassi é crime punido com 3 a 6 anos de reclusão e multa, pena mínima maior que a de, por exemplo: a) lesão corporal grave em que a vítima perde, por exemplo, um dos olhos. Nesta caso a punição é de 1 a 5 anos; b) instigação ao suicídio, se vier a ocorrer a morte. Nesta caso, a pena é de 2 a 6 anos de reclusão; c) infanticídio é castigado com 2 a 6 anos de detenção. Mais: homicídio doloso simples é punido de 6 a 20 anos de reclusão, pena mínima inferior à de, por exemplo: a) roubo com lesão corporal grave culposa, em que a pena é a de 7 a 15 anos de reclusão; b) extorsão mediante seqüestro simples, em que a pena é a de 8 a 15 anos de reclusão. Se este crime durar mais de 24 horas, a pena subirá para 12 a 20 anos de reclusão, igual à do homicídio qualificado (considerado hediondo)...” STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 69.

¹⁴⁶ “VIOLÊNCIA EMPREGADA DIRETAMENTE NO OBJETO DO FURTO - ARROMBAMENTO INEXISTENTE [...] ‘Não qualifica o crime a violência contra o obstáculo que é inerente à PRÓPRIA’ (Celso Delmanto)”. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2007.045793-2. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=2007.045793-2&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAGxaAAHAAaOHAAC>. Acesso em: 09 de dezembro de 2009.

subtraia apenas o aparelho de som¹⁴⁷. E certamente pesquisa própria poderia acrescer outras situações de evidente injustiça levadas a efeito por uma interpretação nos moldes positivistas.

Para Streck, a manutenção das idéias positivistas (interpretação sujeito-objeto e uma visão individualista do Direito) alheias ao giro lingüístico (interpretação sujeito-sujeito) e em crise face sua incapacidade histórica da solução dos conflitos em uma sociedade complexa¹⁴⁸, leva o intérprete à alienação do mundo da vida:

“De um lado os operadores do Direito continuam reféns de uma crise emanada da tradição liberal-individualista-normativista (e iluminista, em alguns aspectos); e, de outro, a crise do paradigma epistemológico da filosofia da consciência. O resultado dessa(s) crise(s) é um Direito alienado da sociedade, questão que assume foros de dramaticidade se compararmos o texto da Constituição com as promessas da modernidade incumpridas.”¹⁴⁹

A crítica de Streck se soma à crítica da negação do positivismo jurídico ao exercício valorativo do intérprete juiz. Tal negativa, em parte é o reflexo do contexto em que nasceu: pós-poder absoluto que, por conseqüência, gerou uma separação rigorosa dos poderes com o fim de evitarem-se novos absolutismos. Neste contexto o juiz não poderia ir além da vontade do legislador. Em última análise, uma decisão além ou não de acordo com a letra da lei seria um atentado contra o poder legitimado para a tomada de decisões quanto às regras de uma sociedade (poder legislativo). Em outras palavras, o exercício político¹⁵⁰ (valorativo) de um magistrado é condenado pela falta de legitimidade do

¹⁴⁷ Apelação Criminal n. 2001.016738-7 - TJSC – da ementa: “QUALIFICADORAS - ARROMBAMENTO - QUEBRA DO VIDRO DO VEÍCULO PARA APOSSAMENTO DE APARELHO DE CD - DESTRUIÇÃO DE OBSTÁCULO CONFIGURADA”. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2001.016738-7. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=2001.016738-7&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAGxaAAJAAAVmPAAL>. Acesso em: 08 de dezembro de 2009.

¹⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 69.

¹⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 80.

¹⁵⁰ A categoria política, no contexto ora debatido pelo autor, não se confunde com a política partidária, tampouco com a política como padrão que estabelece um objeto a ser alcançado, como

poder jurisdicional não eleito. Dworkin refuta tais conclusões ao afirmar que a capacidade dos juízes na análise de uma reivindicação de direitos é maior que a dos legisladores e dos eleitores, portanto, institucionalmente os legisladores não estão em melhor posição que os magistrados para a decisão de casos jurídicos. Por sua vez, não há razão que possa levar um ferimento à democracia com a valoração por parte dos magistrados:

Mas não há nenhuma razão para pensar, abstratamente, que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais, retardará o ideal democrático da igualdade de poder político. Pode muito bem promover este ideal.¹⁵¹

Ao contrário da visão do Positivismo Jurídico o poder judiciário pode ser o realizador (desde que respeitados os princípios constitucionais) de uma ampla Democracia e não um fator impeditivo desta.

Outra das críticas lançadas contra o Positivismo diz respeito à permissão de uma arbitrariedade em sentido grave quando das antinomias de difícil solução (hard cases) ou das lacunas do direito.

A respeito do problema das antinomias¹⁵², Dworkin faz críticas aos que defendem que sua solução é uma questão semântica¹⁵³ eis que a plurivocidade dos termos expressos nas regras impede a unanimidade de decisões quanto ao significado desta ou daquela norma jurídica¹⁵⁴. Sob o mesmo

melhorias de caráter social ou econômico, embora o autor vá utilizar o termo, em outras oportunidades, invocando esta função.

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 32.

¹⁵² Nas palavras de Dworkin: “casos controversos – isto é, casos em que nenhuma regra explícita no livro de regras decide com firmeza a favor da qualquer uma das partes.”, redação que não indica a ausência de regras reguladoras (lacuna da lei) mas que são perfeitamente aplicáveis a tal situação, eis que o autor está a tratar da possibilidade do exercício de uma decisão política dos juízes, o que poderá ocorrer nos casos de antinomia ou de lacunas. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 10.

¹⁵³ “O legislativo usa palavras quando estabelece uma regra, e o significado dessas palavras fixa as normas que ele estabeleceu.” DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 11.

¹⁵⁴ “A concepção centrada no livro de regras, portanto, orienta os juízes no sentido de tentar desenvolver teorias semânticas. Eles deviam perguntar, por exemplo, qual seria considerado o significado da expressão ‘uma parte do público’ num contexto similar do discurso comum. Ou qual

argumento Dworkin refuta a possibilidade de o intérprete buscar uma solução para as antinomias e lacunas na resposta à indagação: “se o legislador houvesse previsto a hipótese ausente ou imprecisa no ordenamento jurídico, o que teria dito?”. Ora, certo é que não haverá unanimidade no entendimento de qual seria a decisão do legislador, sendo tal proposta insuficiente para nortear o papel do intérprete.

Contudo, mesmo diante da refutação do uso meramente semântico e da busca pela vontade do legislador, as teorias que estão a auxiliar na construção do que se faz conhecido como neoconstitucionalismo não permite ao intérprete o arbítrio (em sentido grave como será explicitado adiante) quando das decisões dos casos difíceis ou de lacunas da lei. A ausência de regras ou a existência de antinomia de difícil solução não dá margem à discricionariedade e decisionismos¹⁵⁵. Para Dworkin “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”¹⁵⁶.

A função da Constituição também não passa incólume às críticas efetuadas ao Positivismo Jurídico. Dworkin divide as teorias a respeito da interpretação constitucional entre aquelas que tornam decisivas a “intenção dos ‘fundadores’ da Constituição”¹⁵⁷, nas quais se incluem as pregações positivistas, e aquelas que não o fazem. Enquanto o primeiro conjunto de idéias provocará o

é o significado mais natural de algum componente da expressão ,como a palavra ‘público’. Ou qual se considerou ser o significado de expressões similares em outras leis. Compreende-se que diferentes juízes darão diferentes respostas a essas questões de semântica; nenhuma resposta será tão claramente correta a ponto de todos concordarem com ela. Não obstante, cada juiz estará tentando, de boa-fé, seguir o ideal do Estado de Direito segundo o livro de regras porque estará tentando, de boa-fé, descobrir o que as palavras no texto legal realmente significam.” DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 11.

¹⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 361.

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 127.

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 49.

esforço do intérprete em descobrir a intenção do constituinte, o segundo grupo afirma que tal esforço é inútil. Servem neste ponto as mesmas ponderações lançadas com respeito à limitação do papel do intérprete à semântica a busca por uma vontade do legislador, entretanto, ampliada, eis que mais do que qualquer documento jurídico é a Constituição senhora de uma história, garantia em um presente, mas sobretudo norteadora de um futuro.

O Positivismo apregoa um sistema de validade de regras hierarquizado, pelo que, em tal contexto, a Constituição acaba por ser o vértice (abaixo apenas da norma fundamental) no qual o legislador buscará subsídios para a emanação das demais normas do ordenamento jurídico e por sua vez, o juiz buscará subsídios para aplicação do Direito. Tal sistema faz da constituição um *livro de regras supremo*, ou um *livro de receitas* para uso dos poderes do Estado. Na visão neoconstitucionalista, a Constituição vai além, como bem se extrai do texto de Streck:

[...] a Constituição não é simplesmente a Lei Maior, ou qualquer outro conceito (abstrato) que lhe tenha sido dado pela ciência jurídica. Não há uma Constituição 'primeva-fundante'. É como uma ponte, que não existe enquanto generalidade 'ponte'. A ponte não é uma construção ('coisa') isolada. Ela não só liga as margens que aí estavam desde sempre, como faz, na verdade, aparecer as margens *como* margens, ou seja, especialmente por sua presença, a ponte *destaca* uma margem da outra, *opõe* uma margem à outra. Antes da ponte não havia um lugar. Enquanto coisa, a ponte faz *aparecer* um lugar. Antes, havia, ao longo do rio, uma série de espaços ocupados por uma ou outra coisa. Com o *surgimento/construção* da ponte, um desses espaços *torna-se* lugar. Não é a ponte que toma um lugar no rio, mas, antes, é da ponte que brota um lugar. Neste sentido, o ser da coisa (ente) 'ponte' funda um lugar. Mais do que isto, a própria ponte tem um sentido, *que é o de fazer com que as margens do rio se comuniquem*, sendo que essa comunicação permite o comércio entre os habitantes das duas margens; mas essa ponte também não existiria 'como' ponte sem que houvesse as estradas que conduzem a ela, e nem as estradas existiriam sem aqueles que a usam, e assim por diante...¹⁵⁸

¹⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 307.

A ilustração da ponte, contextualizada por Streck da obra de Heidegger, traz a dimensão de um estado que se diz constitucional, já não segundo uma visão positivista de um estado possuidor de um livro supremo de regras, mas de uma visão neoconstitucionalista, na qual a Constituição se infiltra no Direito como um todo, atinge suas leis, seus diversos grupos sociais, seus legisladores, seus juízes, seus membros do Ministério Público, enfim, as instituições e quem as institui. Dela, ponte, todos saem para caminhar pelas estradas que se vislumbram por quem ela passa e para ela dirigem-se todos, pois ali as estradas se encontram.

Enfim, encerramos o presente título e o rol de críticas aos postulados positivistas com a advertência de Streck:

“Apesar de tudo isso, o Direito, instrumentalizado pelo discurso dogmático, consegue (ainda) aparecer, aos olhos do usuário/operador do Direito, *como, ao mesmo tempo, seguro, justo, abrangente, sem fissuras, e, acima de tudo, técnico e funcional*. Em contrapartida, o preço que se paga é alto, uma vez que ingressamos, assim ‘num universo de silêncio: um universo do texto, do texto que sabe tudo, que diz tudo, que faz as perguntas e dá as respostas. Nestes termos, conclui Legendre, os juristas fazem um trabalho doutoral no sentido escolástico da palavra. Em outras palavras, fazendo seu trabalho, *eles não fazem o Direito; apenas entretêm o mistério divino do Direito, ou seja, o princípio de uma autoridade eterna fora do tempo e mistificante, conforme as exigências dos mecanismos de controle burocrático num contexto centralista*”.¹⁵⁹

O Positivismo Jurídico e seu distanciamento do valor justiça somado à fórmula de validade e outros postulados que tratam como técnica a interpretação do Direito, levam o intérprete à ilusão de uma segurança jurídica e à certeza das respostas a todos os problemas interindividuais e das mazelas sociais, enquanto cada vez mais a teoria e a prática demonstram a insuficiência destas técnicas e postulados.

¹⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 87 – citação de Ferraz Jr., *Função Social da Dogmática Jurídica*, op. Cit., p. 178;

2.2 CONCEITO

Pós-segunda guerra, o desprezo do papel da filosofia do Direito e as teorias gerais voltadas a uma ciência positiva do Direito foram revistos. Várias concepções se sucederam ao positivismo e suas vertentes, algumas de ordem formalistas outras idealistas, novas constituições apresentaram novas garantias individuais e sociais, o chamado Estado de Direito verificado em meio das idéias positivistas passou a dar lugar ao Estado Democrático de Direito. O valor justiça volta ao debate do Direito, e o Direito não mais se confunde com nas normas positivadas, e o próprio conceito de normas jurídicas passa a ser revisto, com a divisão destas entre regras e princípios.

O Estado Democrático de Direito traz consigo uma carga de direitos fundamentais, positivados em várias constituições¹⁶⁰ em um avanço na busca pelos cumprimentos das promessas da modernidade.

No dizer de Streck¹⁶¹:

“A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais.”

As mudanças foram seladas nas Constituições contemporâneas de muitos países, e foram de tal ordem que, segundo Miguel

¹⁶⁰“A democratização social, fruta das políticas do *Welfare State*, o advento da democracia no pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem à luz Constituições cujo texto positiva os direitos fundamentais e sociais”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. pp. 37/38

¹⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 37

Carbonell, pode-se falar não somente do Estado constitucional, mas de um Estado (neo)constitucional.¹⁶²

E se o positivismo jurídico nasce da superação/oposição das idéias jusnaturalistas, o neoconstitucionalismo nasce da superação/oposição de alguns dos postulados positivistas e de uma invasão da Constituição na legislação, doutrina, jurisprudência, ação dos atores políticos e das relações sociais.¹⁶³

Em artigo intitulado de “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico” Paolo Comanducci apresenta a superação do modo de ver a Constituição sobre três aspectos (dicotomias), um no que toca aos objetos e pretensões, um segundo quanto aos meios que a Constituição dispõe para o alcance de seus fins e um terceiro relacionado aos meios políticos para a realização de tais fins.¹⁶⁴

Quanto aos objetos e pretensões um constitucionalismo pode ser em sentido amplo ou restrito. Restrito na medida em que faz da Constituição um limitador do poder existente e amplo quando ultrapassa esta barreira e faz da Constituição garantidora de direitos e liberdades fundamentais.¹⁶⁵

Com relação aos meios dispostos no ordenamento, poderá a Constituição ser vista como um sistema institucional de *checks and balances*,

¹⁶² “Casi todos los autores incluidos en este libro están de acuerdo en que las modificaciones operadas sobre el modelo o paradigma del Estado constitucional son de tal entidad que ya puede hablarse de un Estado (neo)constitucional.” CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 9.

¹⁶³ GUASTINI, Ricardo. **La ‘constitucionalización’ del ordenamento jurídico: el caso italiano**. In: CARBONELL, Miguel. **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta. p. 49.

¹⁶⁴ COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. In: CARBONELL, Miguel. **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta. p. 76.

¹⁶⁵ COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. In: CARBONELL, Miguel. **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta. p. 76-77.

como forma de garantir o cidadão contra o poder estatal, ou, além disto, ser um sistema de regras para o exercício efetivo das garantias e direitos.¹⁶⁶

Destes preceitos conclui-se que uma teoria neoconstitucionalista vê na Constituição uma superação do antigo modelo liberal, esta deixa de ser meramente reguladora dos poderes do estado e da relação entre estes e os cidadãos. A Constituição, de escudo, passa a invadir o ordenamento e a vida política da nação, segundo Comanducci:

O modelo de sistema jurídico que emerge da reconstrução do neoconstitucionalismo está caracterizado, ademais, por uma Constituição 'invasora', pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais pela onipresença, na Constituição, de princípios e regras, e por algumas peculiaridades da interpretação e da aplicação das normas constitucionais em respeito à interpretação e aplicação da lei. Como teoria, o neoconstitucionalismo representa, por tanto, uma alternativa à teoria juspositivista tradicional: as transformações sofridas pelo objeto de investigação fazem que este reflita mais a situação real dos sistemas jurídicos contemporâneos.¹⁶⁷

Uma Constituição 'invasora' leva à indagação do que realmente seja isto. Guastini presta um esclarecimento a respeito e assume que a invasão constitucional no ordenamento jurídico pode ser verificada por sete condições, quais sejam: 1) a existência de uma constituição rígida; 2) garantia jurisdicional da Constituição; 3) a força vinculante da Constituição; 4) a interpretação da Constituição; 5) aplicação direta de normas Constitucionais; 6) a interpretação adequada das leis; 7) a influência da Constituição nas relações políticas.¹⁶⁸

Uma constituição rígida é aquela que conta com duas características fundamentais: a) é escrita; b) está protegida de revogação ou modificação, salvo mediante procedimento especial de revisão constitucional, mas

¹⁶⁶ COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. In: CARBONELL, Miguel. **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta. p. 77.

¹⁶⁷ COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. In: CARBONELL, Miguel. **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta. p. 83. Tradução livre.

¹⁶⁸ GUASTINI, Ricardo. **La 'constitucionalización' del ordenamento jurídico: el caso italiano**. In: CARBONELL, Miguel. **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta. p. 50-58.

complexo que aqueles ordinariamente aplicados às leis inferiores. Por sua vez, será mais acentuada a constitucionalidade de um sistema, se a Constituição apresentar princípios (explícitos ou implícitos) imutáveis, irrevogáveis, não sujeitos a quaisquer procedimentos de revisão constitucional.¹⁶⁹

A segunda condição trata da existência de um tribunal constitucional ou de outra forma de controle jurisdicional das leis frente à Constituição. Guastini arrola três modelos fundamentais de controle de constitucionalidade: a) *a posteriori* através de cada juiz nas sentenças a casos concretos, com efeito limitado às partes – modelo adotado pelo Brasil; b) *a priori* com uma decisão judicial de (in)constitucionalidade antes que a norma entre em vigor – modelo da França; c) *a posteriori* via tribunal constitucional com efeito *erga omnes* – modelo adotado pela maioria das nações ocidentais, inclusive o Brasil.¹⁷⁰

A terceira característica de um sistema jurídico invadido pela Constituição diz respeito à sua força vinculante, ou seja, os direitos fundamentais garantidores da relação entre Estado e cidadão, aos princípios gerais dirigidos à interpretação dos agentes públicos e da aplicação dos legisladores e às normas programáticas que conferem os direitos sociais, deve dar-se o *status* de jurídicas e não meras sombras de algo que virá. Segundo Guastini:

Em suma, segundo certas doutrinas, as Constituições não são mais que um ‘manifesto’ político cuja concretização é tarefa exclusiva do legislador: os tribunais não devem aplicar as normas constitucionais – carentes de qualquer efeito imediato – mas apenas as normas guardadas pelas leis.

Pois bem, um dos elementos essenciais do processo de constitucionalização é precisamente a difusão, no seio da cultura jurídica, da idéia oposta, é dizer, da idéia de que toda norma constitucional – independente de sua estrutura ou de seu conteúdo normativo – é uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos.¹⁷¹

¹⁶⁹ GUASTINI, Ricardo. **La ‘constitucionalización’ del ordenamento jurídico: el caso italiano**. In: CARBONELL, Miguel. **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta. p. 50-51.

¹⁷⁰ GUASTINI, Ricardo. **La ‘constitucionalización’ del ordenamento jurídico: el caso italiano**. In: CARBONELL, Miguel. **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta. p. 51-52.

¹⁷¹ GUASTINI, Ricardo. **La ‘constitucionalización’ del ordenamento jurídico: el caso italiano**. In: CARBONELL, Miguel. **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta. p. 53. Tradução livre.

Tal afirmação leva à próxima condição, a interpretação da Constituição que por sua vez diz respeito à postura dos intérpretes frente às normas constitucionais. A adoção de uma postura pobre, inclinada à uma interpretação literal, levará à conclusão de uma carta política igualmente pobre que irá regular apenas uma pequena parte da vida política e social deixando como consequência um vazio constitucional a ser preenchido pelo legislador com discricionariedade política, subtraída então do controle jurisdicional ante a ausência de qualquer parâmetro. Em contrapartida uma interpretação extensiva extrairá da Constituição “inúmeras normas implícitas, não expressas, idôneas para regular qualquer aspecto da vida social e política”, não haverá espaços vazios.¹⁷²

Em uma concepção liberal clássica, cuja expressão se resume no artigo 16 da Declaração de Direitos Humanos de 1789¹⁷³, a função da Constituição é a de regular e limitar o poder estatal e não a de regular relações de direito entre particulares, pelo que as normas constitucionais não se aplicam de forma direta pelos juízes a quem cabe apenas a aplicação da lei, a Constituição só será apta a gerar efeitos na vida social após convertida em leis ordinárias. A modificação desta idéia (da Constituição como normas indiretas na aplicação concreta de direitos para a Constituição como fonte direta de normas, a regular não somente os direitos de Estado e a relação deste com os cidadãos, mas também a relação entre particulares) perfaz-se na quinta condição de constitucionalização de um ordenamento: a aplicação direta das normas constitucionais.

A sexta condição de verificação de um Estado (neo)constitucionalizado é a interpretação, não da Constituição, mas das leis¹⁷⁴ a

¹⁷² GUASTINI, Ricardo. **La ‘constitucionalización’ del ordenamento jurídico: el caso italiano**. In: CARBONELL, Miguel. **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta. p. 54.

¹⁷³ “Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” FRANÇA. Assembléia Nacional. Declaração dos Direitos Humanos. 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-da-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 09 de dezembro de 2009.

¹⁷⁴ Leis em sentido genérico, incluindo nesta categoria: decretos, portarias, etc.

esta subordinadas. Diz respeito à interpretação das regras e princípios infraconstitucionais em harmonia com as diretrizes e mandamentos da Constituição. Segundo Guastini: “O efeito de tal interpretação é, obviamente, o de conservar a validade de uma lei que, de outra forma, deveria ser declarada inconstitucional”.¹⁷⁵

Por fim, uma sétima condição de um sistema jurídico invadido pela Constituição é a influência desta nas relações políticas. A Constituição invade as decisões políticas dos agentes públicos? É dizer, a Constituição está presente nas fundamentações e razões das ações públicas levadas a efeito? Uma resposta positiva demonstra um traço de constitucionalização.

Das afirmações de Guastini e Comanducci é possível a verificação que a categoria *neoconstitucionalismo* apresenta ao menos três acepções: a) a de um certo tipo de Estado de Direito, conformando um modelo de organização política; b) uma teoria do Direito, voltada à explicação das características deste modelo; e c) uma ideologia justificadora e defensora do modelo. Esta classificação é adotada por Sanchis como resposta à indagação: *que pode entender-se por Neoconstitucionalismo?* Do autor:

Neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporâneo ou, as vezes também, constitucionalismo rígido são expressões ou rubricas de uso cada dia mais difundido e que se aplicam de um modo um tanto confuso para aludir a distintos aspectos de uma presumivelmente nova cultura jurídica. Creio que são três as acepções principais. Em primeiro lugar, o constitucionalismo pode encarnar um certo tipo de Estado de Direito, designando por tanto o modelo institucional de uma determinada forma de organização política. Em segundo termo, o constitucionalismo é também uma teoria do Direito, mais concretamente aquela teoria apta para explicar as características do referido modelo. Finalmente, por constitucionalismo também cabe entender a ideologia que justifica ou defende a fórmula política assim designada.¹⁷⁶

¹⁷⁵ GUASTINI, Ricardo. **La ‘constitucionalización’ del ordenamento jurídico: el caso italiano**. In: CARBONELL, Miguel. **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta. p. 57. Tradução livre.

¹⁷⁶ GUASTINI, Ricardo. **La ‘constitucionalización’ del ordenamento jurídico: el caso italiano**. In: CARBONELL, Miguel. **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta. p. 123. Tradução livre.

O presente escrito se ocupa do neoconstitucionalismo como teoria do Direito, voltada ao debate das mudanças das constituições ocorridas pós-segunda guerra e pós-regimes ditatoriais, sobretudo a mudança de paradigma a ocupar a mente do intérprete, embora vez por outra os autores pesquisados tratem conjuntamente de todas as faces (política e jurídica – ou ainda uma terceira de cunho ideológico) o que acabará por refletir de uma forma ou outra no texto.

Em uma visão simplista, mas útil aos fins do presente trabalho, é o Neoconstitucionalismo a teoria do Direito que trata da transformação do Direito causada pelas Constituições contemporâneas, rígidas, garantidoras de direitos fundamentais e com força vinculante a todo sistema jurídico e a seus agentes.

Tal teoria, em muito de seus pontos visa superar o Positivismo Jurídico e a hermenêutica exerce papel fundamental neste objetivo. Para Streck a viragem lingüística-ontológica¹⁷⁷ trouxe conseqüências inegáveis ao

¹⁷⁷ “A reviravolta lingüística vai se concretizar como uma nova concepção da constituição do sentido. Esse sentido não pode mais ser pensado como algo que uma consciência produz para si independentemente de um processo de comunicação, mas deve ser compreendido como algo que nós, enquanto participantes de uma práxis real e de comunidades lingüísticas, sempre comunicamos reciprocamente, assinala D. Böhler, citado por Araujo, que acrescenta que essa virada rumo à explicitação de um caráter prático, intersubjetivo e histórico da linguagem humana tem forte sustentação em Wittgenstein, cuja posição é próxima da nova hermenêutica de matriz heideggeriana. Tanto Wittgenstein como em Heidegger, a linguagem passa a ser entendida, em primeiro lugar, como ação humana, ou seja, a linguagem é o dado último enquanto é uma ação fática, prática. Precisamente enquanto práxis interativa, ela não pode ser explicada como produto de um sujeito solitário, como ação social, mediação necessária no processo intersubjetivo de compreensão. É justamente aí, diz Araújo, que ocorre a mudança de paradigma: ‘o horizonte a partir de onde se pode e deve pensar a linguagem não é o do sujeito isolado, ou da consciência do indivíduo, que é o ponto de referência de toda a filosofia moderna da subjetividade, mas a comunidade de sujeitos em interação. A linguagem, enquanto práxis, é sempre uma práxis comum realizada de acordo com regras determinadas. Estas regras não são, contudo, convenções arbitrárias, mas são originadas historicamente a partir do uso das comunidades lingüísticas; são, portanto, costumes que chegam a tornar-se fatos sociais reguladores, ou seja, instituições. Tantas são as formas de vida existentes, tantos são os contextos praxeológicos, tantos são, por conseqüência, os modos de uso de linguagem, numa palavra, os jogos de linguagem. As palavras estão, pois, sempre inseridas numa situação global, que norma seu uso e é precisamente por esta razão que o problema semântico, o problema da significação das palavras, não se resolve sem a pragmática, ou seja, sem a consideração dos diversos contextos de uso. Poder falar significa ser capaz de inserir-se um processo de interação social simbólica de acordo com os diferentes modos de realização’. Cfe. Oliveira, Sobre fundamentação, op. cit., p. 53 e 54. (grifei).” ¹⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 61.

modo de interpretar *o* e *no* direito. Houve uma ruptura entre o antigo modo de pensar a interpretação como sujeito-objeto para o reconhecimento da linguagem que passa à condição de possibilidade, “passamos, pois, do fundamentar para o compreender”.¹⁷⁸ Segundo o autor brasileiro é neste ponto que o Neoconstitucionalismo poderá superar o positivismo, ante a proposta de uma nova hermenêutica que, superando o velho modo de ver o Direito, estará voltada à realidade e aos conflitos sociais, na qual a ciência prática toma lugar da ciência meramente especulativa¹⁷⁹.

Por fim, embora o presente título apresente um esforço para identificar o que seja o Neoconstitucionalismo, necessária a advertência de Carbonell:

O que há de ser o neoconstitucionalismo em sua aplicação prática e em sua dimensão teórica, é algo que está por ver-se. Não se trata, como se acaba de apontar, de um modelo consolidado, e talvez sequer possa chegar a estabilizar-se em curto prazo, pois contém em seu interior uma série de equilíbrios que dificilmente podem chegar a conviver sem problemas.¹⁸⁰

Mas embora uma dimensão teórica do neoconstitucionalismo se apresente em constante construção, alguns de seus postulados podem ser identificados em autores que claramente visam superar o antigo modelo positivista no que segue a presente dissertação na apresentação do resultado de pesquisa sobre a validade das normas jurídicas, o papel do intérprete e a função ocupada pela Constituição.

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 334.

¹⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 334-335.

¹⁸⁰ CARBONELL, Miguel. **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta. p. 11. Tradução livre.

2.3 VALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

A dimensão da validade das leis em uma teoria neoconstitucional vai além da verificação de regularidade formal. Enquanto o positivismo jurídico confere à Constituição, como livro supremo de regras, um posicionamento formal dentro do sistema, sem conferir a esta um papel crítico de projeção de valores, na qual a validade das regras é verificada quanto à forma de sua inserção no ordenamento jurídico as teorias neoconstitucionais apregoam que os critérios de validade passam pelo papel crítico e de projeção assumido pelas constituições contemporâneas¹⁸¹ e não apenas pela formalidade quando de seu nascimento.

A visão do Positivismo Jurídico do Direito como objeto de uma ciência puramente especulativa e, portanto livre de quaisquer questões de justiça, como já abordado anteriormente, não foi capaz de responder a vários eventos do mundo jurídico e da vida. Não é o Direito tal como a matemática ou a física, pelo que Zagrebelsky adverte:

As ciências puramente especulativas (independentemente da questão de quais sejam e, todavia antes, se existem) se assumem em posição reflexiva frente a um objeto para elas estranho e são, portanto, exoneradas de um problema deste tipo. Para elas se trata de conhecer, não de compreender. No caso do direito não é assim. A ciência jurídica é continuamente chamada ao terreno da identificação de si mesma através de suas próprias tarefas e de seu próprio sentido. Deste modo, é atraída ao mundo da variabilidade e se situa frente à responsabilidade de dar respostas historicamente adequadas – o que signifique esta expressão é outra questão – aos problemas que lhe vão surgindo.¹⁸²

O mero conhecimento do objeto (direito), alheio à sua compreensão, não confere autonomia, antes o isola, do mundo da vida e dos conhecimentos que o cercam, por sua vez, as teorias neoconstitucionais conferem autonomia ao Direito, mas não alheia ao intercâmbio com a política, a

¹⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho**. Tradução do italiano ao espanhol de Pilar Allegue. Em: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 18.

¹⁸² ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. p. 29. Tradução livre.

economia e a moral¹⁸³. Um intérprete alheio de seu mundo, alheio à justiça, voltado ao mero conhecimento do direito posto poderá ser um excelente técnico do direito, mas dificilmente um aplicador de direitos. O alcance da justiça não é impraticável como defendia Kelsen, antes é algo a ser perseguido. Dentre as lições de Dworkin:

O melhor que fazemos é trabalhar, abertamente e com boa vontade, para que o argumento nacional de princípio oferecido pela revisão judicial seja o melhor argumento da nossa parte. Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem de profecia. Chamo isto de Direito.¹⁸⁴

Surge então a seguinte indagação: É possível um conceito racional de justiça? Segundo teoria defendida por Melo¹⁸⁵, se delimitado o objeto de pesquisa sobre Justiça como “valor atribuído através de manifestação social”, faz-se possível a obtenção de conceitos “relativamente unívocos e assentados em padrão de racionalidade”. O autor arrola quatro concepções de Justiça que se complementam, sendo estas: a) o ideal político de liberdade e igualdade; b) a norma como resposta aos anseios da sociedade; c) a norma adequada ao conhecimento científico; c) a legitimidade ética.

Sob esta ótica, a norma que impedir ou diferenciar a liberdade dentre os membros da sociedade, ou criar condições de desigualdades, será injusta, assim como será injusta a lei que vá ao desencontro das reivindicações da sociedade, ou que contrariem conhecimento científico já empiricamente demonstrado, ou ainda que conflitem com a norma da moral.

¹⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 330.

¹⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 103.

¹⁸⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 108.

Ora, tal proposta vedada no campo positivista é uma proposta a ser debatida em tempos de neoconstitucionalismo. A justiça deixa de ser mera coincidência e passa a ser objeto desejável na *práxis* do Direito.

E a visão de insuficiência da mera formalidade no exame da validade dos textos legais tende a aprimorar a própria democracia, segundo Melo:

As experiências sociais contínuas sobre os mesmos fatos e valores, numa sucessão e juízos que se vão selecionando e, a partir daí, se cristalizando, produzem imagens do justo e do injusto, do socialmente útil e do socialmente inútil. Tais imagens ficam expostas à influência de discursos diferentes, cujos fundamentos são absorvidos total ou parcialmente. A opinião pública, quando o ambiente político a deixa livre, começa a vaziar impressões, aspirações, aprovações e vetos.¹⁸⁶

Se uma lei é válida formalmente, portanto vigente, não necessariamente significa que será válida materialmente, dependerá ainda de seu conteúdo, analisado sob a luz dos preceitos constitucionais, então é lógica a conclusão que a vigência não há que se confundir com a validade. E se a interpretação de uma norma passa a considerar a realidade social e a realidade de uma Constituição voltada à realização do coletivo (o princípio republicano é um bom exemplo), o texto da lei não há que se confundir com a norma, que será então o resultado da interpretação sob um viés constitucional. Segundo a lição de Streck:

[...] a partir dessa (nova) hermenêutica, vigência e validade (de um texto) não podem mais ser entendidos de forma entificativa, isto é, *não é mais possível pensar na equiparação entre vigência e validade, como se a vigência fosse o ente, e a validade, o seu ser*. Tampouco o texto será equiparado à norma. Não! A norma será sempre o resultado da interpretação do texto. Mas, e aqui reside o *plus* que a ontologia fundamental pode trazer a esse debate, *o texto não subsiste separadamente da norma*, d'onde é necessário não confundir a equiparação entre texto e norma, com a necessária *diferença* (que é ontológica) entre ambos.¹⁸⁷

¹⁸⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 93.

¹⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 225.

Portanto, não há mais que se confundir o texto com a norma que enuncia (que em um mundo pluralista poderá variar dentre as várias interpretações possíveis), tampouco a validade com a vigência, categorias sinônimas nas teorias positivistas.

Necessária a anotação que os valores a serem buscados pelo intérprete não são idéias soltas no tempo e no espaço¹⁸⁸, a inclusão da busca de justiça no exame da validade material não é autorizadora de discricionariedades ou decisionismos, o que leva ao debate do papel do intérprete (que ocupará espaço no item 2.3 deste trabalho) e à construção teórica iniciada por Dworkin¹⁸⁹ divisora das normas em regras e princípios¹⁹⁰.

A verificação de validade de regras resolvia-se, nas teorias positivistas, com uma fórmula de três passos (ver item 1.2), sendo que a visão do direito como simples regras resultava na simplicidade da constatação, contudo, uma nova ótica sobre um ordenamento jurídico composto não apenas por regras, mas também por princípios afasta a possibilidade da simples afirmação: válido/inválido¹⁹¹, com a exclusão do ordenamento jurídico do inválido.

¹⁸⁸ “Os princípios jurídicos, princípios de direito, não são resgatados fora do ordenamento jurídico, porém descobertos no seu interior.” GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 70.

¹⁸⁹ ATIENZA, Manuel. RUIZ, Juan. **Las piezas del derecho – Teoría de los enunciados jurídicos**. 2ª ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2004.

¹⁹⁰ “é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a única que lhe dá sentido harmônico”. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 32. – citando a obra: **Ato Administrativo e Direitos dos Administrados**, São Paulo, Ed. RT, 1980, p. 87;

¹⁹¹ ... o positivismo chega a uma falsa tese da autonomia, porque entende o direito como um sistema fechado de regras específicas de aplicação, as quais tornam necessárias, em caso de colisão, uma decisão em termos de ‘tudo ou nada’ por parte do juiz. Ora, a representação *unidimensional* do direito, como um sistema de regras destituído de princípios, impõe a seguinte conclusão: colisões entre regras geram uma indeterminação da situação jurídica, que só pode ser superada decisionisticamente. Entretanto, quando se admite princípios – e se os reconhece como componentes *normais* do discurso jurídico, não temos mais o problema do fechamento do sistema de regras, nem o da não-solucionabilidade de conflitos de regras. ¹⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre factidade e validade**. Volume 1. 2 ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 259.

O presente texto não se propõe ao exame minucioso dos debates surgidos a partir do texto de Dworkin, tampouco a buscar pontos de concordância ou discordância quanto aos sentidos possíveis dos princípios ou o que diferencia estes das regras ou ainda, questão de maior dificuldade, qual a solução para a colisão de princípios, contudo não se exime de arrolar algumas características que diferenciam estes das regras, a iniciar pela própria descrição do filósofo norte-americano.

Conforme já visto, na teoria proposta por Dworkin, o teste que denomina como “teste de pedigree”, apto à verificação da validade de regras, não se faz adequado à verificação de validade dos princípios. Tal afirmação em parte nasce da diferenciação entre os dois institutos.

Dworkin, ao refutar a composição do ordenamento jurídico exclusivamente por regras (o que demonstrou com julgados norte-americanos), faz revelar a importância de princípios no ordenamento jurídico, e arrola a distinção entre estes e as regras sob dois aspectos: a) as regras se aplicam à “maneira do tudo-ou-nada”¹⁹², enquanto os princípios “não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”¹⁹³; b) as regras são “*funcionalmente* importantes ou desimportantes”¹⁹⁴, enquanto os princípios apresentam uma dimensão de peso e importância.

Em outras palavras, para Dworkin, as regras, caso válidas, são mandamentos de observância obrigatória ou, caso não válidas, não serão observadas. Ou são válidas e se aplicam, ou são inválidas e não se aplicam. Por sua vez, os princípios poderão não ser aplicados¹⁹⁵, nem por isso serão

¹⁹² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 39.

¹⁹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 40.

¹⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 43.

¹⁹⁵ Tal afirmação não significa, nem de perto, que os princípios se façam como uma opção ao intérprete apenas em casos que a regra não satisfaça suas necessidades, como alternativa a uma lacuna da lei ou para se dispor no caso de antinomias. Os princípios, conforme as condições de

declarados inválidos (proscritos). Enquanto duas regras que regulem os mesmos fatos não poderão subsistir no ordenamento jurídico, dois princípios coexistirão (uma sociedade pluralista¹⁹⁶ está a exigir tal postura no direito¹⁹⁷).

Em um mesmo norte as palavras de Robert Alexy:

“[...] normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então é de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Por tanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível, enquanto princípios: ‘ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por tanto, os princípios são mandados de otimização que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais senão também das jurídicas.’”¹⁹⁸

Ao longo do tempo e de reflexões outras distinções entre regras e princípios foram acrescentadas à teoria neoconstitucionalista, como as propostas de Canotilho¹⁹⁹ e Atienza²⁰⁰ nas quais é possível verificar um caminhar para uma visão de princípios que em maior grau clamam por realização. Nos

um ordenamento jurídico constitucionalizado apregoada por Guastini (ver item 2.1), devem vincular o direito na sua criação e interpretação.

¹⁹⁶ “sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia**. Tradução de Maria Gascón. Madrid: Trotta, 1995. p. 13. Tradução livre.

¹⁹⁷ “La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia**. Tradução de Maria Gascón. Madrid: Trotta, 1995. p. 14.

¹⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86/87. Tradução livre.

¹⁹⁹ Canotilho arrola uma série de diferenças com base em algumas acepções (quanto ao grau de abstração, grau de determinabilidade, proximidade da idéia de direito, grau de fundamentabilidade, função normogénica) em CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1034-1035.

²⁰⁰ Atienza e Ruiz arrolam uma série de sentidos à categoria princípio jurídico (em sentido de norma geral, em sentido de normas vagas, em sentido de norma programática, em sentido de normas que expressam valores superiores, em sentido de normas dirigida aos órgãos jurídicos e em sentido de regulador do ordenamento jurídico como sistema) para propor então uma classificação que distingue regras de princípios, contudo classificando estes últimos em princípios em sentido estrito (de cumprimento obrigatório) e diretrizes mandatos de otimização).²⁰⁰ ATIENZA, Manuel. RUIZ, Juan. **Las piezas del derecho – Teoría de los enunciados jurídicos**. 2ª ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2004.

escritos dos autores pátrios, destacamos este crescimento gradual de importância nas palavras de Streck:

“... a **violação de um princípio passa a ser mais grave que a transgressão de uma regra jurídica** (no dizer de Bandeira de Mello), *representando a violação de um princípio* constitucional na ruptura da própria Constituição, tendo essa inconstitucionalidade consequências muito mais graves do que a violação de um simples dispositivo, mesmo constitucional (na acepção de Souto Maior Borges), tudo porque – e não deveria haver qualquer novidade nisto – *todos os dispositivos constitucionais são vinculativos e têm eficácia*, podendo-se afirmar, com Canotilho, que **hoje não há normas (textos jurídicos) programáticas**. As assim denominadas ‘normas programáticas’ não são o que lhes assinalava a doutrina tradicional: ‘simples programas’, ‘exortações morais’, ‘declarações’, ‘sentenças políticas’, etc., juridicamente desprovidas de qualquer vinculariedade; **às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes dos preceitos da Constituição**.²⁰¹, embora isto não signifique que tais normas sejam (que não precisam de regulamentação), ao contrário vinculam o legislador e os órgãos concretizadores e impedem quaisquer atos executórios ou legislativos que as contrariem. (grifo nosso).

Também de Lenio Streck o resgate da importância do debate (divisão das normas entre regras e princípios), que nasce da crítica da pregação do positivismo jurídico de uma possível arbitrariedade do intérprete, voltado à própria consciência e alheio ao mundo que o cerca e apresenta como função justamente evitar as discricionariedades e decisionismos, eis uma função dos princípios:

Não se pode esquecer que toda essa discussão deita raízes no debate/enfrentamento do (neo)constitucionalismo com o (velho) positivismo (que possui as mais variadas faces). Com efeito, o positivismo acredita que o mundo pode ser abarcado pela linguagem e que a regra – no plano do direito – abarca essa ‘suficiência do mundo’, isto é, a parte do mundo que deposita na regra as universalidades conceituais que pretendem esgotar a descrição da realidade. Na insuficiência daquela parte da linguagem para fornecer as respostas, chama-se à colação a subjetividade do intérprete, que, de forma solipsista, levanta o véu que ‘encobre’ a resposta que a regra não pôde dar. A diferença

²⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 253-254.

entre a regra (positivista) e o princípio é que este está contido naquela, atravessando-a, resgatando o mundo prático. Na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre sobra algo – *o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro.*²⁰²

Princípios, embora apresentem diferenças quanto às regras, em uma visão constitucionalista, invadem o ordenamento jurídico e não são meras *exortações morais*, são nortes constitucionais necessários em uma sociedade complexa e pluralista e impossível que se lhes aplique os testes positivistas de validade, inclusive quanto ao conflito entre regras, o que leva à indagação: como resolver o problema do conflito entre princípios? Várias são as respostas teorizadas, quer sob aspectos qualitativos, quer sob aspectos de gradação. Conforme já dito, tal debate não interessa ao presente escrito, que se serve apenas da visão de Zagrebelsky, para quem os princípios constitucionais não guardam valores absolutos sobre outros princípios, antes devem ser conciliados tanto quanto possível²⁰³.

2.4 PAPEL DO INTÉRPRETE

Em um contexto de complexidade social, pós-nazismo e ditaduras e, sobretudo diante de um constitucionalismo moderno, no qual as constituições apresentam uma série de princípios garantidores de direitos individuais e coletivos, o Poder Legislativo perde forças e o Poder Judiciário é

²⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 114.

²⁰³ “Se cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos seria imposible admitir otros juntos a ellos. Es el tema del conflicto de valores, que querríamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciliabilidad. En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un solo valor y de um solo principio, sino la salvaguardia de vários simultáneamente. El imperativo teórico de no contradicción – válido para la *scientia juris* – no debería obstaculizar la labor, própria de la *jurisprudencia*, de intentar realizar *positivamente* la ‘concordância prática’ de las diversidades e incluso de las contradicciones que, aun siendo tales en teoria, no por ello dejan de ser deseables em la práctica. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia**. Tradução de Maria Gascón. Madrid: Trotta, 1995. p. 16.

incluído no espaço da Política²⁰⁴. O Estado Democrático de Direito está a exigir dos magistrados e também dos membros do Ministério Público um papel político²⁰⁵, como forma da instalação da prometida democracia e como resposta à insuficiência do ordenamento positivado para solução dos conflitos. Segundo Streck:

O Conceito de Estado Democrático de Direito²⁰⁶ aqui trabalhado pressupõe uma valorização do jurídico, e, fundamentalmente, exige a (re)discussão do papel destinado ao Poder Judiciário neste novo panorama estabelecido pelo constitucionalismo pós-guerra, mormente em países como o Brasil, cujo processo constituinte assumiu uma postura que Cittadino denomina de ‘comunitarista’, onde os constitucionalistas lutaram pela incorporação dos compromissos ético-comunitários na Lei Maior, buscando não apenas reconstruir o Estado de Direito, mas também ‘resgatar a força do Direito’, cometendo à jurisdição a tarefa de guardião dos valores materiais positivados na Constituição.

Porém, é certo que a mera elaboração de um texto constitucional recheado de direitos e princípios não se entranham em uma sociedade por si só, é necessário que os Poderes do Estado assumam a nova concepção de Direito²⁰⁷, e diante da inércia dos poderes Executivo e Legislativo, caberá ao Judiciário e aos Membros do Ministério Público a tomada de decisões/ações necessárias ao cumprimento do ideário da Constituição. A esfera de tensão passa dos procedimentos políticos para os jurídicos²⁰⁸.

²⁰⁴ VIANNA, Luiz Werneck... [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil** – Rio de Janeiro. Revan, 1999. p. 22.

²⁰⁵ Não há que se confundir aqui o termo “político” com a política pessoal ou partidária, mas sim como o ato instrumento de tomada de decisões sobre princípios, liberdade, presunção de inocência, etc.

²⁰⁶ “Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 35

²⁰⁷ “É que ler a Constituição não sacia nem a fome, nem a sede, sendo necessário mais. E o futuro depende dessa decisão: concretizar a Constituição!” ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes. Capítulo 3 – Kafka e Teoria Geral do Garantismo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2006. p 92.

²⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 38

O Poder Judiciário está a assumir papel de maior relevância frente a paradigmas anteriores, como o Positivismo, e isto é ponto comum no pensamento do Direito contemporâneo neoconstitucionalista e consequência lógica do que seja um Estado Democrático de Direito voltado para o cumprimento de direitos fundamentais. Para Streck:

Com efeito, do Estado Liberal já passamos – formalmente – por um Estado Social (não realizado) e, a partir de 1988, passamos a ter uma Constituição que instituiu o Estado Democrático de Direito. *Este é o cerne de uma crise de dupla face, conforme anteriormente explicitado, que pode ser denominada crise de paradigma*, no interior da qual a atividade judicial é concebida, como bem detecta Faria, como simples “administração da lei por uma instituição tida como ‘neutra’, ‘imparcial’ e ‘objetiva’”, ficando o intérprete/aplicador convertido num mero técnico do Direito positivo. Como o que importa não é a explicação, a compreensão e a orientação dos comportamentos jurídicos, e sim a tipificação e sistematização de situações normativas hipotéticas, ao agir de modo ‘técnico’, isto é, sem preferências valorativas e imune às paixões políticas, o juiz não se limita a atuar tendo em vista apenas a consecução das garantias formais, da certeza jurídica e do império da lei, postulados fundamentais do modelo/paradigma liberal-burguês do Estado de Direito; ele também desempenha o papel de um profissional competente na integração dos atores considerados ‘disfuncionais’ na vida social.²⁰⁹

Uma atividade de interpretação neutra, apolítica, fruto de uma visão científicizada do Direito, não atende as expectativas das teorias neoconstitucionais (tampouco as expectativas de uma população). Dworkin adentra no tema do papel do intérprete sob a indagação:

“os juízes devem decidir casos valendo-se de fundamentos políticos, de modo que a decisão seja não apenas a decisão que certos grupos políticos desejariam, mas também que seja tomada sobre o fundamento de que certos princípios de moralidade política são corretos”?²¹⁰

Como parte da resposta o autor apresenta duas concepções de estado de Direito, àquela ancorada sob a primazia do texto da lei (positivismo)

²⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 64 – cfe FARIA, José Eduardo. O poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1995. p. 29-30.

²¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 3.

a que chamou de “centrada no texto legal”, concepção seguidora fiel do “livro de regras” e uma segunda concepção a que denominou de “centrada nos direitos” (defendida pelo autor).

Após refutar a concepção positivista de Estado de Direito centrada no texto legal, conforme já descrito quando do título críticas ao positivismo, Dworkin apresenta argumentos de solução ao papel do intérprete, sem demonizar o texto da lei²¹¹, mas acrescentando-lhe o que o positivismo lhe recusara, a força da justiça e a vinculação do intérprete a um sistema jurídico, mesmo perante a ausência de normas com texto suficiente claro para a solução dos conflitos.

O papel político do juiz quando da interpretação é imanente às suas decisões, e Dworkin propõe um teste para aferirmos tal afirmação: “Se minhas afirmações sobre o papel da política na interpretação jurídica são fundadas, devemos esperar descobrir opiniões claramente liberais, radicais ou conservadoras não apenas sobre o que a Constituição e as de nossa nação deveriam ser, mas também sobre o que são”.²¹²

Os exemplos listados como resposta pelo autor podem ser dispensados, basta a verificação no solo brasileiro, a presente dissertação demonstrará isto quando de seu terceiro capítulo. Quatro decisões do Supremo Tribunal Federal são listadas, duas mostram-se conservadoras e negam habeas corpus e nulidade de processo diante do uso de algemas em presos provisórios, enquanto duas das decisões concederam a ordem. A resposta é positiva e sim, os juízes utilizam de fundamentos políticos em suas decisões, sobretudo em casos controversos.

²¹¹ “A questão política, para a concepção centrada nos direitos, é certamente algo presente nas controvérsias judiciais, no mínimo sob a indagação (a ser respondida pelo intérprete) se o queixoso tem o direito moral de receber no tribunal aquilo que exige, sendo que certo que “o texto jurídico é relevante para essa questão final. Numa democracia, as pessoas têm, pelo menos, um forte direito moral *prima facie* a que os tribunais imponham os direitos que o legislativo aprovou.” DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 14.

²¹² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 246.

Se o papel do judiciário passa a apresentar maior importância no sistema e um papel político necessário o debate sobre a discricionariedade – como evitar decisionismos?

Importa anotar que os argumentos de Dworkin, no que tange aos casos controversos, incluem uma força superior ao ordenamento jurídico que aquela pregada pelo próprio positivismo, e o faz ao afastar a possibilidade de arbítrio das decisões judiciais. Para o filósofo norte americano:

Um juiz que segue a concepção do Estado de Direito centrada nos direitos tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso. Mas ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras.”²¹³

Logo, embora as decisões, em quaisquer casos, carreguem consigo uma carga política (juízo de valor), mesmo diante da ausência de normas jurídicas ou de contradição entre estas não estará o intérprete juiz autorizado a decidir conforme próprio arbítrio, sem preocupar-se com a aplicação de princípios autorizadores de sua decisão. Por sua vez tais princípios não são aleatórios mas extraídos do próprio sistema.

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral...”²¹⁴

Tal assertiva merece o esclarecimento de que a categoria “política” utilizada na afirmação acima citada traz consigo o significado de um “tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria

²¹³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 15.

²¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 101.

em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”²¹⁵, enquanto a categoria “princípio” identifica: “um padrão que deve ser observado, não por que vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”²¹⁶.

O intérprete juiz deixa então de ser discricionário em sentido grave para estar vinculado a um sistema não apenas de regras, mas de princípios que deverão ser observados. Para Dworkin mesmo que nenhuma regra regule o caso o intérprete juiz deve buscar o direito a ser adequadamente distribuído entre as partes, sendo incabível a invenção de novos direitos.²¹⁷

Streck também utiliza a estrutura de divisão das normas entre regras e princípios como argumento de defesa a uma não arbitrariedade do intérprete, que deve sim estar vinculado aos mandamentos constitucionais de conteúdo, segundo o autor:

[...] não se pode substituir a discricionariedade (subjetivista), que sustentou o positivismo, por um novo tipo de discricionariedade, que – *fosse admitida* – teria um terreno muito mais fértil para se instalar nesta quadra do tempo, uma vez que, *vistos a partir de uma perspectiva metafísica*, os princípios parecem possuir textura bem mais ‘aberta’ que o velho modelo de regras do positivismo. É neste ponto que a teoria do direito deve dar um salto, adequando-se ao novo perfil assumido pelo direito (que será/deverá sempre um direito constitucional e produzido democraticamente).²¹⁸

²¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 36.

²¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 36.

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 127.

²¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 340.

Uma boa síntese de idéias neoconstitucionais quanto à discricionariedade do intérprete é a afirmação de Streck: “[...] **a discricionariedade não se relaciona bem com a democracia.**”²¹⁹ (grifo nosso)

Em uma postura neoconstitucionalista, frente as idéias de Dworkin e Streck acima lançadas, não há discricionariedade judicial (ao menos em sentido grave) e o intérprete juiz exerce um papel político. Mas uma vez lançada a hipótese de que o juiz exerce papel político quando de suas decisões pergunta-se qual este papel?

Como instrumento útil à resposta da indagação acima Vianna²²⁰ apresenta dois eixos analíticos, separação adotada também por Streck²²¹, o Procedimentalismo e o Substancialismo.

Em sendo o objeto do presente escrito a verificação de qual teoria estaria a embasar a Súmula Vinculante de n. 11, que como será visto tratou de, mediante interpretação de regras e princípios, criar regra jurídica nova, possível o pronto descarte de que o mote teórico tenha sido procedimentalista, eis que tal pensamento capitaneado por autores como Habermas e Garapon faz crítica à idéia de “concretização dos valores materiais constitucionais, aludindo que, ‘ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais dados

²¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 348.

²²⁰ VIANNA, Luiz Werneck... [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro. Revan, 1999. p. 24.

²²¹ “qual a relação entre o direito e a política? (...) é possível assentar o problema a partir de dois eixos analíticos: *o procedimentalismo e o substancialismo*. Muito embora procedimentalistas e substancialistas reconheçam no Poder Judiciário (e, em especial, da justiça constitucional) uma função estratégica nas Constituições do pós-guerra, a corrente procedimentalista, capitaneada por autores como Habermas, Garapon e Ely, apresenta consideráveis divergências com a corrente substancialista, sustentada por autores como Cappelletti, em alguma medida por Dworkin e no Brasil por juristas como Paulo Bonavides, Celso Antonio Bandeira de Mello, Ingo Sarlet, José Adércio Sampaio, Fábio Comparato, entre outros. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. pp. 38/39

preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária²²².

Para Habermas, o papel do Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, é o de garantir o processo de criação democrática do Direito, zelando para que os cidadãos tenham meios para verificação de seus problemas e meios políticos para a solução²²³.

Por conclusão lógica, a criação de ordenamento novo (extensão da restrição do uso de algemas em todos os casos em face do princípio da dignidade da pessoa humana) não atende o paradigma habermasiano, pelo que segue a análise de postulados neoconstitucionais somente quanto à base teórica substancialista.

Em que pese que ambos os eixos analíticos reconheçam no Poder Judiciário instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitadas à função de mera declaração de direitos individuais ou equilíbrio entre os demais poderes, mas realizador dos textos constitucionais.²²⁴

Contudo, se no Estado Democrático de Direito o Poder Judiciário assume novo papel na vida política, é na corrente de pensamento substancialista que a voz dos Juízes apresenta maior alcance.

“Na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos Poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *cheks and balances*, ou seja, como bem lembra Vianna, mais do que

²²² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 40

²²³ “É por isso que no Estado Democrático de Direito, os Tribunais Constitucionais devem adotar uma compreensão procedimental da Constituição. Habermas propõe, pois, que *o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito*. O Tribunal Constitucional não deve ser uma guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve, sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 41

²²⁴ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil ...** [et al]. – Rio de Janeiro. Revan, 1999. p. 37-38.

equilibrar e harmonizar os demais poderes, o judiciário, na tese substancialista, deve assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente...”²²⁵

Ou ainda:

“Dito de outro modo, na esteira das teses substancialistas, entendo que o Poder Judiciário (especialmente a justiça constitucional) deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absenteísta, própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira”²²⁶.

Portanto, o modelo substancialista apresenta o Poder Judiciário como intervencionista, guardião dos direitos fundamentais positivados na Constituição e afastado das anteriores disposições positivistas de interpretação de normas. Deste entendimento não se afasta Rosa, para quem é dever maior do intérprete a concretização da Magna Carta na maior extensão possível, sobretudo quanto aos direitos fundamentais.²²⁷

Tal postura do intérprete, realizador da Constituição, para Streck, passa pela adoção de uma nova hermenêutica, não mais confundida com um conjunto de métodos voltados ao descobrimento da verdade e das certezas jurídicas. A hermenêutica deixa de ser método para ser filosofia. A interpretação não mais terá na linguagem uma terceira coisa a se postar entre o sujeito e o objeto. Antes a linguagem ocupa espaço como *condição de possibilidade e constituidora do mundo*, sob tais condições:

[...] o intérprete falará a partir da tradição, de uma situação hermenêutica. É impossível o intérprete situar-se fora da tradição. O mundo dizível é o mundo linguisticizado. Daí a noção de compreensão enquanto condição de possibilidade da interpretação. *No compreendido está o compreendedor*. Cada

²²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 43

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 48

²²⁷ ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2006. p 93.

interpretação é uma nova interpretação. Cada texto jurídico gera novos sentidos. Por isso é impossível reproduzir sentidos; sempre atribuímos (novos) sentidos.”²²⁸

Ante tal proposta hermenêutica, os fatos sociais não estarão separados do intérprete, como algo alheio à interpretação, não se pode mais falar em uma relação sujeito-objeto, que dá lugar a uma relação sujeito-sujeito.²²⁹

2.5 FUNÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Em uma teoria positivista a Constituição exercia as funções de organizadora dos poderes de Estado, protetora dos cidadãos contra este mesmo Estado, limitadora e orientadora (formal) do legislador e paradigma maior de validade formal das regras jurídicas.

Contudo ante uma sociedade cada vez mais pluralista²³⁰ e vazia de instituições unificadoras (como a igreja), *carente de um processo de interpretação integrado à realidade*²³¹, as teorias neoconstitucionais vêem na Carta Magna uma ampliação de suas funções, estendidas a uma realização de direitos sociais de antes vistos apenas como desejáveis para contemporaneamente vistos como juridicamente realizáveis.

²²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 222.

²²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 225.

²³⁰ “Quanto maior for a complexidade da sociedade e quanto mais se ampliar a perspectiva restringida etnocentricamente, tanto maior será a pluralização de formas de vida e a individualização de histórias de vida, as quais inibem as zonas de sobreposição ou de convergência de convicções que se encontram na base do mundo da vida; e, na medida de seu desencantamento, decompõem-se os complexos de convicções sacralizadas em aspectos de validade diferenciados, formando os conteúdos mais ou menos tematizáveis de uma tradição diluída comunicativamente. Antes de tudo, porém, os processos da diferenciação *social* impõem uma multiplicação de tarefas funcionalmente especificadas, de papéis sociais e de interesses, que liberam o agir comunicativo das amarras institucionais estreitamente circunscritas, ampliando os espaços de opção, o que implica uma intensificação das esferas do agir orientado pelo interesse do sucesso individual”. ²³⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre factidade e validade**. Volume 1. 2 ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 44.

²³¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 30.

A Constituição continua sendo um documento histórico e a Lei maior do sistema jurídico e político, contudo assume função realizadora da própria democracia, estatuto privilegiado de um processo democrático da legislação e da interpretação jurídica. Para Habermas:

Toda constituição histórica desenvolve uma dupla relação com o tempo: enquanto o documento histórico, ela relembra o ato de fundação que interpreta (ela marca um início no tempo e, simultaneamente, enuncia o ser caráter normativo, ou seja, relembra que a tarefa de interpretação e de configuração do sistema dos direitos se coloca para cada geração, *como uma nova tarefa*); enquanto projeto de uma sociedade justa, a constituição articula o horizonte de expectativas de um futuro antecipado no presente. E sob a ótica desse processo constituinte, duradouro e *contínuo*, o processo democrático da legislação legítima adquire um estatuto privilegiado.²³²

Em uma visão neoconstitucionalista a Constituição deixa de ser reguladora formal, para ser realizadora de direitos, sobretudo os tidos como fundamentais, uma interpretação diversa seria: “uma interpretação de estilos arquitetônicos que afirmasse que a catedral de Chartres não é gótica, ou uma interpretação de Hamlet que ignorasse o príncipe”.²³³

Para tanto, necessário a superação da busca positivista pela vontade do legislador constituinte, ou nas palavras de Dworkin das interpretações constitucionais que tomam por decisiva a *intenção dos ‘fundadores’ da Constituição*²³⁴. Uma teoria que limita a interpretação à idéia do constituinte estará fadada ao fracasso, limitará a Constituição ao seu papel histórico²³⁵, negando a sua idéia de presente e futuro.

A Constituição não é um escrito de amontoado de vontades de legisladores de uma determinada época a ser consultado vez por outra é,

²³² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre factidade e validade**. Volume 2. 2 ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 119.

²³³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 49.

²³⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 49.

²³⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 55.

antes emanadora de princípios que irradiam sobre o poder político e sistema jurídico da nação e alguma parte de qualquer “teoria constitucional tem de ser independente das intenções, convicções ou mesmo atos das pessoas que a teoria designa como constituintes. Alguma parte deve ter força própria na teoria política ou moral.”²³⁶ . De Cruz a seguinte lição:

“No Brasil, como em outros países da banda ocidental, os princípios constitucionais, por serem a expressão dos valores fundamentais da Sociedade criadora do Direito, fazem com que a Constituição não seja somente um aglomerado de normas jurídicas, e sim, a concretização dos valores daquele ordenamento jurídico, devendo haver uma total harmonia entre os princípios e regras, por serem essas, espécies do gênero norma”²³⁷ (fl. 14);

Um novo modelo de Constituição, que supera um sistema de igualdade formal e visa uma igualdade material²³⁸, assumindo um papel de mãe e defensora da democracia²³⁹, perante o qual a pluralidade/realidade social se instala no processo de interpretação. Uma Constituição vista sob esta ótica é mais que um mero paradigma ao legislador na elaboração de leis ou ainda para o intérprete julgador e membros do Ministério Público quando de seus afazeres jurídicos, é antes um “instrumento de ação concreta do Estado”²⁴⁰. É uma “forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-principiológico”.²⁴¹

²³⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 75.

²³⁷ CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. Sobre o Princípio Republicano. **Novos Estudos Jurídicos**. Revista quadrimestral do programa de pós-graduação *stricto sensu* em ciência jurídica da Univali. Volume 13, n. 1/2008. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1226/1029>. Acesso em: 09 de dezembro de 2009.

²³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 296.

²³⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 476.

²⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 35.

²⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 37

A mudança de paradigma proposta por Streck passa pela visão da Constituição como espaço garantidor das relações democráticas entre estado e a sociedade. “Constituição significa *constituir* alguma coisa; é fazer um pacto, um contrato, no qual toda a sociedade é co-produtora”²⁴². A Constituição estabelece o Estado Democrático de Direito, é o cerne de um pacto social do qual todos os grupos devem participar, inclusive no processo de interpretação, segundo interessante tese de Peter Häberle²⁴³.

Como consequência, “a Constituição passa a ser, em toda a sua **substancialidade**²⁴⁴, o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico”²⁴⁵.

Assim como o Positivismo, o Neoconstitucionalismo apresenta face ideológica, qual seja a de uma Constituição realizadora do *contrato social*, resgatadora das *promessas da modernidade*. Nas palavras de Streck:

“... é preciso ter claro que o sentido do ser de um ente não pode ser constitutivo do sentido do ser de outros entes. A Constituição é, assim, a materialização da ordem jurídica do contrato social, apontando para a realização da ordem política e social de uma comunidade, *colocando à disposição os mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo* deontológico. Por isto, as Constituições Sociais devem ser interpretadas diferentemente das Constituições Liberais. O *plus* normativo representado pelo Estado Democrático de Direito resulta como um marco definidor de um constitucionalismo que

²⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 251.

²⁴³ “No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 30.

²⁴⁴ Para o Positivismo Jurídico já o era em sua formalidade.

²⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 252.

soma a regulação social com o resgate das promessas da modernidade.”²⁴⁶

Tal realização dos direitos sociais em sua plenitude com a realização das *promessas da modernidade*, passa pelo fim da hierarquização das normas constitucionais, que por sua vez está a exigir uma compreensão do sentido da Constituição como *mecanismo prático que provoca mudanças na realidade*. De Streck: “No topo do ordenamento, está a Constituição. Esta Lei Maior deve ser entendida como *algo que constitui a sociedade, é dizer, a constituição do país é a sua Constituição*”.²⁴⁷

E a Constituição deve *constituir* justamente porque revela em seus princípios axiológicos uma carência, a falta dos direitos que apregoa, e não são poucos. Deve a Lei Maior saber “muitas coisas e não apenas uma grande” ²⁴⁸ e torná-la, por seus agentes públicos, realidade, suprimindo assim as lacunas, não somente da lei, mas dos direitos.

Para Streck:

[...] a Constituição não é somente um documento que estabelece direitos individuais, sociais e coletivos, mas, mais do que isto, ao estabelecê-los, a *Constituição coloca a lume a sua ausência*, desnudando as mazelas da sociedade; enfim, não é a Constituição uma mera Lei Fundamental que ‘toma’ *lugar no mundo jurídico*, estabelecendo um ‘novo dever-ser’, até porque antes dela havia uma outra ‘Constituição’ e antes desta outras quatro na era republicana..., mas, sim, *é da Constituição, nascida do processo constituinte, como algo que constitui, que deve exsurgir uma nova sociedade*.²⁴⁹

²⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 252.

²⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 295-296.

²⁴⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia*. Tradução de Maria Gascón. Madrid: Trotta, 1995. p. 18.

²⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 307.

Celso Bandeira de Mello coaduna com Streck, a Constituição não apenas serve à regulação de validade de normas quanto ao seu modo de elaboração e promulgação, não é um esteio meramente formal de validação de normas, é antes o instituto jurídico realizador de justiça social:

Uma vez que a nota típica do Direito é a imposição de conduta, compreende-se que o regramento constitucional é, acima de tudo, um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Assim, quando dispõe sobre a realização da Justiça Social – mesmo nas regras chamadas programáticas – está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado Brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la.²⁵⁰

Assim, uma visão neoconstitucionalista de Direito mantém o *status* da Constituição como Lei Maior, contudo não sob o viés positivista de ‘lei mais alta’, mas sob um viés de realização social, lei que se infiltra no ordenamento, uma constituição que é mirante (de onde se vê a realidade) e ao mesmo tempo assunto²⁵¹ (para onde se olha). A Constituição continua servindo de paradigma para o intérprete, mas não apenas sob a ótica formal, vai além e revela ao intérprete uma realidade de valores expressos ou implícitos nos princípios nela escritos.

²⁵⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 12.

²⁵¹ Em linguagem utilizada no meio fotográfico, a categoria ‘assunto’ é o tema principal da fotografia, é para onde se fixa o olhar.

CAPÍTULO 3

A SÚMULA VINCULANTE N. 11 SOB A LUZ DO POSITIVISMO E DO NEOCONSTITUCIONALISMO

3.1 QUESTÕES PRELIMINARES

Etimologicamente a palavra *súmula* vem do latim *summula*, diminutivo de *summa*, que é o resultado da soma ou a consideração de um assunto em seus termos gerais²⁵². Em português, de forma geral, acabou por assumir o significado de *síntese, pequeno resumo*²⁵³.

Sua origem em território brasileiro dista ao tempo das ordenações²⁵⁴, e vem a assumir a forma hoje conhecida (ainda sem caráter vinculante) via Emenda ao Regimento Interno do STF, de autoria do então Ministro Victor Nunes Leal, publicada em 30 de junho de 1963²⁵⁵.

²⁵² **Oxford Latin Dictionary**. Londres: Oxford University Press, 1968. p. 1867. Tradução livre.

²⁵³ FERNANDES, Francisco. LUFT, Celso Pedro. **Dicionário Brasileiro Globo**. 56 ed. São Paulo: Globo, 2006.

²⁵⁴ Interessante trabalho de pesquisa histórica sobre as súmulas pode ser encontrado em uma palestra proferida por José Tarcízio de Almeida MELO em 31/05/2007, sob o título: **Súmula vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade** que pode ser consultada via internet no seguinte endereço eletrônico: <http://www.idisa.org.br/site/download/sumulavinculanteTJMG.pdf> - visualizado em 26 de outubro de 2009.

²⁵⁵ Da redação da emenda regimental: Art. 4º Será publicada, como anexo do Regimento, com as atualizações que se fizeram necessárias, a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo

Do texto proposto por Victor Nunes Leal e de sua conseqüente práxis, a categoria súmula, no ordenamento jurídico pátrio, adquiriu o sentido de expressão sucinta da jurisprudência dos tribunais.

A Emenda Constitucional 45, de 2004, também conhecida como Reforma do Judiciário, trouxe inovações à Carta Constitucional de 88, dentre estas, o artigo 103-A de seguinte teor:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.²⁵⁶

A Lei 11.417/06 regulamentou o assunto, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante. Do artigo 2º de referida lei:

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

§ 2º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

Tribunal Federal, que poderá ser citada abreviadamente como Súmula do Supremo Tribunal Federal, ou simplesmente Súmula.

²⁵⁶ BRASIL. **Constituição (1988)**. Código Penal; Processo Penal e Constituição Federal / obra coletiva da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 59.

§ 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

§ 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.²⁵⁷

Sabido que grande parte dos jurisdicionados brasileiros sofre com a morosidade no julgamento de seus processos, seja para uma decisão de primeira instância, seja para uma decisão definitiva proclamada pelos tribunais, inferiores e superiores (basta a leitura dos diários de justiça dos estados e a verificação dos inúmeros *habeas corpus* que por fundamento invocam o excesso de prazo “formação da culpa”). Também é certo que parte desta morosidade dá-se pelo avantajado número de processos acumulados nos fóruns e tribunais do país. Daí a justificativa legislativa para a reforma constitucional e regulação da súmula vinculante. Do relatório aprovado pelo Congresso Nacional extrai-se:

Na prática, a súmula vinculante evitará que cheguem ao Supremo Tribunal Federal dezenas de milhares de ações idênticas sobre as quais o Tribunal já se manifestou, e que assoberbam os seus 11 ministros e impedem uma apreciação mais qualificada das ações de maior relevo.²⁵⁸ (grifo nosso).

Desde então (e mesmo dantes), muitos autores teorizam sobre a força vinculante das Súmulas, argumentos favoráveis e contrários são encontrados em inúmeros artigos publicados, quer em livro, quer na rede mundial de computadores (WEB) e embora algumas impropriedades sejam levantadas o fato é que os argumentos são fortes para os dois lados.

²⁵⁷ BRASIL. **Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006.** Regulamenta o art. 193-A da Constituição Federal e altera a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Código Penal; Processo Penal e Constituição Federal / obra coletiva da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 895-896.

²⁵⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Mista Especial para a Reforma do Poder Judiciário. **Relatório n° 1, de 2006.** p. 22. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getPDF.asp?t=41405>. Acesso em: 25 de outubro de 2009.

Dentre os argumentos contrários à adoção das sumulas vinculantes listam-se: a) o engessamento do direito com a privação de uma análise construtiva da jurisprudência; b) a violação à repartição dos poderes; c) a aceleração dos processos impede uma construção da verdade.

Uma análise das críticas sob um viés positivista ou neoconstitucionalista vai mostrar que ambos os modelos de Direito amparam, em suas teorias, argumentos contrários à edição das súmulas vinculantes²⁵⁹.

O engessamento da construção jurisprudencial é argumento que teria pouca repercussão nas teorias positivistas, apregoadoras de sérias limitações ao poder criativo da jurisprudência, contudo em teorias neoconstitucionalistas a crítica encontra amplo espaço. Para Streck, embora ainda difícil de prever todas as consequências das decisões vinculativas, certo é que a subtração de poder interpretativo das instâncias inferiores do judiciário acarretam, no plano político, uma centralização das decisões com o espaço para o sobreditamento de posições mais conservadoras, e no plano hermenêutico, “a petrificação dos sentidos jurídicos, a partir da criação de significantes-primordiais-fundantes, que impedem, inexoravelmente, o aparecer da singularidade dos casos particulares”.²⁶⁰

A disposição de um sentido/interpretação vinculante leva ao empobrecimento das argumentações, o que diretamente se vincula à qualidade das decisões a serem proferidas pelos juízes e tribunais. A Súmula Vinculante torna-se então um instrumento pernicioso, um dizer pronto, engessador de

²⁵⁹ Positivistas também se opõem à edição de sumulas vinculantes, em que pese argumentos contrários de que estas sirvam a um paradigma positivista do Direito, como o dizer de Streck: “No fundo, a dogmática positivista não conseguiu ainda superar a metafísica clássica, circunstância facilmente perceptível em setores importante da doutrina que a sustenta, acreditando que a palavra da lei (regra) designa não a coisa individual, mas a comum a várias coisas individuais, ou seja, a essência captável pelo intérprete (as súmulas são um típico exemplo da tentativa de abarcar a ‘substância’ dos diversos casos jurídicos.” STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 115.

²⁶⁰ STRECK, Lenio. **O fahrenheit sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça**. p. 10. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=17&Itemid=40. Acesso em 27 de outubro de 2009.

argumentos contrários.²⁶¹ Como se a tese da única resposta correta de Dworkin fosse dada ao intérprete.

Em referência a Bentham e Foucault, Streck nomina tal engessamento de “controle panóptico” sobre as instâncias inferiores do judiciário, alertando que, *ao impingirem pensamento único acerca do Direito* uma súmula vinculante poderá ser uma *queimadora de idéias* (uma alusão à queima de livros provocada por regime totalitário no filme/ficção *Fahrenheit 451*).²⁶²

E um contexto de *queima de idéias* é um contexto de despolitização. Um método hermenêutico pronto e acabado (resumido a única regra: aplique esta interpretação) restringe o debate político (e porque não de justiça) tão somente ao STF, obrigando os demais intérpretes (deixarão de sê-lo) ao sabor de sua receita²⁶³.

Streck vê uma origem das súmulas vinculantes nas discricionariedades e decisionismos admitidos pelo Positivismo Jurídico: “Talvez a súmula vinculante seja a resposta darwiniana a esse “livre-decidir” e a um certo descompromisso para com a fundamentação”.²⁶⁴

²⁶¹ STRECK, Lenio. **O fahrenheit sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça**. p. 17. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=17&Itemid=40. Acesso em 27 de outubro de 2009.

²⁶² STRECK, Lenio. **O fahrenheit sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça**. p. 18. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=17&Itemid=40. Acesso em: 27 de outubro de 2009.

²⁶³ “O sentido previamente dado é mostrado na melhor forma de ‘como fazer’. Permite uma metáfora com as ‘sopas já prontas’. Basta abrir o pacote sumular e misturar água. Está pronto. Pode-se colocar ‘sal’ a gosto, mas a sopa é a mesma. Enfim, pode-se incrementar a ‘sopa’ decisão com excertos doutrinários e ou jurisprudenciais sem que ela saia do ‘paladar fixado pelo fabricante’. Esta é uma das manifestações da ‘Hermenêutica do Conforto’”. ROSA, Alexandre Moraes. **Crítica à hermenêutica do conforto: a Súmula (vinculante) como se imagem fosse**. In: NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira; JACINTO, Nelson de Miranda Coutinho; MEZZAROBBA, Orides.. (Org.). *Constituição e Estado Social - Os obstáculos à concretização da constituição*. 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 37.

²⁶⁴ STRECK, Lenio. Entrevista concedida à revista Carta Forense em 01 de dezembro de 2008. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=82&Itemid=2. Acesso em 25 de outubro de 2009.

Já no que toca à separação dos poderes, a crítica por certo alcançaria severidade maior em uma teoria positivista, um enunciado de efeito vinculativo à administração pública (embora que enunciado seja e não um texto com característica de lei) encontraria sérias restrições. É de recordar que a radical observância da separação dos poderes é um das causas do próprio positivismo jurídico, portanto a aparência de uma lei apresentada pela súmula vinculante não seria facilmente aceita.

E uma crítica positivista de invasão entre poderes não poderia ser de pronto descartada com fracos argumentos, eis que embora o enunciado não tenha o caráter abstrato de uma lei, em certos aspectos a súmula vinculante supera a força daquela. Basta a constatação de que sobre decisões judiciais que contrariem leis caberá recurso, enquanto que nas contrariedades às súmulas vinculantes apresentar-se-á mera reclamação. Nas palavras de Lênio Streck: “**em terrae brasilis a lei não vincula; a Súmula, sim!**”²⁶⁵ (grifo do autor).

A invasão de um poder por outro, que embora em parte aceito nas teorias contemporâneas de cunho neoconstitucionalista, mais preocupadas com a realização das promessas constitucionais do que com uma forma precisa de divisão dos poderes, acaba por levar a outro questionamento: o de legitimidade do poder judiciário e o conseqüente abalo da democracia. E isto sim atinge quaisquer dos modelos de Direito, positivistas ou neoconstitucionais. Para Streck:

Ninguém ignora que até no sistema em vigor – ao editarem uma Súmula, o STF ou o STJ passam a ter o poder maior que o Poder Legislativo. Com o poder constitucional de vincular o efeito das Súmulas e até mesmo das decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário, por suas cúpulas, passará a legislar, o que, à evidência, quebrará a harmonia e a independência que deve haver entre os Poderes da República. Daí é urgente que se indague acerca da legitimidade do Poder Judiciário para tal. Essa talvez seja a mais grave objeção que pode ser colocada contra a criação jurisprudencial *stricto sensu*

²⁶⁵ STRECK, Lênio. **O fahrenheit sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça**. p. 5. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=17&Itemid=40. Acesso em: 27 de outubro de 2009.

em um ordenamento filiado à família romano-germânica. Esse obstáculo está calcado no fato de que tal criação não se compactua com a democracia. Com agudeza, Winterton escreve que “a tentativa de elevar o Judiciário, que não é eleito, sobre o Legislativo, que o é, (...) é antidemocrática”. Observe-se que as críticas formuladas por Winterton, ratificadas por nomes da parte de Lord Devlin, até por se referirem à common law, assumem maior relevância ainda se trazidas para o âmbito da civil law, no interior do qual o paradigma é a lei, como é o caso do Brasil.²⁶⁶

O problema da velocidade dos julgados também poderá encontrar lugar de debate em ambos os modelos hermenêuticos, contudo é no seio de teorias voltadas à realização de justiça que tal argumento se apresenta mais forte.

A questão é: qual a relevância da velocidade no mundo jurídico? É a velocidade um argumento válido para institutos como a súmula vinculante? ROSA responde de forma negativa:

[...] a noção de ‘velocidade’ é uma questão fundamental porque se constitui numa ameaça tirânica. O condicionamento mercadológico opera uma impossibilidade de crítica impulsionada pela velocidade da intervenção, segundo a qual a possibilidade de assimilação, compreensão e resistência acabam, por básico. É impossível continuar aderindo ingenuamente a esta ‘obscena aceleração’. A velocidade implica, no caso jurídico, no estabelecimento e padrões, procedimentos cada vez mais uniformes, daí a ‘Súmula Vinculante’, baluarte do discurso da eficiência, atender, com folga, à demanda de ‘velocidade total’. A decisão judicial acaba se transformando em opções ba(na)lizadas, no estilo peça pelo número; ‘MacDecisões’ impostas pela matriz (STF e STJ) [...] A ‘Justiça da Velocidade’ não respeita os tempos mortos, as limitações de compreensão, exigindo sempre e sempre um resultado mais eficiente vinculado à lógica do custo/benefício, como propugna a ‘Análise Econômica do Direito’ (Posner).²⁶⁷

²⁶⁶ STRECK, Lenio. **O fahrenheit sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça**. p. 10. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=17&Itemid=40. Acesso em 27 de outubro de 2009. A citação do autor refere-se a: CAPPELLETTI, Mauro. Juizes legisladores? Tradução de Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1992, pág. 93.

²⁶⁷ ROSA, Alexandre Morais. **Crítica à hermenêutica do conforto: a Súmula (vinculante) como se imagem fosse**. In: NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira; JACINTO, Nelson de Miranda Coutinho; MEZZAROBÀ, Orides.. (Org.). Constituição e Estado Social - Os obstáculos à concretização da constituição. 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 31-32.

Um instituto aliado ao poder econômico, ou no mínimo, fortemente fundado em uma análise econômica do Direito, eis uma das visões lançadas sobre os verbetes. Assim, por vincular os magistrados a interpretações prontas, a súmula pode muito bem servir como garantia de manutenção de um estado liberal-individualista, manietado das garantias sociais.

Um contexto de fórmulas e métodos hermenêuticos prontos, despolitizado (e aqui um argumento positivista favorável à edição das súmulas), orientador de uma fundamentação pobre que faz do intérprete um não-intérprete, é um preço alto a se pagar pela aceleração.

Por fim, de Streck o alerta que a ciência jurídica deve preocupar-se em fincar raízes em uma *efetividade qualitativa*, voltada a uma construção de possibilidade da aplicação do Direito e ao *resgate das promessas da modernidade*, o que importa na “denúncia de toda e qualquer tentativa de inibir o acesso à justiça e à realização dos direitos fundamentais previstos e instituídos pelo constituir da Constituição, *torna-se necessário apontar todos os obstáculos que se contrapõem a esse desiderato*”.²⁶⁸

Contudo, muito embora as teorias do positivismo e as teorias de viés neoconstitucionais apresentem argumentos contrários à existência de súmula de caráter vinculante, perfeitamente possível é a análise dos enunciados sob a luz destas mesmas teorias. A uma porque, em si, a existência de súmulas vinculantes nada diz²⁶⁹, tão somente a partir do conteúdo destas é que será possível a verificação se servem à manutenção de uma visão formalista e liberal-individualista do Direito ou a uma realização constitucional plena. Portanto, mais do que possível, um estudo das súmulas é desejável. A duas, porque a análise

²⁶⁸ STRECK, Lenio. **O fahrenheit sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça**. p. 14. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=17&Itemid=40. Acesso em 27 de outubro de 2009.

²⁶⁹ STRECK, Lenio. Entrevista concedida à revista Carta Forense em 01 de dezembro de 2008. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=82&Itemid=2. Acesso em 25 de outubro de 2009.

científica destas súmulas poderá revelar subsídios para uma mudança daquelas que se preste a finalidades outras que não aos nortes instituídos pela Constituição.

O presente escrito se propõe a análise da súmula vinculante de número 11, sob a luz de paradigmas positivistas e neoconstitucionais. E em sendo a súmula o resumo de julgados antecedentes, segue a dissertação com a apresentação destes julgados.

3.2 DAS DECISÕES PRECEDENTES A SUMULA DAS ALGEMAS

Quatro são os julgados do Supremo Tribunal Federal que tratam do tema “uso de algemas”. Estes mesmos quatro julgados são informados como precedentes para a edição da Súmula Vinculante de número 11.

O primeiro destes julgados (ordem cronológica) é o Recurso de Habeas Corpus n. 56.465-8, de 05/09/1978. Da ementa:

“Não constitui constrangimento ilegal o uso ilegal de algemas por parte do acusado, durante a instrução criminal, se necessário à ordem dos trabalhos e à segurança das testemunhas e como meio de prevenir a fuga do preso. Inépcia da denúncia não comprovada. RHC improvido”.²⁷⁰

O Relator, Ministro Cordeiro Guerra, quando do relatório observa que “o fato de ter assistido algemado o depoimento testemunhal está bem justificado” e quando do voto por si proferido fez observação de que “compete ao Juiz instrutor a disciplina das audiências e a condução dos trabalhos, de modo a preservar o respeito à Justiça e a garantia da ordem”.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus n. 56.465-8. Segunda Turma. Decisão em 05 de setembro de 1978, publicada no Diário de Justiça em 06 de outubro de 1978. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=96906&idDocumento=&codigoClass e=419&numero=56465&siglaRecurso=&classe=RHC>. Acesso em 07 de dezembro de 2009.

Em uma análise rápida desta primeira decisão invocada pelo Supremo Tribunal Federal como precedente à Súmula Vinculante número 11, é possível verificar que: a) foi proferida sob a égide de Constituição diversa daquela ora em vigor; b) não tratou com maior profundidade o assunto; c) não fez qualquer comparativo entre o uso de algemas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, nem com qualquer outro princípio constitucional; d) julgou improcedente o Recurso de Habeas Corpus; e) no voto proferido informa que o respeito à Justiça e a garantia da ordem deverão ser observados pelo juiz da instrução; f) tratou do tema “constrangimento ilegal” na forma negativa, ou seja, a ementa explicita quando “não” há constrangimento ilegal, deixando de expor quando ocorrerá o constrangimento ilegal no uso de algemas, sendo impossível, inclusive, deduzir que na falta das ocorrências ali listadas (ordem dos trabalhos, preservar a segurança das testemunhas e evitar a fuga do preso), ou de qualquer uma destas, haverá constrangimento ilegal.

A segunda decisão, precedente da Súmula Vinculante 11, é o Habeas Corpus nº 71.195-2, de 25/10/1994, com a seguinte ementa:

“HABEAS CORPUS. Concurso material de crimes. Protesto por novo júri. Pena inferior a vinte anos. Utilização de algemas no julgamento. Medida justificada.

I – [...]

II – O uso de algemas durante o julgamento não constitui constrangimento ilegal se essencial à ordem dos trabalhos e à segurança dos presentes.

Habeas corpus indeferido” ²⁷¹

No relatório, acolhido por unanimidade, o Ministro Francisco Rezek expôs que:

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus n. 71.195-2. Segunda Turma. Decisão em 25 de outubro de 1994, publicada no Diário de Justiça em 04 de agosto de 1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=72948&idDocumento=&codigoClass e=349&numero=71195&siglaRecurso=&classe=HC>. Acesso em 07 de dezembro de 2009.

“A impetração, em primeiro lugar, insurge-se contra o indeferimento do protesto por novo júri e, em segundo lugar, questiona a validade do julgamento pelo fato de o réu ter permanecido algemado em plenário, o que teria influenciado negativamente o Conselho de Sentença”.

“Portanto, conforme consta da ata, havia informações de que o réu pretendia agredir o Juiz Presidente e o Promotor de Justiça, o que motivou o uso das algemas durante o julgamento”.

“Sendo assim, não evidenciada interferência no espírito dos jurados, a arguição deve ser rejeitada, como já decidido no RHC 56.465 [...]”.²⁷²

Em rápida análise do julgado é possível verificar que: a) foi proferido sob a égide da Constituição de 1988; b) não tratou com maior profundidade o assunto; c) não fez qualquer comparativo entre o uso de algemas e princípios constitucionais; d) julgou improcedente o Habeas Corpus; e) os julgadores decidiram que o uso de algemas, no caso, não interferiu no espírito dos jurados; f) tratou do tema “constrangimento ilegal” na forma negativa, ou seja, a ementa explicita quando “não” há constrangimento ilegal, deixando de expor quando ocorrerá o constrangimento ilegal no uso de algemas, sendo impossível, inclusive, deduzir que na falta das ocorrências ali listadas (ordem dos trabalhos e segurança dos presentes), ou de qualquer uma destas, haverá constrangimento ilegal; g) o pedido indeferido tratava da nulidade do ato processual (julgamento pelo tribunal do Júri).

O terceiro julgado que trata do uso de algemas é o Habeas Corpus n° 89.429-1²⁷³, de 22/08/2006. Da ementa:

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus n. 71.195-2. Segunda Turma. Decisão em 25 de outubro de 1994, publicada no Diário de Justiça em 04 de agosto de 1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=72948&idDocumento=&codigoClass e=349&numero=71195&siglaRecurso=&classe=HC>. Acesso em 07 de dezembro de 2009.

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus n. 89.429-1. Primeira Turma. Decisão em 22 de agosto de 2006, publicada no Diário de Justiça em 02 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=402446&idDocumento=&codigoClas se=349&numero=89429&siglaRecurso=&classe=HC>. Acesso em 07 de dezembro de 2009.

Habeas Corpus. Uso de algemas no momento da prisão. Ausência justificativa em face da conduta passiva do paciente. Constrangimento ilegal. Precedentes.

O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego desta medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes. Habeas Corpus concedido.

Do relatório, de lavra da Ministra Carmen Lúcia, extraímos que:

“O ponto nuclear da discussão trazida à apreciação e julgamento neste habeas é um só: o uso de algemas que lhe foram postas pelas autoridades policiais e que, sustenta o Impetrante, configura forma de constrangimento tido como ilegal.”²⁷⁴

Ainda do relatório, após digressão histórica do tema “uso de algemas”, com descrição de dispositivos legais em vigor ou que já vigoraram (Ordenações Filipinas, decretos imperiais, Lei de Execuções Penais e Lei de segurança de tráfego em águas territoriais), conclui a Ministra:

“Nem de longe, portanto, se há de pensar que a utilização daquele instrumento possa ser arbitrária ou tolerada sem que regras jurídicas vigorem no País quanto ao seu emprego, pois a forma juridicamente válida do seu uso pode ser inferida a partir da interpretação dos princípios e até mesmo das regras vigentes.”²⁷⁵

²⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus n. 89.429-1. Primeira Turma. Decisão em 22 de agosto de 2006, publicada no Diário de Justiça em 02 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=402446&idDocumento=&codigoClasse=349&numero=89429&siglaRecurso=&classe=HC>. Acesso em 07 de dezembro de 2009.

²⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus n. 89.429-1. Primeira Turma. Decisão em 22 de agosto de 2006, publicada no Diário de Justiça em 02 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=402446&idDocumento=&codigoClasse=349&numero=89429&siglaRecurso=&classe=HC>. Acesso em 07 de dezembro de 2009.

Um dos dispositivos de lei utilizado como fundamento da decisão foi o artigo 284, do Código de Processo Penal, cujo teor apregoa: “Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso” ²⁷⁶. A relatora interpretou a categoria *emprego da força* como abrangendo o *uso de algemas*.

Outro disposto legal que fundamentou a decisão, desta feita de ordem constitucional, foi o artigo 5º, incisos III e X, o primeiro descreve a garantia de que ninguém será submetido a tratamento degradante e o último garante a proteção do direito à intimidade, à imagem e à honra.

O relatório ainda sustenta que: “o abuso – inclusive na utilização de algemas – deve mais que ser considerado indevido juridicamente. Em tese, deve mesmo constituir crime”. ²⁷⁷

Da análise deste julgado verifica-se que: a) foi proferido sob a égide da Constituição de 1988; b) tratou o assunto do uso de algemas com maior profundidade; c) foi fundamentado em interpretação de dispositivos legais constitucionais e infraconstitucionais; d) foi fundada nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade; e) concedeu o Habeas Corpus; f) tratou do tema “constrangimento ilegal” na forma positiva, ou seja, da ementa concluí-se que há constrangimento ilegal quando o uso de algemas for adotado sem que ocorra fundada suspeita ou justificado receio de fuga do preso, ou para evitar agressão do preso contra policiais, terceiros ou contra si mesmo; g) no voto, concluiu que o uso de algemas fora dos casos excepcionais constitui-se, em tese, crime.

²⁷⁶ BRASIL. Código Penal; Processo Penal e Constituição Federal / obra coletiva da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 423.

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus n. 89.429-1. Primeira Turma. Decisão em 22 de agosto de 2006, publicada no Diário de Justiça em 02 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=402446&idDocumento=&codigoClasse=349&numero=89429&siglaRecurso=&classe=HC>. Acesso em 07 de dezembro de 2009.

Por fim, o último julgado a sustentar a Súmula Vinculante 11, é o Habeas Corpus 91.952, de 07/08/2008, com a seguinte decisão: “O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, deferiu a ordem de *habeas corpus*”.²⁷⁸

Do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, extrai-se:

Diante disso, indaga-se: surge harmônico com a Constituição manter o acusado, no recinto, com algemas? A resposta mostra-se iniludivelmente negativa.

Em primeiro lugar, levem em conta o princípio da não-culpabilidade. É certo que foi submetida ao veredicto dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas que merecia o tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito. Segundo o artigo 1º da Carta Federal, a própria República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Da leitura do rol das garantias constitucionais – artigo 5º -, depreende-se a preocupação em resguardar a figura do preso.

Ora, estes preceitos – a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país - repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade. Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante

O novo Código somente veio à balha (sic) em 3 de outubro de 1941, passando a vigor desde então o artigo 284 - “Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso” -, que, embora não se refira expressamente ao uso de algemas, sinaliza as situações de fato extremas em que poderão ser utilizadas. É o que se constata, ainda, no artigo 292 dele constante, a revelar que, se houver, mesmo que por parte de terceiros, “resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus n. 91.952. Tribunal Pleno. Decisão em 07 de agosto de 2008, publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 19 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=570157&codigoClasse=349&numero=91952&siglaRecurso=&classe=HC>. Acesso em 07 de dezembro de 2009.

Na Lei de Execução Penal – n. 7.210/84 –, bem se revelou o caráter excepcional da utilização de algemas, instando-se o Poder Executivo à regulamentação no que previsto, no artigo 159, que o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal. [...] Até mesmo na área penal militar, a utilização de algema é tida como excepcional.

Vale registrar, ainda, que o item 3 das regras da Organização das Nações Unidas para tratamento de prisioneiros estabelece que o emprego de algemas jamais poderá se dar como medida de punição.

A ausência de norma expressa prevendo a retirada das algemas durante o julgamento não conduz à possibilidade de manter o acusado em estado de submissão ímpar, incapaz de movimentar os braços e as mãos, em situação a revelá-lo não um ser humano que pode haver claudicado na arte de proceder em sociedade, mas uma verdadeira fera.

A recente Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, ao implementar nova redação ao artigo 474 do Código de Processo Penal, tornou estreme de dúvidas a excepcionalidade do uso de algemas.

É hora de o Supremo emitir entendimento sobre a matéria, inibindo uma série de abusos notados na atual quadra, tornando clara, até mesmo, a concretude da lei reguladora do instituto do abuso de autoridade, considerado o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, para a qual os olhos em geral têm permanecido cerrados.

Então, a Juíza deliberou: Entendo que não constitui constrangimento ilegal o réu permanecer algemado em Plenário, sobretudo porque tal circunstância se faz estritamente necessária para preservação e segurança do bom andamento dos trabalhos, já que a segurança hoje está sendo realizada por apenas dois policiais civis. Assim, indefiro o pleito da defesa.

Não foi apontado, portanto, um único dado concreto, relativo ao perfil do acusado, que estivesse a ditar, em prol da segurança, a permanência com algemas. Quanto ao fato de apenas dois policiais civis fazerem a segurança no momento, a deficiência da estrutura do Estado não autorizava o desrespeito à dignidade do envolvido. Incumbia sim, inexistente o necessário aparato de segurança, o adiamento da sessão, preservando-se o valor maior, porque inerente ao cidadão.

Concedo a ordem para tornar insubsistente a decisão do Tribunal do Júri. Determino que outro julgamento seja realizado, com a manutenção do acusado sem as algemas.²⁷⁹

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus n. 91.952. Tribunal Pleno. Decisão em 07 de agosto de 2008, publicada no Diário de Justiça

Da análise do voto proferido pelo Relator, acolhido por unanimidade, verifica-se que: a) foi proferido sob a égide da Constituição de 1988; b) tratou o assunto do uso de algemas com maior profundidade; c) foi fundamentando em interpretação de dispositivos legais constitucionais e infraconstitucionais e em disposto nas regras da ONU para tratamento de prisioneiros; d) foi fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana e na desarmonia entre o uso de algemas em um estado democrático de direito; e) concedeu o Habeas Corpus; f) afirma que o uso de algemas no plenário do júri sugestiona os jurados e desequilibra o julgamento; g) a Juíza que presidiu o Tribunal do Júri, no qual o paciente esteve algemado, justificou a medida; h) não foi aceita a justificativa do número reduzido de policiais para a segurança do recinto como autorizadora à manutenção das algemas no réu; i) faz menção às responsabilidades civil, administrativa e penal no abuso do uso das algemas; j) é possível a manutenção do réu algemado, desde que demonstrada concretamente sua periculosidade.

Alguns problemas se verificam quanto à lógica da própria decisão: a) Se a manutenção do réu algemado sugestiona os jurados e desequilibra o julgamento a ocorrer, então é possível que os réus sobre os quais pesem elementos de periculosidade sejam julgados por jurados sugestionados e mediante desequilíbrio de julgamento? Eis que a decisão é permissiva ao uso das algemas nos casos de tais réus; b) se o argumento de que a força policial presente não é fundamento suficiente para a manutenção de um réu algemado, eis que a “deficiência da estrutura do Estado” não autoriza o desrespeito à dignidade do preso, então haverá argumento suficiente para a manutenção, de quem quer que seja, sob o uso de algemas? Eis que, em tese, em qualquer caso, mesmo sendo o preso o pior dos terroristas, ou dos homicidas, ou dos chefões do tráfico, poderá o Estado suprir de muitos policiais (ou mesmo com o uso das forças armadas) a segurança de locais onde haverá audiência ou julgamento de

réus presos, aliás, em tese, poderá o Estado estancar gastos em várias áreas para a contratação de força policial suficiente para que não se usem mais algemas.

Contudo, o objeto do presente estudo não é a decisão em si, mas sim, a Súmula Vinculante que ajudou a compor, cuja análise será feita na seqüência.

3.3 DAS FORMALIDADES LEGAIS DA SÚMULA 11

Como já debatido no presente escrito, o Positivismo Jurídico examina a validade das normas jurídicas de acordo com a obediência às formalidades pré-estabelecidas enquanto teorias neoconstitucionalistas pugnam por um exame de validade material, que vai além de um exame formal, mas que não nega a sua importância. A norma deve ser analisada sobre o aspecto material, sem se descuidar, contudo, de exame de sua vigência.

E do disposto Constitucional e da Lei regulamentadora²⁸⁰, seguro afirmar que a edição de uma súmula vinculante deverá obedecer a alguns critérios, dentre outros:

- a) Decisão de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal;
- b) Depois de reiteradas decisões;
- c) As decisões precedentes devem tratar de matéria constitucional;
- d) A súmula deverá ter por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas;

²⁸⁰ Ver item 3.1.

- e) As normas a que se atribuirá validade, interpretação e eficácia devem contar com controvérsia entre órgãos judiciários, ou entre esses e a administração pública;
- f) A controvérsia, que deverá ser atual, deve acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica;
- g) A publicação do enunciado no Diário da Justiça e no Diário Oficial da União.

Submetendo a Súmula Vinculante número 11 à luz destes critérios, possível é um exame quanto à formalidade de sua edição.

Em consulta ao DJe nº 214/2008²⁸¹, de 12 de novembro de 2008, verificamos que foram obedecidos os critérios de número mínimo de membros (a decisão contou com voto favorável de nove ministros). De plano, também observada a formalidade da publicação.

Outra formalidade presente é a constitucionalidade do objeto da decisão, o que se deduz do fato de que a mesma matéria foi conhecida e julgada por quatro vezes perante o próprio Supremo Tribunal Federal, aliado ainda à observância do artigo 322 e parágrafo único²⁸², do Regimento Interno da casa, em que pese a súmula ser divulgada na imprensa²⁸³ sob o apelido de “Súmula Cacciola-Dantas”.

²⁸¹ Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf. Acesso em: 08 de dezembro de 2009.

²⁸² “O Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral, nos termos deste capítulo. Parágrafo único. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes”. (Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 21/07). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Agosto_2009.pdf. Acesso em: 08 de dezembro de 2009.

²⁸³ Disponível em: http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080821/not_imp227989,0.php. Acesso em 03 de março de 2009.

Contudo, os demais critérios para a edição de uma súmula vinculante não encontram abrigo na edição da Súmula reguladora do uso das algemas, eis que não há notícia de qualquer outra decisão do Supremo Tribunal Federal que trate da regulamentação do uso de algemas, salvo as quatro já descritas nesta dissertação, por sua vez, destas quatro decisões, três não aliam o uso de algemas a qualquer infração civil ou administrativa, por parte do agente público ou do Estado, e duas delas não descreveram quando haveria constrangimento ilegal no uso de algemas, tampouco aliam a conduta como se crime fosse, mesmo que em tese.

Contudo a Súmula Vinculante n. 11, apregoa:

SÓ É LÍCITO O USO DE ALGEMAS EM CASOS DE RESISTÊNCIA E DE FUNDADO RECEIO DE FUGA OU DE PERIGO À INTEGRIDADE FÍSICA PRÓPRIA OU ALHEIA, POR PARTE DO PRESO OU DE TERCEIROS, JUSTIFICADA A EXCEPCIONALIDADE POR ESCRITO, SOB PENA DE RESPONSABILIDADE DISCIPLINAR, CIVIL E PENAL DO AGENTE OU DA AUTORIDADE E DE NULIDADE DA PRISÃO OU DO ATO PROCESSUAL A QUE SE REFERE, SEM PREJUÍZO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.²⁸⁴
(Grifo nosso).

Presente na Súmula e nas quatro decisões anteriores que a fundamentam, o apontamento de que é regular o uso de algemas quando justificada a conduta. Logo, embora discutível se quatro decisões anteriores possam ser consideradas como “reiteradas” para os efeitos do artigo 103-A, da Constituição Federal, ao menos alcança o significado primeiro da palavra “reiteradas”, ou seja, repetidas, o que transmite a idéia de uma decisão primeira repetida por pelo menos duas outras, eis que a palavra está no plural.

Entretanto, as reiterações não acontecem quanto aos dizeres²⁸⁵: “só é lícito o uso de algemas”; “fundado receio de fuga”; “sob pena de

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 11. Código Penal; Processo Penal e Constituição Federal / obra coletiva da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 975.

²⁸⁵ Tais textos não são meramente voluptuários, mas ao contrário, encontram eco no sistema jurídico e são aptos a produzir efeitos.

responsabilidade disciplinar, civil e penal, do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”. Logo, grande parte do texto sumulado não encontra a condição de “reiteradas decisões”, necessária à edição de uma súmula vinculante.

Em que pese o esforço verificado nas duas decisões que antecederam a Súmula Vinculante n° 11, em dar interpretação a dispositivo de norma determinada, no caso, do artigo 284, do Código de Processo Penal, sob o entendimento de que o uso de algemas se inclui no “emprego de força”, fato é que a norma a tratar especificamente do assunto é o artigo 199, da Lei 7.210/84, não ignorado pelos Julgadores, eis que mencionado em ambas as decisões, e que de forma bastante clara expõe: “O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”²⁸⁶. Se a norma que trata do assunto remete à edição de outra que então irá disciplinar este objeto, pode o julgador utilizar-se de norma outra e interpretá-la como se do mesmo objeto trata-se? O que de fato se verifica é o Poder Judiciário, via súmula vinculante, disciplinando o uso de algemas, o que deveria ter se regulamentado por outros meios. Aliás, esclarecedores dois momentos do voto relativo à decisão última motivadora da súmula: **“A ausência de norma expressa** prevendo a retirada das algemas durante o julgamento não conduz à possibilidade de manter o acusado em estado de submissão ímpar”; **“É hora de o Supremo emitir entendimento sobre a matéria**, inibindo uma série de abusos notados na atual quadra” (negritos nossos). Destes argumentos conclui-se que a edição da súmula vinculante n. 11 não teve por objeto a validade, interpretação ou eficácia de norma, mas sim a regulamentação do uso de algemas em face da ausência de norma que o fizesse. O que não significa que preceitos constitucionais não tenham servido como fundamento das decisões acima referidas.

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 11. BRASIL. Código Penal; Processo Penal e Constituição Federal / obra coletiva da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 741.

Por fim, resta observar a Súmula Vinculante n. 11, sob a indagação: Trata a controvérsia de tema atual, que acarreta grave insegurança jurídica e de relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas?

Quanto à atualidade do tema, a resposta poderá ser negativa ou positiva conforme a interpretação do que seja “atualidade”, se entendida a categoria como tema novo, a resposta será negativa, ao observarmos que das quatro decisões que antecederam à súmula vinculante, duas já contam com mais de 10 (dez) anos, e uma foi proferida sob a égide de Constituição anterior, ou seja, o tema não é novo, tampouco o é o uso de algemas na condução de presos. Contudo, será positiva caso interprete-se a categoria “atualidade” como fato que ocorra atualmente, não importando o tempo com que se faça presente no mundo jurídico.

No que toca ao requisito da grave insegurança jurídica, não alcança a presente dissertação, nem tem a pretensão de fazê-lo, a verificação de sua existência, tampouco da relevante multiplicação de processos, eis que tal resposta dependeria de pesquisa nos órgãos judiciários pátrios. Certo, entretanto, que para a edição da súmula tais critérios deveriam ser observados e consignados nos debates e motivos de sua aprovação.

Da ata lavrada dos debates e aprovação da Súmula Vinculante n. 11²⁸⁷, não há qualquer referência à relevante multiplicação de processos, ausência de formalidade no mínimo contraditória à própria justificativa para a existência do instituto da súmula vinculante, qual seja a celeridade no julgamento dos processos.

Relativo à grave insegurança jurídica, dos debates extraímos as afirmações do Ministro Cezar Peluso: “Portanto, todo esse debate que se levanta não é sobre a inteligibilidade do que a Corte declara; há, nele, outros

²⁸⁷ Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf .
Acesso em: 08 de dezembro de 2009.

motivos, a respeito dos quais a Corte, a meu ver, deve permanecer sobranceira, porque não são esses desafios que põem em risco a autoridade do Supremo Tribunal Federal, num Estado Democrático de direito”²⁸⁸. Assim, visto o risco à autoridade do Supremo Tribunal Federal como grave insegurança jurídica, afirmar-se-á que presente nos debates o critério, embora, de fato, os debates não contenham nenhuma preocupação direta com o tema.

Logo, apenas parte da formalidade necessária à edição de uma súmula vinculante foi observada.

3.4 A SUMULA DAS ALGEMAS SOB A LUZ DO POSITIVISMO JURÍDICO

Sob a luz dos aspectos gerais do positivismo – o Direito como sendo o Direito positivado; a observação apenas formal de validade da norma; a prevalência do legislador sobre o intérprete julgador; a interpretação limitada à busca da vontade do legislador e ao significado do texto; o papel do poder judiciário quando na ausência de norma positiva reguladora de casos concretos e uma função constitucional limitada; - indaga-se se quando da decisão de editar a Súmula Vinculante de n. 11, os senhores ministros utilizaram-se de paradigma positivista?

No caso, a resposta deve ser construída com outra indagação e resposta: quando da decisão de edição da súmula alguma norma positivada tratava do assunto? As duas últimas decisões que originaram a súmula apontam alguns dispositivos em vigor, a saber: § 1º, do artigo 234, do Código de Processo Penal Militar²⁸⁹; artigo 199, da Lei 7.210/84; artigo 10, inciso III, da Lei

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Debates que integram a ata da 20ª (vigésima) sessão ordinária do Plenário, realizada em 13 de agosto de 2008. Diário de Justiça Eletrônico n. 214/2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf. Acesso em: 08 de dezembro de 2009.

²⁸⁹ “O emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242”. BRASIL. Código de Processo Penal Militar. Decreto-Lei 1.002, publicado no Diário Oficial da União em 21 de outubro de 1969. Vade Mecum. Obra Coletiva de autoria da Editora Saraiva com a

9.537/97²⁹⁰; artigos 284 e 474²⁹¹, § 3º, do Código de Processo Penal; artigo 5º, incisos III e X, da Constituição Federal; artigo 5., item 2 do Pacto de São José da Costa Rica²⁹².

De plano, observa-se que as regras contidas no Código de Processo Penal Militar, na Lei 9.537/97, no artigo 474 do Código de Processo Penal, as únicas que no ordenamento jurídico nacional em vigor regulam o uso de algemas, possuem caráter especial, ou seja, servem a um fim predeterminado e específico, respectivamente, ao processo penal militar, às embarcações e ao tribunal do júri, por consequência não possuem caráter de regulamentação geral, ao contrário da súmula editada.

Por sua vez, as normas constitucionais, o pacto internacional e o artigo 284, do Código de Processo Penal, não tratam do uso de algemas, mas de aspectos outros como o tratamento humano degradante, a honra e o uso da força apenas para casos em que esta for necessária. Logo, qualquer conclusão de que o uso de algemas estaria regulado por tais normas depende da construção de um raciocínio lógico, no qual os termos “tratamento degradante”, “honra” e “uso da força”, referem-se ao uso de algemas para o transporte ou manutenção de pessoa sob custódia do Estado.

colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7 ed. São Paulo. Saraiva, 2009. CD-ROM.

²⁹⁰ “Art. 10 O Comandante, no exercício de suas funções e para garantia da segurança das pessoas, da embarcação e da carga transportada, pode: III - ordenar a detenção de pessoa em camarote ou alojamento, se necessário com algemas, quando imprescindível para a manutenção da integridade física de terceiros, da embarcação ou da carga”. BRASIL. Lei n. 9.537. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União em 12 de dezembro de 1997. Vade Mecum. Obra Coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7 ed. São Paulo. Saraiva, 2009. CD-ROM.

²⁹¹ “Art. 474 [...] § 3º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário de júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 11. BRASIL. Código de Processo Penal. Código Penal; Processo Penal e Constituição Federal / obra coletiva da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 447.

²⁹² “Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf. Acesso em: 09 de dezembro de 2009.

A observar-se tal condição – de que algumas regras tratam do uso de algemas em caráter especial, e outras de caráter geral foram interpretadas como se do assunto tratassem – a conclusão poderia levar à falsa idéia que a decisão tomou como paradigma o positivismo conforme apresentado por Kelsen, Hart e Bobbio. Tal conclusão seria possível, ante a previsão positivista geral da possibilidade de interpretação, desde que vinculada a uma moldura, ou seja, desde que a interpretação encontre seus limites no sistema jurídico posto, bem como pela permissividade positivista de uma interpretação semântica, assim o “uso da força” foi lido e entendido como “uso de algemas”.

Contudo, este primeiro raciocínio não é possível ao caso, eis que no bojo do sistema jurídico pátrio está o artigo 199, da Lei de Execuções Penais, norma de caráter geral, que trata do uso de algemas da seguinte forma: “O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”, ou seja, o legislador, democraticamente eleito, com preeminência sobre o julgador no paradigma juspositivista, dispôs que a regulamentação do uso de algemas, de forma geral, será de responsabilidade do Presidente da República, via decreto.

Tal circunstância, sob a ótica positivista impede que o poder judiciário regulamente o uso de algemas, eis que um mandamento positivado trata especificamente da matéria e transfere ao poder executivo a regulamentação do tema. O mandamento positivado é claro (“o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”) e não admite interpretação que vá além do que o próprio texto contém, pelo que uma decisão judicial que esteja a regulamentar o uso das algemas (caso da súmula sob análise) estaria a subverter uma separação de poderes, portanto ferindo postulado positivista.

Mas ainda um outro argumento a favor de um paradigma positivista como norte na decisão do Supremo Tribunal Federal pode ser objeto de análise: se o legislador outorgou ao chefe do executivo a regulamentação do uso de algemas, e este não o fez, e se passaram mais que vinte anos entre a vigência da Lei de Execuções Penais e a Súmula Vinculante nº 11, o que se mostra não é uma questão de interpretação de leis, mas sim, de um vácuo normativo a ser preenchido. Por sua vez, no caso da ausência de norma

positivada a regular o tema, estaria livre o julgador a fazê-lo. Ora, o caso concreto pedia uma decisão sobre a possibilidade ou não do uso de algemas no transporte da pessoa presa e da manutenção desta pessoa algemada em sala de audiência, enquanto que no ordenamento jurídico pátrio, como norma geral, apenas um mandamento de delegação não cumprido, ou seja, o silêncio.

Lembre-se então da permissividade da teoria de Kelsen para que o juiz se faça em legislador no caso das lacunas da lei²⁹³, ou dos juízos de equidade de Bobbio e Hart.

Tal argumento possui força, mas é vencido pela observação de que os senhores ministros, quando das duas últimas decisões que subsidiaram a súmula em debate, embora reconheçam a inexistência de norma geral a regulamentar o uso de algemas, não pouparam esforços em vincular o julgado à interpretação do artigo 284, do CPP, no qual vincularam o termo “uso de algemas” com o “uso da força”²⁹⁴, ou seja, não era a visão positivista de vácuo de lei que seguiam como paradigma, mas sim a busca, via interpretação, da regulamentação do tema em alguma lei posta. Não há nos votos proferidos

²⁹³ Ver paginas 32-33.

²⁹⁴ Do voto da Ministra Carmen Lúcia: “O Código Penal e o Processo penal vigentes atualmente não tratam, específica e expressamente, do uso das algemas”, demonstrando que os senhores ministros estavam cientes da falta de regulamentação do tema em termos gerais, e do mesmo voto a tentativa de aliar a decisão a um dispositivo legal: “O Código de Processo Penal Brasileiro, em seu art. 284, mesmo não se valendo da palavra algema, reza que ‘não será permitido o uso de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso’, sinalizando com as hipóteses em que aquela poderá ser usada”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus n. 89.429-1. Primeira Turma. Decisão em 22 de agosto de 2006, publicada no Diário de Justiça em 02 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=402446&idDocumento=&codigoClasse=349&numero=89429&siglaRecurso=&classe=HC>. Acesso em 07 de dezembro de 2009. No mesmo diapasão, do voto do Ministro Marco Aurélio: “O novo Código (Processo Penal) somente veio à baila em 3 de outubro de 1941, passando a vigor desde então o artigo 284 – ‘Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso’ -, que, embora não se refira expressamente ao uso de algemas, sinaliza as situações de fato extremas em que poderão ser utilizadas”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus n. 91.952. Tribunal Pleno. Decisão em 07 de agosto de 2008, publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 19 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=570157&codigoClasse=349&numero=91952&siglaRecurso=&classe=HC>. Acesso em 07 de dezembro de 2009

quando das decisões anteriores ou nos debates para a edição da súmula das algemas, qualquer menção sobre o exercício da arbitrariedade ou da inserção de regra para o preenchimento de um vácuo da lei.

Outro fator que afasta a idéia positivista quando da análise à Súmula das Algemas é a visão Constitucional que perpassa os debates sobre para edição da súmula e as duas decisões que a antecederam. Houve uma preocupação não apenas de ordem positiva, infraconstitucional, na qual a Constituição é vista apenas como uma fonte formal de constituição de regras, mas antes como norma em si, capaz de influir sob todo o ordenamento, inclusive na regulação do uso de algemas.

Logo, a existência de lei própria para o tema, pendente de norma posterior, a não menção por parte dos senhores Ministros quanto ao preenchimento de vácuo da lei e a função exercida pela Constituição quando dos debates e votos, afastam a possibilidade de um paradigma positivista da decisão de edição da Súmula Vinculante n° 11.

3.4.1 A SÚMULA 11 SOB A LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Se a Súmula das Algemas não apresenta resquícios de um fundamento juspositivista, resta a análise de seu engendramento sob uma visão neoconstitucional, e parafraseando a lição de Marx já aproveitada por Streck e Veron:

Isto porque, como diz Veron, “entre as lições de Marx, uma é mister não abandonar: ele nos ensinou que, se se souber olhar bem, todo produto traz os traços do sistema produtivo que o engendrou. Esses traços lá estão, mas não são vistos, por invisíveis’. Uma certa análise pode torná-los visíveis: a que consiste em postular que a natureza de um produto só é inteligível em relação às regras sociais de seu engendramento”.²⁹⁵

²⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 17.

Logo, há de se buscar os traços de teorias neoconstitucionais, quer no texto da súmula, quer nos debates que a originaram, quer nas decisões que a antecederam.

Quanto aos traços que se buscam podemos listar os postulados neoconstitucionais arrolados quando do capítulo segundo deste escrito. Nas decisões há uma preocupação exclusiva com regras, ou os princípios constitucionais se apresentam como base para a decisão? O papel do Poder Judiciário apresenta maior ou menor grau de atuação que o Poder Legislativo? O Poder Judiciário, de fato, foi intervencionista? A Constituição é utilizada como regra material em algum ponto da decisão?

Quanto ao intervencionismo e um papel destacado do Poder Judiciário sobre o Legislativo, repisamos os argumentos já lançados de que o ordenamento jurídico conta com previsão legal – regra aprovada pelo Poder Legislativo - em que delega a regulamentação do uso de algemas ao Poder Executivo, portanto, qualquer decisão judicial a tratar do tema, regulando o uso de algemas (como norma de caráter geral) é, sim, óbvia intervenção.

Os Senhores Ministros demonstraram, em suas duas decisões anteriores à Súmula das Algemas, sobretudo do último Habeas Corpus julgado (pelo Pleno), ter conhecimento do dispositivo formalmente aprovado e formalmente válido que remetia ao Poder Executivo a regulamentação do uso de algemas. Isto se constata dos termos descritos quando do acórdão:

Na Lei de Execução Penal – n. 7.210/84 -, bem se revelou o caráter excepcional da utilização de algemas, instando-se o Poder Executivo à regulamentação no que previsto, no artigo 159, que o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal.²⁹⁶

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus n. 91.952. Tribunal Pleno. Decisão em 07 de agosto de 2008, publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 19 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=570157&codigoClasse=349&numero=91952&siglaRecurso=&classe=HC>. Acesso em 07 de dezembro de 2009.

No mesmo acórdão, ainda do voto do Relator: “**A ausência de norma expressa** prevendo a retirada das algemas durante o julgamento não conduz à [...]” (grifos nossos).

E mesmo ante a ausência de norma expressa o Poder Judiciário não apenas concedeu o Habeas Corpus que era objeto do julgamento e ignorou o mandamento de regulação por parte do executivo como acabou por em data não muito distante, propor e aprovar a Súmula das Algemas, visando regular em parte o tema.

Evidente estar-se diante de um Poder Judiciário intervencionista, bastante afastado do estereótipo de “boca da lei”. Contudo se a análise tivesse um fim neste ponto, certamente o pensamento do leitor seria levado à conclusão de um ato de decisionismo judicial, inconcebível nas teorias neoconstitucionais.

Importa aqui trazer a memória que a constatação e defesa nas teorias neoconstitucionais de que o sistema jurídico conta não apenas com regras, mas também com princípios, tem sua função primeira em afastar decisionismos e a discricionariedade grave²⁹⁷. Por isto da importância do questionamento: Ao editar a Súmula Vinculante os Senhores Ministros preocuparam-se com princípios constitucionais ou apenas ignoraram a regra positivada na lei ordinária?

Da decisão do Habeas Corpus n. 89.429-1, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, algumas passagens esclarecedoras quanto ao uso de princípios constitucionais como norte no julgamento:

Da ementa: “O emprego dessa medida tem como **balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**”. Do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia: “Nem de longe, portanto, se há de pensar que a utilização daquele instrumento possa ser

²⁹⁷ Ver itens 2.1 e 2.4 desta dissertação.

arbitrária ou tolerada sem que regras jurídicas vigorem no País quanto ao seu emprego, **pois a forma juridicamente válida do seu uso pode ser inferida a partir da interpretação dos princípios** e até mesmo das regras vigentes.” [...] “Não há, par ao direito, pessoas de categorias variadas. **O ser humano é um e a ele deve ser garantido o conjunto de direitos fundamentais**”. [...] “Deve ser enfatizado que o emprego daquela medida tem como **balizamento jurídico necessário o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade**”. Do voto do Ministro Carlos Britto: “creio que **o direito do paciente** não reside no seu **status** de membro do Tribunal de Contas de Rondônia, mas **enquanto indivíduo, ser humano, porque o tratamento humilhante, desonroso, infamante, desfalca o ser humano não daquilo que ele tem, mas daquilo que ele é**”. Do voto do Ministro Sepúlveda Pertence: “Creio que **não só o uso da algema**, como qualquer utilização da pessoa do preso para o espetáculo – como se se tratasse de exibir um troféu – **é degradante e ofende princípios básicos da Constituição**”.²⁹⁸ (grifos nossos).

Também da decisão do Habeas Corpus n. 91.952-9, extraem-se algumas passagens esclarecedoras quanto ao uso de princípios constitucionais como norte no julgamento:

Do voto do relator: “Em primeiro lugar, **levem em conta o princípio da não-culpabilidade**”. Do voto do Ministro Carlos Britto: “A força normativa da Constituição é suficiente, **a partir do princípio da dignidade da pessoa humana**”. Do voto do Ministro Gilmar Mendes: “**Aplica-se também o princípio da dignidade da pessoa humana** na dimensão em que o homem não pode ser transformado em objeto dos processos estatais.”²⁹⁹ (grifos nossos).

²⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus n. 89.429-1. Primeira Turma. Decisão em 22 de agosto de 2006, publicada no Diário de Justiça em 02 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=402446&idDocumento=&codigoClasse=349&numero=89429&siglaRecurso=&classe=HC>. Acesso em 07 de dezembro de 2009.

²⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus n. 91.952. Tribunal Pleno. Decisão em 07 de agosto de 2008, publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 19 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=570157&codigoClasse=349&numero=91952&siglaRecurso=&classe=HC>. Acesso em 07 de dezembro de 2009.

Igualmente dos debates fundadores da Súmula das Algemas, colhem-se elementos de preocupação com a aplicação dos princípios constitucionais:

Do Ministro Marco Aurélio: “aludindo ao artigo 1º (Constituição Federal), quer versa os fundamentos da República e revela, entre esses, o **respeito à dignidade humana**”. Do ministro Carlos Britto: “Esse tratamento degradante (Art. 5º, inciso III, da Constituição Federal) significa infamante, humilhante, como se dá quando o ser humano, ainda que preso em flagrante de delito, é exibido ao público como se fosse um troféu, uma caça, numa atmosfera de exibicionismo policial” [...] “Depois, a Constituição, não satisfeita com essa determinação em prol da **dignidade da pessoa humana**...”³⁰⁰

Ou seja, no que tange à defesa dos direitos fundamentais e a observância de princípios constitucionais, a pesquisa aos debates que originaram a Súmula Vinculante ora em pauta, dá conta de que a argumentação basilar de edição da sumular deu-se em torno do respeito à dignidade da pessoa humana bem como utilizaram os Senhores Ministros dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, afastando assim a possibilidade de um mero decisionismo e aproximando os fundamentos da Súmula, sob estudo, às teorias neoconstitucionais.

Se a Súmula das Algemas demonstra um Poder Judiciário intervencionista, preocupado com defesa de direitos fundamentais e voltado ao uso de princípios como normas jurídicas, resta então à indagação sobre a função da Constituição neste contexto, lembrando que norma infraconstitucional tratava da matéria como regra geral. Que função exerceu a Constituição na decisão dos Senhores Ministros? Fonte formal das regras infraconstitucionais ou fonte direta de regras e princípios a serem observados?

³⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Debates que integram a ata da 20ª (vigésima) sessão ordinária do Plenário, realizada em 13 de agosto de 2008. Diário de Justiça Eletrônico n. 214/2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf . Acesso em: 08 de dezembro de 2009.

Novamente a análise se estende às fundamentações dos dois últimos Habeas Corpus antecedentes à Súmula 11, e ao debate para edição da Súmula.

Da decisão do Habeas Corpus n. 89.429-1:

Da Relatora, Ministra Carmen Lúcia: “A Constituição da República, em seu art. 5º, **inc. III, em sua parte final**, assegura que ninguém será submetido a tratamento degradante, e, no inciso X daquele mesmo dispositivo, protege o direito à intimidade, à imagem e à honra das pessoas”. O Ministro Carlos Britto fez uso do mesmo dispositivo Constitucional. Do Ministro Sepúlveda Pertence: “Recordo além dos preceitos invocados pela eminente Relatora, o **inciso XLIX do art. 5º**: ‘é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral’”.³⁰¹ (grifos nossos).

Do Habeas Corpus n. 91.952-9:

Do relator, Ministro Marco Aurélio: “Da leitura do rol das garantias constitucionais – **artigo 5º** -, depreende-se a preocupação em resguardar física e moral – **inciso XLIX**. Versa o **inciso LXI**, como regra...”. Do ministro Carlos Britto: “É sabido que as algemas constroem fisicamente, psicologicamente, abatem senão a moral o moral do preso (*sic*), do algemado, e evidente que o seu uso desnecessário ou não fundamentado – já chegarei lá – começa por violar o **inciso III, do artigo 5º da Constituição**...”. Do Ministro Cezar Peluso: “Senhor Presidente, eu tinha feito também anotação para recorrer às duas normas constitucionais que, a meu ver, com a abstração de todo ordenamento infraconstitucional, já seriam suficientes para qualificar como ilícito o uso indevido e desnecessário das algemas: as disposições do **artigo 5º, III** – aliás, é conhecidamente a repetição do artigo 5º da Declaração Universal dos

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus n. 89.429-1. Primeira Turma. Decisão em 22 de agosto de 2006, publicada no Diário de Justiça em 02 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=402446&idDocumento=&codigoClasse=349&numero=89429&siglaRecurso=&classe=HC>. Acesso em 07 de dezembro de 2009.

Direitos do Homem – e, o **inciso XLIX**, que assegura a integridade física e moral do preso...”.³⁰² (grifos nossos).

Por fim, dos debates de aprovação da Súmula das Algemas, os senhores Ministros voltaram a se socorrer dos incisos III e XLIX, do artigo 5º, da Constituição Federal, como fundamento de decisão.³⁰³

Tal postura demonstra que à Constituição foi concedido novo patamar, não só de norteadora formal de normas infraconstitucionais, mas de regras e princípios aptos a Constituir o mundo jurídico e da vida. Esta visão de Constituição é essencialmente neoconstitucional. Reiterando o dizer de Streck: “No topo do ordenamento, está a Constituição. Esta Lei Maior deve ser entendida como *algo que constitui a sociedade, é dizer, a constituição do país é a sua Constituição*”.³⁰⁴

Em uma suma dos fundamentos da Súmula Vinculante de número 11, é possível afirmar-se que: há regras Constitucionais observadas, há princípios Constitucionais aplicados e há um Poder Judiciário interventor. Por fim pode-se seguramente afirmar que um direito material (proibição do uso de algemas imotivado) sobrepujou a mera formalidade apregoada pelo direito positivado (o uso de algemas será regulamentado pelo Poder Executivo).

Logo, é possível a conclusão que a Corte Constitucional, demonstrou, por sua decisão, uma base teórica neoconstitucionalista.

³⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus n. 91.952. Tribunal Pleno. Decisão em 07 de agosto de 2008, publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 19 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=570157&codigoClasse=349&numero=91952&siglaRecurso=&classe=HC>. Acesso em 07 de dezembro de 2009.

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Debates que integram a ata da 20^a (vigésima) sessão ordinária do Plenário, realizada em 13 de agosto de 2008. Diário de Justiça Eletrônico n. 214/2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf. Acesso em: 08 de dezembro de 2009.

³⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009. p. 295-296.

Talvez o único ponto verificável da edição da Súmula das Algemas em que os Ministros do Supremo Tribunal Federal não se mostrem neoconstitucionalistas (substancialistas), conscientemente ou não, é quanto à preocupação em demonstrar interpretação de norma infra-constitucional, segundo ditames de hermenêutica clássica, conforme disposto pelo Ministro Relator:

“Mais do que isso: o Tribunal, tendo em conta o precedente a que me referi, assentou que o próprio Código de Processo Penal contém dispositivo que, interpretado, sob o ângulo teleológico, do objetivo da norma, conduz ao afastamento do uso abusivo das algemas”³⁰⁵.

Contudo, do teor dos debates e das decisões anteriores já transcritas, é verificável que a justificação em interpretação de dispositivo do Código de Processo Penal dá-se mais como resquício da necessidade de uma amparo legal positivado no sistema jurídico infra-constitucional (mesmo que para a matéria baste a Constituição) do que como fundamento para a edição da Súmula Vinculante examinada.

Portanto, o pano de fundo verificável na edição da Súmula Vinculante n. 11 enquadra-se perfeitamente nas idéias teóricas neoconstitucionais apresentadas pelos autores arrolados no capítulo 2 da presente dissertação, nas quais o Poder Judiciário intervém no sistema jurídico resgatando princípios fundamentais previstos na Constituição.

³⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Debates que integram a ata da 20^a (vigésima) sessão ordinária do Plenário, realizada em 13 de agosto de 2008. Diário de Justiça Eletrônico n. 214/2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf . Acesso em: 08 de dezembro de 2009.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Necessária a síntese das idéias apresentadas no decorrer da presente dissertação.

O capítulo inicial extraiu de Bobbio, Kelsen e Hart, um conceito de positivismo jurídico, que em limitada síntese pode ser definido como: a doutrina limitadora do Direito ao direito positivo, despreocupada com elementos de moral e observadora do direito *tal qual é* e não *tal qual deveria ser*.

Decorrente de tal postura, e das vinculadas ao seu nascedouro (codificação, separação rígida dos poderes, etc.) o Positivismo Jurídico apresenta soluções para validade das normas jurídicas, papel do intérprete e função da Constituição.

No que toca à validade das normas jurídicas, as teorias juspositivistas pesquisadas apresentam fórmula apta a resolver tal problema na maioria dos casos. Será válida a norma que for emanada por autoridade competente para tanto. Não tenha sido revogada por outra norma. Não for incompatível com outra norma do mesmo sistema.

Os três passos que, segundo uma visão juspositivista, solucionam o problema da validade das normas jurídicas, necessitam de uma construção teórica que os amparem. Daí a *Norma Fundamental* de Kelsen, ou a *Norma de Reconhecimento* de Hart, condição de legitimidade para aferir-se se a autoridade tem ou não competência para fazer valer uma norma jurídica. E o sistema de regras piramidal de Kelsen, necessário para a solução das antinomias.

Outro ponto a ser observar é a limitação formal no exame da validade das normas jurídicas. Em nenhum momento as teorias apresentam uma preocupação com o conteúdo da norma sob exame, limitando-se à formalidade que a trouxe ou a mantém no sistema jurídico. O critério valorativo justiça é desprezado no exame da validade.

A eficácia das normas não é apresentada como condição essencial à validade das normas nas teorias juspositivistas descritas no Capítulo 1, embora Kelsen aponte para a necessidade de eficácia ao menos em certa medida. Contudo, ante a pesquisa levada a efeito com os resultados apresentados neste trabalho, evidente que a questão da eficácia e sua relação com a validade das normas jurídicas não se faz plenamente resolvida nas obras de Kelsen, Hart e Bobbio.

Ainda tratando do Positivismo Jurídico, da validade das normas o presente trabalho segue o debate sobre o papel a ser ocupado pelo intérprete, em especial o Poder Judiciário e em parte, o Ministério Público.

O Positivismo Jurídico nasceu em meio e em defesa da codificação, da aceitação do princípio da autoridade, da certeza do direito e da rigorosa distribuição de tarefas entre os três poderes, portanto a consequência lógica é o engessamento do papel do intérprete juiz que estará extremamente limitado à semântica e à busca de uma vontade do legislador.

Como visto, o papel do legislador, para o positivismo jurídico, assume importância, eis que sua promessa é a regulação de todos os possíveis conflitos pela lei. Por sua vez, ao Poder Judiciário caberá o exame de validade (formal) das normas jurídicas e o exame das questões de fato e de Direito.

Na teoria juspositivista o papel do julgador é o de continuação na criação jurídica iniciada pelo legislador e não de início deste processo de criação. Contudo, as teorias de Kelsen, Hart e Bobbio são permissivas da arbitrariedade judicial nas questões não previstas pelo sistema jurídico.

Da doutrina juspositivista se extrai a hierarquia das leis, como forma legitimadora do sistema jurídico, o que leva à norma fundamental (Kelsen), ou de reconhecimento (Hart), como topo da pirâmide hierárquica.

Por sua vez, a pesquisa e relatório apontaram que a hierarquia e a complexidade do sistema permitem algumas funções

constitucionais, como a solução do conflito de normas e a verificação de validade dos preceitos legais.

Concluiu-se então que a principal função jurídica da Constituição, nas teorias juspositivistas, é a de paradigma de validade e solução de conflito de normas.

Findo o Capítulo 1, com a apresentação das idéias positivistas sobre validade das normas jurídicas, papel do intérprete e função da Constituição, dá-se início ao segundo capítulo, com um título dedicado às críticas aos postulados positivistas (das quais surgem várias das propostas às teorias neoconstitucionais).

A validade meramente formal das normas jurídicas sofre críticas teóricas, demonstradas por (trágicos) exemplos práticos. A ausência do critério justiça (embora vago) no exame de validade pode ter consequências desastrosas. Um Direito voltado a si mesmo, avalorativo, perde, inclusive, sua legitimidade, segundo as palavras de Habermas.

O intérprete julgador não pode cingir-se a questões de mera formalidade, ou às questões de fato e direito, deve ir além e tratar de questões de política, de moralidade e de fidelidade. Fator verificável em maior parte ante o crescimento das demandas coletivas e uma complexidade social cada vez aumentada. Em contrapartida a um papel de maior importância, não está o intérprete Juiz autorizado à arbitrariedade e decisionismos, conforme juspositivamente autorizado.

O sistema jurídico vai além das regras postas e contém em seu bojo um conjunto de princípios, norteadores do próprio Direito, aos quais o intérprete deverá se socorrer no exame do Direito.

As críticas descritas no presente trabalho findam com a limitação da Constituição apregoada pelo Positivismo Jurídico. Não que as teorias juspositivistas não tenham alcançado excepcional avanço no que toca à função da Constituição, mas sim porque outros avanços são possíveis e o aprimoramento das idéias está intrínseco ao mundo teórico. Para Streck, a

Constituição deve ser vista além de sua concepção formal, para de fato resgatar as promessas da modernidade e melhores condições sociais.

Findas as críticas ao Juspositivismo, o Capítulo 2 segue na análise do Neoconstitucionalismo, seu conceito e sua visão de validade de normas jurídicas, papel do intérprete e função da Constituição.

Também em apertada síntese é o Neoconstitucionalismo a teoria do Direito que trata da transformação do Direito causada pelas Constituições contemporâneas, rígidas, garantidoras de direitos fundamentais e com força vinculante a todo sistema jurídico e a seus agentes.

No que tange à validade das normas jurídicas, as teorias neoconstitucionais não se limitam a um exame meramente formal, mas defendem a necessidade do exercício de um juízo de valor. E enquanto o positivismo jurídico confere à Constituição, como livro supremo de regras, um posicionamento formal dentro do sistema, o Neoconstitucionalismo confere a esta um papel crítico de projeção de valores.

Outra defesa neoconstitucional é a divisão das normas jurídicas em regras e princípios, que embora guardem características próprias devem ser observados como ordenamento.

As teorias neoconstitucionais observam o fenômeno da crescente complexidade social e defendem novos contornos ao papel do intérprete. Não mais “boca da lei” e *tradutor* do Poder Legislativo, antes um realizador das promessas Constitucionais.

Neste ponto, importa a anotação de que das correntes neoconstitucionais podem ser vislumbradas, segundo o papel do intérprete, uma divisão entre Procedimentalismo e Substancialismo, sendo que o primeiro eixo analítico vê no Poder Judiciário um garantidor dos procedimentos ao exercício da democracia e cidadania, enquanto o segundo vê um Poder Judiciário intervencionista e garantidor das promessas da modernidade.

O último item do capítulo segundo trata da função da Constituição sob as teorias neoconstitucionais. Respeitadas as conquistas juspositivistas no âmbito de importância da Constituição, as teorias neoconstitucionais apregoam ser a Carta Magna uma fonte de direitos individuais e sociais realizáveis, não como uma bússola a apontar o futuro, mas sim um ordenamento presente e constituinte da sociedade.

Ante a verificação das posturas ideológicas contraditórias – validade formal x validade material; intérprete vinculado à letra da lei e arbitrário em sua falta x intérprete vinculado a princípios constitucionais; Constituição como fonte formal x Constituição realizadora, segue o trabalho em seu terceiro capítulo na análise de quais destes postulados estão a amparar a edição da décima primeira súmula do Supremo Tribunal Federal.

O terceiro capítulo inicia com algumas considerações histórias sobre as súmulas vinculantes e apresenta algumas críticas direcionadas à sua inserção na Carta Magna. Contudo, conforme desde o início esclarecido, o presente trabalho considera o instituto da Súmula Vinculante como regularmente instituído no ordenamento jurídico pátrio e não adentra nem conclui o acerto ou o erro da emenda constitucional responsável pela inserção do verbete vinculante.

O segundo título do terceiro capítulo arrola, com sintética análise, os quatro julgados que antecederam a Súmula das Algemas, verificando questões que se revelarão relevantes ao objetivo do presente trabalho, como preocupação com regras constitucionais ou infraconstitucionais, fundamentação jurídica com base em princípios, influência da Constituição e papel exercido pelo intérprete.

Na seqüência, abrem-se parênteses para a análise da formalidade observada quando da edição da Súmula 11. Do exame cuidadoso da ata de debates e das decisões anteriores que fundaram a medida, constatou-se que apenas parte da formalidade necessária à edição da Súmula das Algemas foi obedecida. Foram plenamente obedecidas as formalidades do número mínimo de ministros, a publicação, a constitucionalidade do tema. Também possível a

conclusão de que a metade inicial do texto da Súmula respeitou a exigência de reiterados julgados.

Embora em parte respeitados os requisitos, a análise de formalidade apontou vácuos na edição da Súmula: a parte final do texto não conta com reiteradas decisões em tempo anterior à edição da súmula; não trata da validade, interpretação ou eficácia de norma; os debates não se fundaram em grave insegurança jurídica tampouco na relevante multiplicação de processos.

Em resumo, apenas parte das formalidades foi observada quando da edição da Súmula Vinculante n. 11, do Supremo Tribunal Federal.

Como um dos últimos passos do presente escrito a Súmula das Algemas foi analisada sob os postulados juspositivistas - o Direito como sendo o Direito positivado; a observação apenas formal de validade da norma; a prevalência do legislador sobre o intérprete julgador; a interpretação limitada à busca da vontade do legislador e ao significado do texto; o papel do poder judiciário quando na ausência de norma positiva reguladora de casos concretos e uma função constitucional limitada.

A resposta encontrada e apresentada no item 3.4, dá conta de que não foram as idéias teóricas do Positivismo Jurídico que levaram os senhores ministros à edição da Súmula das Algemas. Tal afirmação é possível ante alguns fatores: a) legislação própria remetia à regulação do uso de algemas ao Poder Executivo, via decreto; b) o Supremo Tribunal Federal foi intervencionista ao regular o tema e ignorar a norma infraconstitucional posta; c) a tentativa de demonstrar interpretação de norma infraconstitucional diversa daquela reguladora do tema demonstra que não houve adoção da arbitrariedade apregoada pelo Positivismo Jurídico na solução de conflitos ante o vácuo legislativo; d) a Constituição foi observada, na ata de debates e nas decisões anteriores, como fonte de regras e princípios a serem aplicados e não apenas como fonte formal de Direito.

Na seqüência, cumprindo a promessa inicial, o presente trabalho faz análise da Súmula das Algemas sob a ótica de postulados

neoconstitucionais, encontrando desta feita resultado positivo, ante alguns fatores: a) as decisões antecedentes e a ata de debates anotam fundamentação em princípios constitucionais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana; b) o Poder Judiciário teve postura claramente intervencionista (embora não discricionária em sentido grave) sobre o tema; c) a Constituição foi apresentada como fonte de regra, aplicável aos fatos e ao ordenamento como um todo; d) maior respeito ao valor material do direito em questão (uso de algemas e suas conseqüências à dignidade humana), do que à mera formalidade (o Poder Executivo regulará o uso de algemas via decreto).

Conclui-se o presente trabalho com as afirmações de que apenas parte da formalidade necessária à edição da Súmula Vinculante n. 11, do Supremo Tribunal Federal foi obedecida e que a base teórica utilizada pelos senhores Ministros não foi juspositivista, mas sim neoconstitucionalista.

Assim, dentre as hipóteses inicialmente declaradas, a presente pesquisa nos leva à conclusão lógica de que a Súmula Vinculante de n. 11, do Supremo Tribunal Federal, que trata da regulação do uso de algemas no território nacional, não apresentou como base teórica o Positivismo Jurídico, ao contrário, possui marcantes características de uma base teórica Neoconstitucional, pelo que verdadeira a segunda hipótese levantada (“b”), descartando-se as demais (“a”, “c” e “d”).

De igual forma, embora questão secundária na presente pesquisa, conclui-se que apenas parte das formalidades necessárias à edição da Súmula Vinculante de n. 11, foram obedecidas pelos Srs. Ministros do Supremo Tribunal Federal, confirmando a hipótese identificada pela letra “g” e descartando-se as demais atinentes ao tema (“e” e “f”).

Aliado à pesquisa realizada com os resultados acima apresentados, a presente dissertação visa ainda estimular aos pesquisadores a continuidade na investigação sobre bases teóricas utilizadas nas decisões do Supremo Tribunal Federal, o que poderá ser de grande auxílio para uma análise de coerência de decisões e mesmo no exame da plurívoca segurança jurídica.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução: Alfredo Bossi. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nasseti. Coleção Obra Prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ATIENZA, Manuel. RUIZ, Juan. **Las piezas del derecho – Teoría de los enunciados jurídicos**. 2ª ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti; revisão de tradução Silvana Cobucci Leite. – 2ª Ed. - São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.

BRASIL. Código de Processo Penal Militar. Decreto-Lei 1.002, publicado do Diário Oficial da União em 21 de outubro de 1969. Vade Mecum. Obra Coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 7 ed. São Paulo. Saraiva, 2009. CD-ROM.

BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Mista Especial para a Reforma do Poder Judiciário. **Relatório nº 1, de 2006**. p. 22. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getPDF.asp?t=41405>. Acesso em: 25 de outubro de 2009.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Código Penal; Processo Penal e Constituição Federal / obra coletiva da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006**. Regulamenta o art. 193-A da Constituição Federal e altera a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Código Penal; Processo Penal e Constituição Federal / obra coletiva da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Lei n. 9.537**. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União em 12 de dezembro de 1997. Vade Mecum. Obra Coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7 ed. São Paulo. Saraiva, 2009. CD-ROM.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Debates que integram a ata da 20^a (vigésima) sessão ordinária do Plenário, realizada em 13 de agosto de 2008**. Diário de Justiça Eletrônico n. 214/2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf . Acesso em: 08 de dezembro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. **Habeas Corpus n. 56.465-8**. Segunda Turma. Decisão em 05 de setembro de 1978, publicada no Diário de Justiça em 06 de outubro de 1978. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=96906&idDocumento=&codigoClasse=419&numero=56465&siglaRecurso=&classe=RHC>. Acesso em 07 de dezembro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. **Habeas Corpus n. 71.195-2**. Segunda Turma. Decisão em 25 de outubro de 1994, publicada no Diário de Justiça em 04 de agosto de 1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=72948&idDocumento=&codigoClasse=349&numero=71195&siglaRecurso=&classe=HC>. Acesso em 07 de dezembro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. **Habeas Corpus n. 89.429-1**. Primeira Turma. Decisão em 22 de agosto de 2006, publicada no Diário de Justiça em 02 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=402446&idDocumento=&codigoClasse=349&numero=89429&siglaRecurso=&classe=HC>. Acesso em 07 de dezembro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. **Habeas Corpus n. 91.952**. Tribunal Pleno. Decisão em 07 de agosto de 2008, publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 19 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=570157&codigoClasse=349&numero=91952&siglaRecurso=&classe=HC>. Acesso em 07 de dezembro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Agosto_2009.pdf. Acesso em: 08 de dezembro de 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2ª Ed. Madrid: Trotta, 2005.

CHAMPLIN, Russel Norman. **Enciclopédia de Bíblia Teologia e Filosofia**. 6ª Ed. São Paulo: Hagnos, 2002. Volume 5.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. In: CARBONELL, Miguel. **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta.

CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. Sobre o Princípio Republicano. **Novos Estudos Jurídicos**. Revista quadrimestral do programa de pós-graduação *stricto sensu* em ciência jurídica da Univali. Volume 13, n. 1/2008. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1226/1029>. Acesso em: 09 de dezembro de 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIA, José Eduardo. **O poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas**. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1995. p. 29-30.

FERNANDES, Francisco. LUFT, Celso Pedro. **Dicionário Brasileiro Globo**. 56 ed. São Paulo: Globo, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et. al.*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho**. Tradução do italiano ao espanhol de Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

FRANÇA. Assembléia Nacional. **Declaração dos Direitos Humanos. 1789.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 09 de dezembro de 2009.

GENY, Françoise. **Méthode d'Interprétation et Sources em Droit Positif.** Paris, 1899. *Apud* FONSECA, Roberto Piragibe da. **Introdução ao Estudo do Direito,** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975. *Apud* HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o Direito.** 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

GENY, Françoise. **Méthode d'Interprétation et Sources em Droit Positif.** 2ª ed., Paris, 1899. *Apud* BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito.** Tradução Denise Agostinetti; revisão de tradução Silvana Cobucci Leite. – 2ª Ed. - São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

GUASTINI, Ricardo. **La 'constitucionalización' del ordenamento jurídico: el caso italiano.** In: CARBONELL, Miguel. **Constitucionalismo(s).** Madrid: Editorial Trotta.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre factidade e validade.** Volume 1. 2ª Ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre factidade e validade.** Volume 2. 2ª Ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o Direito**. 11^a edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARX, Karl. **Il manifesto filosofico della scuola storica del diritto**. Torino: L. Firpo, 1950. Apud ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

Oxford Latin Dictionary. Londres: Oxford University Press, 1968.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito. Cinco Minutos de Filosofia do Direito**. Apêndice II. Tradução de Cabral Moncada. 5 ed. Coimbra: Sucessor Coimbra, 1974.

REALE, MIGUEL. **Direito e Cultura, in Horizontes do Direito e da História.** 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Crítica à hermenêutica do conforto: a Súmula (vinculante) como se imagem fosse.** In: NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira; JACINTO, Nelson de Miranda Coutinho; MEZZAROBBA, Orides.. (Org.). *Constituição e Estado Social - Os obstáculos à concretização da constituição.* 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2006.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 2001.016738-7.** Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=2001.016738-7&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAGxaAAJAAVmAAL>. Acesso em: 08 de dezembro de 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 2007.045793-2.** Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=2007.045793-2&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAGxaAAHAAAoOHAAC>. Acesso em: 09 de dezembro de 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009.

STRECK, Lenio. **Entrevista concedida à revista Carta Forense em 01 de dezembro de 2008.** Disponível em:

http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=82&Itemid=2. Acesso em: 25 de outubro de 2009.

STRECK, Lenio. **O frahenheit sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça.** Disponível em:

http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=17&Itemid=40. Acesso em: 27 de outubro de 2009.

VIANNA, Luiz Werneck... [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil** – Rio de Janeiro. Revan, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia.** Tradução de Maria Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución.** Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.