FÁBIO LUIZ BRAGANÇA FERREIRA

ENTRE A CONTENÇÃO E A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA:

UM ESTUDO SOBRE A INTERPRETAÇÃO, A COMPREENSÃO E A APLICAÇÃO DO DIREITO A PARTIR DAS CORTES MOREIRA ALVES E AYRES BRITTO

Biblioteca de Referência em Políticas Públicas

CEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

FERREIRA, Fábio Luiz Bragança.

ENTRE A CONTENÇÃO E A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: um estudo sobre a interpretação, a compreensão e a aplicação do Direito a partir das Cortes Moreira Alves e Ayres Britto. – Brasília, DF, 2021.

315 f.

ISBN: 978-85-7267-090-6

Tese (Doutorado em Direito) – ICPD, UniCEUB.

1. Teoria do Direito. 2. Direito Público. 3. Direito Constitucional. 4. Jurisdição Constitucional.

Orientador: Luís Carlos Martins Alves Junior (UniCEUB).

Sumário

INTRODUÇÃO **6**

1. PRESSUPOSTOS HERMENÊUTICOS ESTRUTURANTES: ALGUMAS PERSPECTIVAS INSTITUCIONAIS E METODOLÓGICAS **18**

1.1 O TEXTO NORMATIVO E SEUS VÍNCULOS INSTITUCIONAIS **20**

1.2 O texto normativo como linguagem e a diferença entre texto e norma. 27

1.3 A indeterminação da linguagem natural: a senda do Direito entre lacunas e imprecisões. **30**

1.4 A teoria da derrotabilidade das regras jurídicas. **43**

1.5 A insuficiência das posturas metodológicas tradicionais **47**

1.7 Conclusões Parciais **68**

2. O BRASIL E O STF NA JUDICATURA DE MOREIRA ALVES **70**

2.1 A construção do pensamento autoritário brasileiro: o caminho de uma teoria político ideológica **72**

2.2 O papel do Direito no pensamento autoritário brasileiro **83**

2.3 A visão de Moreira Alves sobre o Direito. **88**

2.4 Conclusões parciais **94**

3. O BRASIL E O STF NA JUDICATURA DE AYRES BRITTO **96**

3.1 A construção do pensamento democrático constitucional brasileiro: o caminho de uma teoria político ideológica **98**

3.2 O papel do direito na contemporânea democracia constitucional brasileira **107**

3.3 A visão de Ayres Britto sobre o Direito. **118**

3.4 Conclusões parciais **122**

4. CONTENÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO PERÍODO DA CORTE MOREIRA ALVES **124**

4.1 Tema 01. A licença gestante na Corte Moreira Alves. Paradigma: RE 197.807/4-RS. **124**

4.1.1. Colocação do tema em análise *124*

4.1.2. Dispositivo constitucional sob análise. *126*

4.1.3 Posição do Tribunal no tema. *127*

4.1.5 Conclusões. *129*

4.2 Tema 02. O depositário infiel na Corte Moreira Alves. Paradigma: HC 72.131-1/RJ. **130**

4.2.1 Colocação do tema em análise *130*

4.2.2 Dispositivo constitucional sob análise. *131*

4.2.3 Posição do Tribunal no tema. *132*

4.2.4 Ementa do julgado. *141*

4.2.5 Conclusões. *142*

4.3 Tema 03. A fidelidade partidária na Corte Moreira Alves. Paradigma: MS 20.927-DF **143**

4.3.1 Colocação do tema em análise *143*

4.3.2 Dispositivos constitucionais em análise. *144*

4.3.3 Posição do Tribunal no Tema. *145*
4.3.4 Ementa do julgado. *150*
4.3.5 Conclusões. *151*
4.4 Tema 04. O controle da omissão legislativa na Corte Moreira Alves. Paradigma: QO-MI/DF 107. ..... **152**
4.4.1 Colocação do tema em análise. *152*
4.4.2 Dispositivo constitucional em análise. *155*
4.4.3 Posição do Tribunal sobre o tema. *157*
4.4.4 Ementa do julgado. *163*
4.4.5 Conclusões. *163*
4.5 Tema 05. O princípio da razoabilidade na Corte Moreira Alves. Paradigma: ADI 958/RJ. **165**
4.5.1 Colocação do tema em análise. *165*
4.5.2 Dispositivo constitucional em análise. *167*
4.5.3 Posição do Tribunal sobre o tema. *168*
4.5.4 Ementa do julgado. *175*
4.5.5 Conclusões. *175*

5. TEMA 06: UM TEMA INTERSECIONAL A PARTIR DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. PARADIGMA: HC 82.424/RS. **177**

5.1 Colocação do tema em análise **177**
5.2 Dispositivo constitucional em análise **178**
5.3 Posição do Tribunal sobre o tema **180**
5.4 Ementa do julgado **187**
5.5 Conclusões **189**

6. EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO PERÍODO DA CORTE NA AYRES BRITTO **192**

6.1 Tema 07. O depositário infiel na Corte Ayres Britto. Paradigma: RE 466.343/SP **192**
6.1.1 Colocação do tema em análise. *192*
6.1.2 Dispositivos constitucionais em análise. *192*
6.1.3 Posição do Tribunal no tema. *193*
6.1.4 Ementa do julgado. *203*
6.1.5 Conclusões. *203*
6.2 Tema 08. Fidelidade partidária na Corte Ayres Britto. Paradigma: MS 26.602/DF **207**
6.2.1 Colocação do tema em análise. *207*
6.2.2 Dispositivos constitucionais em análise. *208*
6.2.3 Posição do Tribunal no tema em análise. *210*
6.2.4 Ementa do julgado. *227*
6.2.5 Conclusões. *228*
6.3 Tema 09. Controle da omissão legislativa na Corte Ayres Britto. Paradigma: ADPD 132 (Uniões Homoafetivas) **231**
6.3.1 Colocação do tema em análise. *231*
6.3.2 Dispositivos constitucionais em análise *232*
6.3.3 Posição do Tribunal sobre o tema *233*

6.3.4 Ementa do julgado *244*
6.3.5 Conclusões *247*
6.4 Tema 10. Direito à saúde na Corte Ayres Britto. Paradigma: ADI 3.510 (Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias) **249**
6.4.1 Colocação do tema em análise *249*
6.4.2 Dispositivos constitucionais em análise *251*
6.4.3 Posição do Tribunal no tema *253*
6.4.4 Ementa do julgado *268*
6.4.5 Conclusões *272*
6.5 Tema 11. O princípio da razoabilidade na Corte Ayres Britto. Paradigma: ADI 4.578 (ficha limpa) **275**
6.5.1 Colocação do tema em análise *275*
6.5.2 Dispositivos constitucionais em análise *276*
6.5.3 Posição do Tribunal sobre o tema *277*
6.5.4 Ementa do julgado *287*
6.5.5 Conclusões *290*

CONCLUSÃO **292**

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS **298**

Introdução

A expansão da jurisdição constitucional é uma realidade não apenas brasileira, mas mundial.[1] Dentre as várias explicações que se tentam formular para enfrentamento e análise desse fenômeno político-institucional, duas são particularmente interessantes: a primeira a considerar o surgimento de uma *consciência coletiva de direitos*, notadamente no período pós segunda guerra mundial, e a segunda a anotar a existência de mecanismos institucionais com estipulação de divisão do poder nos planos vertical (sistema federativo) e horizontal (tripartição de poderes).[2] São duas explicações que, complementares entre si, são adequadas e, em alguma medida, podem ajudam a explicar o caso brasileiro.

Uma terceira forma de explicar a ascensão do judiciário está no fato de que um sistema robusto de controle de constitucionalidade a proteger a normatividade de uma Constituição escrita e a ser exercido por um Tribunal, que justamente por essa razão se torna responsável por arbitrar os conflitos políticos nacionais, é sinal de segurança para grupos políticos que temam derrotas eleitorais. Vale dizer, ao exercer as atribuições para as quais foram criadas as Cortes Constitucionais operam como espécie de *seguro* geral para todos os grupos políticos, especialmente os derrotados (*insurance to prospective electoral losers*).[3] Protegendo e impondo sobre todos as regras do jogo, a jurisdição constitucional se torna facilitadora do funcionamento da democracia. Essa necessidade de um Tribunal que funcione como "seguro político" é especialmente relevante em um país como o nosso, cujo histórico é recheado de instabilidades políticas e golpes de Estado.

Seja para respaldar uma nova consciência coletiva de direitos, para garantir a divisão de poderes ou como seguro (*insurance*) para os grupos que disputam espaço na arena política, independente da explicação que se queira adotar, fato é que os Tribunais Constitucionais, no geral, e o Supremo Tribunal Federal[4], no particular, assumiram o

---

1 TATE, Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

2 GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. Em: WHITTINGTON, Keith; CALDEIRA, Gregory; e KELEMEN, Daniel. **The Oxford handbook of law and politics**. New York: Oxford University Press, pp.87-88.

3 GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**: constitutional courts in Asian cases. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 30-34.

4 Para uma revisão bibliográfica sobre a expansão do Judiciário, ver a excelente obra de: BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial *versus* Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

centro do desenho político institucional da maioria das nações ocidentais.[5] Quer isso dizer que essas instituições judiciais são as responsáveis por definir toda a espécie de conflitos, inclusive profundos desacordos morais que dividem a comunidade.

É essa atribuição política, de incontrastável relevância nas democracias constitucionais contemporâneas, que recebe a nossa atenção neste momento. A presente tese, portanto, tem como objeto o tema da jurisdição constitucional conforme exercida pelo Supremo Tribunal Federal. O recorte temático – para além de uma preocupação jurídico-política – não deixa de ser, também, um recorte histórico (temporal), pois o trabalho pretende analisar dois períodos distintos. Inicialmente o que chamaremos de "Corte Moreira Alves", com início já na entrada em vigor do atual regime constitucional, haja vista que o referido ministro já estava nessa condição desde 1975, até a data de 22.04.2003, na qual o ministro foi aposentado por conta da idade. O segundo período de jurisdição constitucional chamaremos de "Corte Ayres Britto", com início em 25.06.2003 e estendendo-se até 16.11.2012. São metonímias que pretendem – com alguma concessão metodológica – refletir o perfil da jurisdição constitucional do Tribunal de suas respectivas épocas.

Os perfis marcadamente distintos dos Ministros ajudam a explicar a escolha feita. Moreira Alves visto, com ou sem razão, como "prócer maior das ideias conservadoras"[6] no Supremo Tribunal Federal, refratário ao diálogo público fora dos autos.[7] Considerado, ainda e sem maiores discussões, como uma das lideranças mais longevas e fortes do Supremo Tribunal Federal. Não por outra razão que Recondo e Weber afirmam textualmente que em comparação com a Suprema Corte americana, só um

---

[5] Impossível não lembrar a famigerada advertência de Alexis de Tocqueville de que é improvável a existência de uma controvérsia política ou moral que não venha a se tronar mais cedo ou mais tarde uma controvérsia judicial. Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. São Paulo: Vide Editorial, 2019.

[6] MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: 2004, p. 116.

[7] Sobre o tema das intervenções públicas dos ministros do STF, ver a seguinte passagem de uma entrevista concedida pelo já ministro-aposentado Moreira Alves à Fundação Getúlio Vargas-RJ: "(FF) – *Ministro, com relação à mídia, independente da TV Justiça e do televisionamento das deliberações e das sessões plenárias, existia, dependendo do caso, evidentemente, assédio da mídia, não existia?* (MA) – Não. (FF) – *Jornalista querendo saber sua opinião. Isso era algo que acontecia. Talvez não todo dia, mas...* (MA) – Saber minha opinião? (risos) (FF) – *Sobre algum caso. Os jornalistas querem saber o que pensam os ministros do Supremo.* (MA) – É. Mas eu nunca.... O senhor nunca viu o meu nome na mídia, para dizer que fulano de tal acha que é isso, acha que é aquilo. Eu sempre achei que juiz não deve falar. Quanto menos falar, melhor. A pior coisa que já é começar a aparecer demais na mídia. (FF) – *Por quê?* (MA) – Justamente por isso. Porque o sujeito começa a dizer o que não devia dizer, ou seja, a adiantar voto. Isso é muito ruim. E a Lei Orgânica da Magistratura veda isso." Em: FONTAINHA, Fernando de Castro; DE PAULA, Christiane Jalles; DE ALMEIDA, Fábio Ferraz (orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013)**, v.13: Moreira Alves. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016, p. 85.

ministro teve a liderança capaz de batizar um período: Moreira Alves.[8] Liderança essa que era exercida de modo firme, por vezes até duro[9], por parte do ministro.[10]

Ayres Britto, a seu turno, amplamente saudado pela imprensa como "um poeta na alta corte" alinhado às ideias progressistas e um entusiasta de intervenções públicas enquanto Ministro[11] – prática que, é de se reconhecer, foi assumida com grande naturalidade pelos atuais membros do Tribunal. Intervenções públicas permeadas pela preocupação de ser entendido não apenas por seus pares ou por especialistas, mas pelo grande público.[12] Também convergente com parte relevante da doutrina

---

[8] RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 197; ver, também, na mesma obra, p. 153; fazemos apenas uma pontuação sobre a obra em referência no sentido de não se tratar de obra acadêmica ou propriamente de história do direito, mas de obra com de perfil jornalístico e propondo trazer ao público os bastidores da Corte e de Brasília, formato certamente inspirado por investidas editoriais observadas nos Estados Unidos da América – de onde inclusive há uma obra seminal a respeito (TOOBIN, Jeffrey. **The Nine**: Inside the Secret World of the Supreme Court. New York: Anchor, 2008).

[9] "Moreira Alves no plenário era um trator. Combinava a capacidade argumentativa a uma retórica destrutiva. Perto dele, o ministro Marco Aurélio não passaria de um aprendiz. Em determinada sessão, ao discordar do voto proferido pelo ministro Francisco Rezek, ele disse que qualquer aluno dele da Universidade de Brasília faria melhor. Rezek rompeu relações. Quando deixava o tribunal para assumir o Ministério das Relações Exteriores do governo Collor, Rezek foi chamado pelo então vice-presidente do Supremo, Aldir Passarinho, no Salão Branco, pouco antes de iniciada a sessão plenária. E Passarinho pediu que os dois apertassem as mãos para que não deixassem o tribunal brigados. Os dois estenderam as mãos, cumprimentaram-se e superaram o entrevero. Um dos motivos pelos quais o ministro Xavier de Albuquerque, segundo seus colegas, teria antecipado a aposentadoria, em 1983, teria sido a convivência difícil com Moreira Alves, embora ele não o admitisse." Cf. RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 255.

[10] Faz-se, aqui, um registro pessoal em primeira pessoa do singular. Esses fatos que ilustram a liderança e a personalidade fortes ou a postura argumentativa impositiva e quase irascível do ministro Moreira Alves não acompanham o professor Moreira Alves. Como aluno que fui, em um curso de teoria geral do direito privado ministrado em meados dos anos 2000, pude notar, admirado, a paciência, amabilidade e cortesia com que, entre uma e outra explicação, calmamente ouvia as ponderações de alunos que, no mais das vezes, estavam ainda no bê-á-bá das ciências jurídicas.

[11] Ayres Britto, um poeta na alta corte. *Carta Capital*. Caderno: Política, 8 de maio de 2012, disponível em: https://www.cartacapital.com.br/politica/ayres-britto-um-poeta-na-alta-corte-2/, acesso em: 07 de agosto de 2020.

[12] "Não basta julgar, os ministros precisam se comunicar — com as partes e com o público externo. é necessário que os votos sejam compreendidos e apreendidos também por quem não conhece a matéria. Ayres Britto valeu-se de metáforas para se comunicar com o público externo e convencer a clientela interna. "Isso está me parecendo um salto triplo carpado hermenêutico", ele disparou contra Cezar Peluso no julgamento da Lei da Ficha Limpa, quando o ministro, derrotado no mérito, julgava inconstitucional a integralidade da legislação por um alegado vício na tramitação do projeto no Congresso — algo que não fora contestado pelas partes e, portanto, deveria ficar de fora do julgamento. O plenário, lotado, dada a importância da questão, foi tomado por uma gargalhada. Os ministros favoráveis à constitucionalidade da lei, como Lewandowski, sorriram, sabendo do impacto da expressão. Peluso reagiu: "A observação é muito interessante do ponto de vista publicitário, mas do ponto de vista jurídico vossa excelência sabe que isso não diz nada, não diz coisa nenhuma!". Mas o estrago estava feito. Não era preciso ter conhecimentos sobre questões legais para entender o que Britto dizia: Peluso estava virando a mesa. Britto diria depois ter se arrependido do golpe, mas seus assessores sabiam que o ministro enxertava em seus votos frases de fácil compreensão, quase slogans publicitários — era uma estratégia argumentativa e ele estava ciente de que os telespectadores o entenderiam." Cf. RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 95.

contemporânea no que fiz com a hermenêutica jurídica[13], defendendo sempre um atuar pautado pelos valores constitucionais e por uma jurisdição que chamou de pós-positivista – o que, para determinada linha doutrinária significa menos rigor textual e mais direcionamento valorativo na interpretação a ser realizada especialmente a partir de princípios.[14]

São nuances que, entre outras circunstâncias, marcam os perfis desses ministros e que, conforme premissa do presente trabalho, acabaram por influenciar de forma orgânica a atuação do Supremo Tribunal Federal. Não se fala, propriamente, de lideranças intelectuais – muito embora possam, em determinados momentos, ser reconhecidos como tal. Para a finalidade da pesquisa, utilizamos os referidos ministros e suas respectivas histórias como *arquétipos* a partir dos quais se pretende explicar (ou explicitar) a forma de funcionamento da jurisdição constitucional em determinados períodos históricos; arquétipos, portanto, como consolidação de reiteradas experiências vividas e a partir das quais pretendemos verificar a hipótese de contensão e de expansão da jurisdição constitucional. Trata-se, também e evidentemente, de reconhecer a marca que essas personagens deixaram na História do país.

O ano de 2003 como um marco temporal divisório também parece fazer sentido. É o ano no qual coincidem o encerramento da judicatura de Moreira Alves, o ministro da jurisdição "defensiva"[15], e o início da judicatura de Ayres Britto, o ministro da jurisdição proativa em face da Constituição, postura que entende como dever de todo magistrado.[16] Na figura desses ministros ficamos, então, entre a contenção e a expansão da jurisdição constitucional brasileira. Essas são as nossas premissas a sugerir que no decorrer do tempo o Supremo Tribunal Federal passou a atuar de forma mais ofensiva em relação aos casos postos sob sua jurisdição, buscando e implementando soluções mais arrojadas e que não haveriam de ser adotadas em momentos históricos anteriores e com composições antigas. Essa mudança na forma de se exercer a jurisdição foi, inclusive, reconhecida publicamente pelo ministro Eros Grau que, contemporâneo ao ministro Ayres Brito, afirmou em entrevista à Folha de S. Paulo que no decorrer do

---

13 Muito antes do seu exercício jurisdicional, é de se consultar sua doutrina, especialmente: BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1 ed., 2 reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012.

14 Teria, inclusive, dito: "Com tantos princípios eu deito e rolo!" Cf. WEBER, Luiz. **Os onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 71.

15 A expressão é utilizada em: FERREIRA Siddharta Legale; FERNANDES, Eric B. Dore. O STF nas "Cortes" Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. **REVISTA DIREITO GV**, SÃO PAULO 9(1) | P. 023-046 | JAN-JUN 2013, p. 24.

16 BRITTO, Ayres. *Poder Judiciário: ativismo versus proatividade*. Disponível em: https://www.ayresbritto.com.br/2015/05/26/poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade/ Acesso em: 08/08/2020.

governo Lula "começará a mudar a jurisprudência, não por causa dos novos ministros, mas porque temos esse projeto de Constituição."[17]

Nessa mesma trilha, o objetivo é o de descortinar a atuação do Supremo Tribunal Federal a partir das influências dos dois ministros nomeados no título do trabalho, observar se acaso se confirmam as premissas de uma jurisdição constitucional contida (ou defensiva, como preferem alguns) até o ano de 2003 e se, doravante, uma jurisdição constitucional proativa (ativista, como preferem outros), bem como se essa circunstância pode – em alguma medida – ser tributária das personalidades de Moreira Alves e Ayres Britto.

Para além do que já foi dito acima, o trabalho encontra justificativa específica no fato de que uma apropriada compreensão da atuação do Supremo Tribunal Federal pressupõe a averiguação acerca da sua postura não apenas frente ao texto constitucional, mas, igualmente, frente aos demais Poderes constituídos. Vale dizer, conter ou expandir sua atuação significa no mais das vezes um atuar sobre dois eixos principais: (i) ser deferente e conservador no manuseio da Constituição Federal ou forçar os limites da semântica constitucional até as vias de rompimento com a literalidade do texto; e (ii) ser deferente com as opções políticas dos outros Poderes constituídos (desde que tomadas dentro de um esquadro razoável de constitucionalidade, evidentemente) ou, com menos cerimônia, invadir as atribuições e corrigir atos desses outros Poderes – correção que, no limite, pode vir a ocorrer a partir de argumentos extra jurídicos.

A justificativa de alcance mais amplo e geral fica ao encargo da contribuição que se pretende ofertar ao debate público, ao aperfeiçoamento das instituições e à narrativa constitucional brasileira contemporânea. Um trabalho acadêmico não pode se furtar de – ao menos pretender – contribuir com a opinião pública no escrutínio dos órgãos que exercem o poder em nossa comunidade.[18] Essa justificativa alcança ainda maior relevo quando se considera o fato de que o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário e que, portanto, suas decisões são, a rigor, irrecorríveis. À

---

[17] GRAU, Eros Roberto. Novo ministro do STF defende Estado mais forte na economia. Entrevista concedida a Valdo Cruz e Silvana de Freitas. **Folha de S. Paulo**, 28 de junho de 2004. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2806200418.htm; acesso em: 01/04/2021.

[18] Sobre o tema Nitish Monebhurrun afirma que um trabalho acadêmico "constitui uma contribuição cidadã potencial e não se limita – como é às vezes o caso – a ser um texto cuja finalidade é precipuamente a validação de um diploma. A universidade apresenta-se assim como um bastião *científico* de contra poder. Mais especificamente, no campo dos estudos jurídicos, os juristas universitários, docentes como discentes, devem vigiar a prática do Direito e das instituições em tela para alertar a opinião pública em caso de abuso, de desvio ou de arbitrariedade." Ver MONEBHURRUN, Nitish. Prefácio. Em: SIQUEIRA, José Eduardo Paiva Miranda de. **A arbitrariedade na fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

parte do chiste de gosto duvidoso de que o Supremo possui a prerrogativa de errar por último, é preciso deixar bem assentado que uma decisão irrecorrível não é, por esse ou por quaisquer outros motivos, indene de críticas. Ao contrário, o caráter imperativo e irrecorrível da jurisdição do Supremo Tribunal Federal exige, com maior vigor e importância, que a crítica seja feita de forma constante e minuciosa a conflagrar o que podemos chamar de constrangimento epistêmico. Se não existe juízo revisor da jurisdição do Tribunal, pois suprema, é – mais que justificável – necessário que a academia faça essa revisão de forma crítica, firme, responsável e, sempre que possível, realista.

A metodologia adotada na execução do presente trabalho fica adstrita a análise do texto constitucional, da doutrina pertinente e, especialmente, dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, que serão analisadas dentro dos seus respectivos marcos temporais, até 2003 (Corte Moreira Alves) e daí até 2012 (Corte Ayres Britto).

Dividiremos o trabalho em três partes: i) uma primeira parte (capítulo 1) metodológica[19], na qual estudaremos o fenômeno jurídico sob as perspectivas que nos parecem essenciais – sem ter a pretensão de esgotar o tema, mas apenas de estabelecer premissas que lhe são estruturantes; ii) a segunda parte (capítulos 2 e 3) histórica, na tentativa de contextualizar o Brasil e o Supremo Tribunal Federal no período da judicatura de Moreira Alves e de Ayres Britto, não só sob uma abordagem histórica, mas também referindo ao(s) pensamento(s) político(s) predominante(s) em cada época; e iii) a terceira parte (capítulos 4, 5 e 6) a tratar da *praxis* propriamente dita ao se analisar 11 (onze) acórdãos da Corte, selecionados conforme nossa avaliação de que sejam relevantes para a hipótese do trabalho.

A primeira parte do trabalho, a ser considerada um pressuposto (premissa) de compreensão do fenômeno jurídico, será, como dito, metodológica. Partiremos de uma abordagem institucional, refletindo sobre a importância do legislativo como instituição central dos sistemas democráticos e, por via de consequência, da importância do produto do seu trabalho: o texto normativo – figura central desse nosso pressuposto de compreensão.

Especificamente sob essa perspectiva (institucional), os três Poderes[20] convivem, tal como é próprio dos regimes democráticos, pautados pela sua interdependência

[19] Metodológico no sentido da expressão que lhe dá Karl Larenz (*Metodologia da ciência do direito*) ao falar em metodologia como estudo dos métodos de desenvolvimento judicial do direito.

[20] Sobre os sentidos da expressão "Poder" no texto constitucional enquanto expressão da soberania (art. 1º, parágrafo único da CF), enquanto órgão do Estado (art. 2º da CF) e enquanto função (art. 44, 76 e 92, CF), ver: BRITTO, Carlos Ayres. Os sentidos do vocábulo poder na Constituição. **Vox Legis**, 145/181, pp. 23-28.

e harmonia (art. 2º, CF) dentro do seio do Estado, exercendo o difícil e ruidoso, porém necessário controle recíproco uns sobre os outros.[21] Tripartição de poderes que, refletindo a clássica formulação atribuída a Montesquieu, foi recepcionada por todas as Constituições republicanas do país, estando expressamente prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal.[22] O Poder Legislativo, cujo Estatuto Constitucional se encontra entre o art. 44 e o art. 75 do texto da Constituição, está impregnado ontologicamente com a ideia de representação popular (art. 45, CF) e, portanto, com o princípio democrático propriamente dito. A instituição parlamentar encontra já em Locke um teórico (e um defensor, em boa medida) para quem dada a proeminência da atividade parlamentar é nela e na supremacia da lei que os Homens encontrariam a garantia da sua propriedade, da sua paz e segurança.[23] Essa é, até os dias de hoje, a essência de qualquer instituição parlamentar a partir da qual se observa "a formação da vontade diretiva do Estado através de um órgão colegial eleito pelo povo com base no sufrágio universal e igualitário, vale dizer democrático, segundo o princípio

---

[21] Sobre os freios e contrapesos, ver a precisa lição de Jaime Vidal Perdomo: "Aunque con anterioridad se le había presentado también con una destinación política, el principio, como las más importantes nociones del derecho constitucional, surgió con porvenir político en el siglo XVIII gracias a la influencia de la obra de Montesquieu; la separación de los poderes implicaba la disminución del poder real al trasladar a una asamblea el ejercicio de la función legislativa. Para proteger-se contra cualquier abuso real se predicaba la independencia de los órganos. La aplicación práctica del principio de la separación transformó las monarquías absolutas en limitadas; luego se dió un paso más adelante hasta el establecimiento de los regímenes parlamentarios. Opuesta a la confución de poderes, la separación require la existencia de órganos gubernamentales especializados en el cumplimiento de las funciones estatales y, además, independencia entre si." Em: PERDOMO, Jaime Vidal. **Derecho Constitucional General**. 2 ed., Universidad externado de Colombia, 1981, pp. 161-162; no Brasil, em sentido similar, Luís Carlos Martins Alves Jr. nos alerta que "A teoria de Montesquieu sofreu minudente crítica de Malberg. Para esse autor, a separação dos poderes, nos moldes desenhados com competência exclusiva a um determinado órgão é impossível e inaplicável no direito positivo. Essa crítica parte do pressuposto de que as atividades dos órgãos estão vinculadas a fins estatais determinados e que cada órgão acumula funções materiais dos outros. Ou seja, o órgão legislativo não só legisla, como também administra e julga; o executivo, legisla via regulamentos e também julga; e o judiciário administra e legisla. Inobstante essas considerações, é forçoso reconhecer a logicidade argumentativa de Montesquieu. Como assinala José Alfredo de Oliveira Baracho, a expressão "separação dos poderes" não foi empregada uma vez sequer por ele, nem qualquer explicação que leve ao atendimento de uma teoria da separação de poderes implica separação absoluta dos órgãos que exercem as funções legislativa e executiva; em verdade, entendia que devia existir uma ação contínua dos dois poderes um sobre o outro, uma verdadeira colaboração. O objetivo de Montesquieu era claro: a Liberdade só seria possível se aquele que exercer uma das funções do Estado não puder exercer as outras. E que a força do Estado deveria estar distribuída em vários órgãos e que esses órgãos deveriam ser vigilantes em defesa de suas prerrogativas para viabilizar a liberdade dos indivíduos." Ver: ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, pp. 49-50.

[22] ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 385.

[23] "The great end of Mens entring into Society, being the enjoyment of their Properties in Peace amd Safety, and the great instrument and means of thar being the Laws establish´d in that Society; first and fundamental positive Law of all Common-wealths, is the establishing of the Legislative Power; as the first and the fundamental natural Law, which is to govern even the Legidlative it self, is the preservarion of the Society, and (as far as will consist with the publick good) of every person in it. This Legislative is not only the supream power of the Common-wealth, but sacred an unalterable in the hands where the Community have once placed it; (…)" LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. Cambridge University Press – Student Edn., 2003, pp. 355-356.

da maioria."[24] O legislativo, como se vê, é instituição "pivotal das democracias"[25]. Instituição parlamentar que, tudo isso considerado, não é um fim em si mesmo e se propõe a viabilizar que, via representação, a sociedade se governe por meio não só do diálogo e dos debates, que fazem parte da natureza dessa instituição, mas, especialmente, por meio dos textos normativos que são produtos dessa forma de "auto governo". Texto normativo, portanto, que traz em si uma importância legitimadora transcendental e insuplantável; é a consolidação do pensamento público e político sobre determinados temas; é, enfim, a tomada de decisão legitimada pela benção da disputa eleitoral. Sua única limitação há de ser o texto da Constituição Federal, que submete todo o ordenamento jurídico.

Esse é o primeiro dos pressupostos de compreensão hermenêutica e talvez o mais relevante. É a partir dele que se considera que posturas interpretativas que têm o texto legislado como de menor importância – e são várias essas posturas – deverão levar consigo um vazio de legitimidade causado pelo abandono do texto.

Daí avançamos para uma consideração de natureza filosófica, qual seja: a distinção entre texto normativo e norma. Com isso se quer dizer que o texto normativo apenas atinge sua real "completude" quando o intérprete autêntico desvela o sentido nele expressado. Sentido esse que, sendo produto do texto, com ele não se confunde: "é algo novo, distinto do texto. É a *norma*." [26] Essa consideração filosófica deixa claro que o Direito não cabe na lei, vai além dela; mas sempre a partir dela. A norma interpretada (Direito do caso concreto) será diferente do texto normativo, mas não poderá ser indiferente a ele. Não deve, no dizer de Marcelo Neves, haver "estranheza" entre texto normativo e norma interpretada.[27] Essa diferenciação entre texto e norma traz às claras uma outra questão importantíssima: a norma só difere do texto normativo porque este, sendo veiculado em linguagem natural, tem em si um enorme potencial de plurissignificação. O texto normativo, portanto, é impreciso e ambíguo, e é justamente nesse momento da tese que reafirmamos a ideia de que a textura aberta, característica inerente à linguagem natural, não se mostra necessariamente prejudicial ao direito. Ao contrário, a despeito da insegurança que acompanha a pluralidade de

---

[24] KELSEN, Hans. **A Democracia**. ... 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 46.

[25] ANASTÁCIA, Fátima; IGNÁCIO, Magna. Democracia, Poder Legislativo, interesses e capacidades. **Cadernos ASLEGIS**, mai/ago, 2010 pp. 33-54.

[26] GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros, 6 ed., 2014, p. 36.

[27] NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiado (orgs.). **Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides.** 1 ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 359.

significados de um mesmo termo, essa circunstância permite que a mesma formulação normativa sobreviva por longos períodos acolhendo, em diferentes ocasiões, diferentes conotações da mesma palavra[28]. O texto normativo é vivificado em diferentes situações, em diferentes contextos, e isso só é possível em razão dessa plurissignificação da linguagem natural.

Ainda nos pressupostos trataremos das hipóteses de derrotabilidade (afastamento) do texto normativo e em que situações isso poderá ocorrer sem que se incorra em uma atitude deslegitimadora da solução judicial adotada. Nada obstante a flexibilidade dos textos normativos, a infinita riqueza dos fatos da vida vez ou outra apresentam hipótese de difícil ou impossível incidência (adequação) normativa, razão pela qual considerações sobre a derrotabilidade das regras devem fazer parte dos pressupostos de compreensão; capítulo esse que, enfim, se encerra com a consideração de que as posturas metodológicas tradicionais (jusnaturalismo e juspositivismo) são insuficientes para a compreensão da jurisdição constitucional a partir do constitucionalismo contemporâneo, pois não enfrentam uma questão que a nosso ver é fundamental, qual seja: a negação da discricionariedade judicial. Encerraremos nossas considerações sobre os pressupostos hermenêuticos estruturantes tratando justamente desse tema.

Na segunda parte trabalho, que compreenderá os capítulos 2 e 3, abordaremos o contexto político e ideológico[29] brasileiro, notadamente nos períodos que antecedem a acensão de Moreira Alves e, posteriormente, de Ayres Britto ao Supremo Tribunal Federal. A intenção é traçar um panorama que possibilite uma compreensão aproximada do "espírito do tempo" em cada um dos referidos momentos históricos; entendido esse como um apanhado de valores e de parâmetros axiológicos que – em conflito com outros, mas com preponderância – perpassam não só as conformações e soluções institucionais, mas, inevitavelmente, influenciam na formação subjetiva daqueles que vivem ativamente no determinado contexto histórico. O que acaba ficando claro dessa análise, que em um primeiro momento se pretenderá histórica e política, é que não apenas a jurisdição constitucional sofreu grande alteração conforme o avanço das décadas, mas a própria compreensão do papel do Direito também teve impacto relevante e facilmente reconhecível. Conforme o avançar das últimas duas

[28] VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 98

[29] Apenas para exemplificar a importância de que se reflita sobre os movimentos ideológicos, veja-se trecho de Francisco Weefort e no qual descreve brevemente tentativa movimentações políticas que tinham na comunicação de um pensamento ideológico um de seus pontos de relevância: "(...) a mobilização ideológica passaria a ser fundamental para a criação de condições de eficácia do Estado e do planejamento. A mobilização ideológica seria indispensável para que os diversos setores da sociedade ´conciliem seu próprio interesse com os objetivos do plano´." Cf. WEEFORT, Francisco. **Formação do pensamento político brasileiro**: ideias e personagens. São Paulo: Ática, 2006, p. 360.

décadas é possível perceber com maior clareza que a experiência do Direito já não está mais centralizada sob o funcionamento do Estado e respaldada pela noção de supremacia do interesse público[30], já não é mais "estatizante", tal como claramente se colocava ao longo do século XX. O escopo do Direito, desse modo, se desloca e passa a residir, essencialmente, no controle do exercício do poder, na garantia da democracia e, muito especialmente, na proteção e promoção dos direitos fundamentais. Ou seja: o enfoque do Direito passa ser o humano, seus direitos, suas garantias e liberdades; o próprio funcionamento do Estado, que antes ocupava um local de absoluto destaque, é compreendido especialmente de modo a garantir os direitos fundamentais da cidadania.

E a terceira parte do trabalho, enfim, composta pelos capítulos 4, 5 e 6, tratará da *praxis*, da realização prática da jurisdição constitucional, ocasião em que serão analisadas uma sequência de acórdãos do Supremo Tribunal Federal, divididos nos dois períodos históricos que estruturam a hipótese deste trabalho (Corte Moreira Alves e Corte Ayres Britto). É na prática jurisprudencial que começam a surgir questionamentos e problemas para configuração de determinadas soluções jurídicas que as doutrinas e teorias metodológicas sequer chegam a cogitar. Exemplos desses problemas são vários e nas mais diversas áreas do Direito. Assim que, apenas passa ilustrar, recordamos alguns casos de controle judicial da atuação executiva e legislativa. Temos declaração de inconstitucionalidade de medida provisória por se entender ausentes os pressupostos constitucionais da urgência e relevância[31], discussão sobre a constitucionalidade de

---

30 Sobre essa transição da compreensão do papel do Direito nas sociedades democráticas contemporâneas, ver interessante análise de Gustavo Binenbojm: "O Direito Administrativo é tradicionalmente explicado a partir da precedência da sociedade sobre o indivíduo, do público sobre o privado, ou da autodeterminação coletiva sobre a autodeterminação individual. Categorias como a *supremacia geral* do Estado sobre os cidadãos, ou a *sujeição* geral destes àquele, são tributárias de concepções coletivistas, costumeiramente aceitas de maneira acrítica por força da tradição, de preferências ideológicas e – desconfio até – por certa preguiça mental. (...) A bem dizer, democracia e direitos fundamentais são elementos *cooriginariamente* constitutivos e legitimadores do Estado democrático de direito. Isso significa que existe uma equiprimordialidade entre as autonomias pública e privada, eis que elas guardam entre si uma relação de mútua pressuposição. Em outras palavras, o exercício da autonomia pública pressupõe cidadãos emancipados por direitos fundamentais que lhes confiram autonomia; mas os contornos de tais direitos estão atrelados à constituição de um procedimento deliberativo por cidadãos independentes. (...) A invocação da *supremacia do interesse público sobre os interesses particulares* constitui-se, portanto, em recurso retórico inapto, em qualquer Estado democrático de direito, para equacionar adequadamente as distintas situações que envolvem as dimensões individuais e transindividuais da existência humana." Cf. BINENBOJM, Gustavo. Ainda a supremacia do interesse público. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 236-240, set.-dez., 2019, **pp. 235-237.**

31 STF, ADI 1.753, DJU 12/6/1998.

emendas constitucionais[32], das clausulas de barreira[33] ou mesmo definindo o rito do processo de *impeachment* de presidente da República.[34]

Esse nesse contexto de riqueza de casos que foram postos perante a jurisdição da Corte que tivemos que promover uma seleção que fosse adequada ao propósito do estudo. Seleção que foi promovida com base na nossa avaliação de quais seriam as decisões mais relevantes ou representativas de determinados períodos e que foi informada pelo que eventualmente dito pelos próprios ministros[35] ou por autores que se propuseram a estudar o tema.[36] Tudo isso a partir de uma tentativa, ainda que parcial, de se criar um paralelo entre as "Cortes", o que foi possível fazer nos casos da análise da constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel e da fidelidade partidária. Outros casos, evidentemente, não poderiam encontrar paralelo, tal como no caso do julgamento da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco, que apenas chegou à Corte quando permitido pelo avanço da Ciência. Seja como for, com ou sem paralelo, os casos selecionados, repita-se, pretendem ser representativos de um dado momento histórico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A metodologia de análise dos acórdãos segue, basicamente, a sugestão doutrinária de Nitish Monebhurrun a partir da qual o estudo deve seguir, ao menos, quatro eixos de abordagem, quais sejam: i) o problema jurídico submetido aos juízes; ii) as razões jurídicas utilizadas pelo Tribunal ao resolver o problema; iii) as conclusões a que chegou o Tribunal; e, por fim, iv) ponderações sobre o valor e o sentido geral da decisão.[37] Tentamos, de modo geral, seguir essa abordagem metodológica.

---

32 STF, ADI 939.

33 STF, ADI 1.351, DJ 30/03/2007.

34 STF, ADPF 478, DJ 04/08/2016.

35 Nesse sentido, como dito e especialmente para das decisões da Corte Ayres Britto, utilizamos, em sua maior parte, decisões escolhidas pelo próprio ministro, tais como as decisões dos casos da fidelidade partidária (MS 26.602), das pesquisas com células-tronco (ADI 3.510), ou da ficha-limpa (ADI 4.758), Cf. FONTAINHA, Fernando de Castro; PAULA, Christiane Jalles de; ALMEIDA, Fábio Ferraz de (orgs.) **História oral do Supremo** (1988-2013), v.19: Ayres Britto. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

36 A título exemplificativo, ver: MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004; e LEITE, George Salomão; NOVELINO, Marcelo; ROCHA, Lilian Rose Lemos (Orgs). **Liberdade e fraternidade: a contribuição de Ayres Britto para o direito**. Salvador: Juspodivm, 2017.

37 Nesse sentido: "Ao menos quatro elementos são fundamentais ao analisar uma decisão: o problema jurídico submetido aos juízes ou árbitros, o raciocínio jurídico do tribunal ao resolver o problema, as conclusões do tribunal e, de uma forma abstrata, o valor e o sentido geral da decisão. É preciso identificar cada elemento para iniciar um comentário sério. O problema jurídico é a questão do direito que um tribunal deve examinar para solucionar um contencioso: é a pedra angular de toda disputa jurídica – e por conseguinte, do comentário jurisprudencial –, pois sem ela não existe um caso e tampouco uma decisão e, a *fortiori*, nada há para comentar. Tudo decorre do problema ou dos problemas jurídicos. O raciocínio jurídico do tribunal facilita a compreensão das técnicas hermenêutica, dos princípios do direito e do silogismo utilizado para justificar a decisão. As conclusões, em si, situam o caso numa linha jurisprudencial, salientando se houver uma confirmação ou uma alteração da

A originalidade do trabalho fica por conta da abordagem[38] apresentada, uma vez que posiciona o tema da jurisdição constitucional sob a perspectiva de duas Cortes distintas, delineadas a partir da figura de dois proeminentes ministros da história constitucional brasileira contemporânea. Original, portanto, é a contribuição que se pretende fazer ao apresentar mais uma leitura possível a tentar explicar ou explicitar a mudança de posicionamento da Corte nos últimos anos – mudança de posicionamento essa que temos por autoevidente.

Por fim, não apenas para tentar justificar a seleção de casos para análise – certamente passível de maior questionamento –, mas, de modo geral, toda a bibliografia e temas abordados nesta tese, lembramos o bonaerense Héctor Ángel Benedetti que, ao tentar selecionar as melhores letras de tango, justificou-se: "*la discografia de este libro no pretende ser completa, aunque sí representativa. Siempre aparecerá um coleccionista con un disco bajo el brazom diciendo: ´Eh, faltaba éste´...*"[39]

jurisprudência. O conjunto ilumina o valor e sentido geral da decisão, isto é, os seus efeitos sobre a prática. Descascar um caso pode, a primeira vista, parecer fácil, conquanto é trabalho minucioso. Verifica-se em muitos trabalhos alguns erros que desvitalizam o interesse inicial inerente à decisão a comentar. Esses erros podem ser categorizados como: erro de distância e erro de fontes. No primeiro caso – erro de distância –, percebe-se uma tendência a parafrasear. Isto acontece quando o comentário acompanha de forma linear parágrafo por parágrafo, argumento por argumento, a decisão na sua integralidade, reproduzindo assim o conteúdo do caso numa forma resumida, sem que a opinião do autor apareça; isto frustra, consequentemente, as expectativas do leitor que, com toda legitimidade, não espera apenas uma repetição da decisão e tampouco um resumo. No segundo caso – erro de fontes –, o autor não tem a decisão como fonte de trabalho, mas glosa sobre os glosadores da decisão, e comenta os comentários feitos sobre a jurisprudência. A matéria primária, que é o caso concreto, parece ser esquecida, ao menos não é encarada diretamente. Para evitar ambos os erros, é preciso desencadear a lógica e a dinâmica de um método utilizável para comentar a decisão. Para tanto, a busca do problema jurídico do caso sob análise é o primeiro passo a ser concluído. É somente a partir desse ponto que tornasse possível problematizar o problema jurídico encontrado, ou seja, elevá-lo ao âmbito de discussões da ciência jurídica – eis justamente o ato de comentar." Em: MONEBHURRUN, Nitish. **Manual de metodologia jurídica**: técnicas para argumentar em textos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2015.

[38] RIEZU, Antonio Cuerda. **Cum laude. Guía para realizar una tesis doctoral em derecho o un trabajo de fin de grado o máster en derecho**. Madrid: Tecnos, 2 ed., 2016, p. 117-119.

[39] BENEDETTI, Héctor Ángel. **Las mejores letras del tango**. 2 ed., Buenos Aires: Planeta, 2002, p. 12.

1. Pressupostos hermenêuticos estruturantes: algumas perspectivas institucionais e metodológicas

Este capítulo inicial do trabalho parte do alerta que nos faz Inocêncio Mártires Coelho de que não podemos começar do nada e da afirmativa que fez na mesma ocasião no sentido de que "temos que abordar nossa tarefa equipados com um sistema de pressupostos"[40]. Muito embora essa afirmativa tenha sido feita no sentido de trazer às claras a estrutura de pré-compreensão que todos temos, inescapavelmente, pois nela (cultura, experiência) estamos imersos[41], optamos por tomá-la como uma indicação da necessidade de que sejam devidamente explicitados alguns dos pressupostos (ao menos os mais importantes ou os que melhor conseguimos articular) a partir dos quais compreendemos o Direito, suas estruturas e, mais particularmente, o fenômeno jurídico propriamente dito.

Fenômeno jurídico esse que, na prática do dia a dia, é fruto de uma convergência simbiótica entre as estruturas institucionais e a compreensão que se têm das metodologias jurídicas que procuram explicar e corrigir o funcionamento dessas instituições. Daí a importância de se refletir sobre o texto normativo a partir de uma abordagem de dupla face que reconhece não só o seu vínculo institucional e nascedouro no poder

[40] COELHO, Inocêncio Mártires. **Pressupostos hermenêuticos gerais** – atualizado em 16/11/2017. Material de apoio das disciplinas de Mestrado e Doutorado do PPGD-UniCEUB, 2018.

[41] Nesse sentido, pondera: "Poderíamos perguntar como é possível começarmos por problemas e como é possível haver problemas na ausência de conhecimento prévio, por exemplo, sob a forma de expectativas. Essa questão vai muito diretamente ao assunto. E a minha resposta é que nós nunca começamos de novo, do nada, por assim dizer, com um espírito totalmente inocente. O aumento do conhecimento consiste sempre em corrigir o conhecimento anterior. Em termos históricos, a ciência começa com o conhecimento pré-científico, com mitos e expectativas pré-científicos. E esses, por seu turno, não têm "começos". "Começam" quando a vida começa. Também a filosofia começa do meio, como a poesia épica: seu começo não é absoluto porque ela não está desvinculada de certa tradição; como a hermenêutica do *Dasein* (ser-aí), a filosofia já pressupõe uma situação de fato, a *faticidade*, que a precede e por onde ela deve começar. Noutros termos, embora tenha a pretensão de se constituir como *saber primeiro*, a filosofia não parte do nada, porque quando começa a refletir, já está investida na compreensão do ser por intermédio do *Dasein* que a *Analítica*, enquanto Ontologia Fundamental, investiga e revela como um ente ou ser-no-mundo, um ser que independentemente da sua vontade é "jogado" no aí – como os filhotes da gata são "dados à luz" ou atirados no mundo –, mundo onde este ser restará "imerso" por todo o curso da sua existência. Destarte, por força de suas próprias reflexões *radicais*, mesmo a filosofia, que "vaidosamente" se considera um saber *autônomo* e *pantônomo* em relação às demais ordens de conhecimento – um conhecimento que se autocompreende como antes do conhecimento, na irônica observação de Habermas –, mesmo essa "sabichona", que se considera um *saber primeiro*, acaba sendo obrigada a repelir fundamentos inconcussos ou razões primeiras, porque descobre, ela mesma, que *não existe conhecimento absoluto no ponto de partida*." Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. **Pressupostos hermenêuticos gerais** – atualizado em 16/11/2017. Material de apoio das disciplinas de Mestrado e Doutorado do PPGD-UniCEUB, 2018.

legislativo, assim com a sua vivificação no dia a dia da sociedade pelo poder judiciário e a inevitável cisão (diferenciação) que ocorre nesse momento entre o texto normativo (abstrato) e a norma do caso concreto.

Essa diferenciação entre texto e norma ocorre não de forma artificial, forçada ou meramente teórica. Trata-se, a diferença entre texto e norma, de algo que ocorre de forma orgânica e como decorrência lógica da própria natureza e características da linguagem natural (imprecisões e ambiguidades); do mesmo modo, decorrem das inevitáveis características dos ordenamentos jurídicos (lacunas e antinomias), incapazes, de acompanhar a velocidade frenética e a infinita e criativa variedade dos fatos da vida. Há, portanto, nesta primeira parte do trabalho, um momento próprio pra tratar de cada um desses temas, fundamentais que são para compreensão do fenômeno jurídico.

Essa infinita e criativa variedade dos fatos da vida já nos antecipa uma outra circunstância que temos por inevitável, qual seja: a necessidade de que, de tempos e tempos, seja afastado (não aplicado) determinado texto normativo que, em tese, deveria ser aplicado ao caso. Uma das formas de se enfrentar essa circunstância é a partir da teoria da derrotabilidade, sobre a qual falaremos brevemente.

Até aqui temos apenas questões que – nada obstante incontornáveis – encontram certo consenso e não nos parecem capazes de gerar maiores controvérsias de fundo. De lado a lado teremos autores que compreendem a distinção de texto e norma, as características fundamentais da linguagem natural e dos ordenamentos jurídicos, assim como necessidade de que pontualmente o texto normativo seja afastado da aplicação em determinadas hipóteses e sob determinadas circunstâncias ou requisitos. Diferente cenário encontram os próximos temas que trataremos na porção final dessa primeira parte. A par das nossas convicções, temos como certo que os temas da discricionariedade judicial e da resposta constitucionalmente adequada são recebidos pela doutrina e pelo pensamento jurídico de modo geral com certa desconfiança. Tudo a demonstrar a maior importância de se ter esses temas como fecho desse primeiro capítulo do trabalho.

1.1 O texto normativo e seus vínculos institucionais

Independente do nome que lhe destine o sistema político de cada país – congresso, cortes, assembleias, estados gerais, etc. –, é possível afirmar que bom grau de generalidade que o Parlamento[42] faz referência a uma instituição de Estado integrada pelos próprios cidadãos mediante amplos e sucessivos processos eleitorais e cuja composição é fundamental na formação da vontade geral do Estado mediante aprovação de normas gerais e abstratas sobre temas como sistema tributário, regras orçamentárias, forças armadas, questões territoriais, organização dos outros Poderes, direito internacional, entre outros.[43] O fundamental para a instituição parlamentar, portanto, é que se consubstancie em entidade coletiva e eletiva com capacidade para deliberar e definir a vontade do Estado mediante proposições de natureza política.

Em contraste aos regimes de força[44], no Estado de direito não só a atividade estatal, mas toda a extensão do poder do Estado está integralmente regulada pelo direito. As democracias ocidentais de um modo geral, e o sistema político constitucional brasileiro, de modo particular, instauram, no contexto do Estado de direito a divisão de poderes (art. 2º, CF) na qual o postulado da legalidade constitucional (art. 5º, II, CF) assume posição sobranceira. Analisando conformações políticas como essa que autores como López Garrido entendem indispensável para qualquer regime democrático moderno a existência de um parlamento no qual seus integrantes cumpram funções representativas, legislativas e de controle, com independência e autonomia.[45]

---

42 Para um conceito de Parlamento, ver: HERNANDEZ, Chaves Efrén. Ética en el Poder Legislativo. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XXXIX, núm. 115, enero-abril de 2006, pp. 93-124.

43 Ver, especialmente, artigos 48 e 49 da Constituição Federal.

44 Para a fundamental contraposição entre os regimes constitucionais democráticos e os chamados regimes de força, ver: "A Ditadura moderna tem, pelo contrário, uma conotação indubitavelmente negativa. Designa a classe dos regimes antidemocráticos ou não-democráticos modernos. Como tal se contrapõe, como o termo negativo ao termo positivo de uma grande dicotomia, à democracia moderna, por sua vez entendida como designação da classe dos regimes liberal-democráticos. Neste sentido, a democracia liberal, como termo positivo da dicotomia, caracteriza-se pela divisão de fato e de direito do poder e pela transmissão da autoridade política de baixo para cima; como termo negativo, a Ditadura se distingue, em contraposição, por uma acentuada concentração do poder e pela transmissão da autoridade política de cima para baixo. É de notar, no entanto, que as características antidemocráticas, apontadas podem ser encontradas também em regimes políticos habitualmente designados por nomes diversos do de Ditadura. Por isso, para esclarecer ulteriormente o uso moderno de Ditadura, parece indispensável uma análise das relações existentes entre Ditadura e outros termos, usados para denominar, total ou parcialmente, os regimes não- democráticos. Dentre eles, os mais relevantes são despotismo, absolutismo, tirania,' autocracia e autoritarismo." Em: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI Nicola; PASQUINO Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1 ed., 1998, p. 370.

45 LÓPEZ GARRIDO, Diego. **Nuevo derecho constitucional comparado**.Valência: Tirant lo Blanch, 2000, p. 256.

É nesse contexto que o parlamento assume a missão transcendental de legitimar os demais poderes do Estado e aos órgãos que assumem, pois representa a vontade popular definida mediante eleições livres e periódicas.[46] Legitima, pois representa a vontade popular, sendo reflexo da população do país, ainda que em formato reduzido, por amostragem.

O Legislativo, cujo Estatuto Constitucional se encontra entre o art. 44 e o art. 75 do texto da Constituição, está impregnado ontologicamente com a ideia de representação popular (art. 45, CF) e, portanto, com o princípio democrático propriamente dito. A instituição parlamentar encontra já em Locke um teórico (e um defensor, em boa medida) para quem dada a proeminência da atividade parlamentar é nela e na supremacia da lei que os homens encontrariam a garantia da sua propriedade, da sua paz e segurança.[47]

Mais que garantias, o que se pode ter no Legislativo é uma representação institucional da própria democracia. Em Hans Kelsen, e em sua defesa da democracia e da liberdade possível, temos o argumento de que, se de fato deve haver uma sociedade-Estado, então deve, necessariamente, haver um poder que regule essa organização social. E nesse cenário, "se devemos ser comandados, queremos sê-lo por nós mesmos"[48] Assim é que, partindo desse axioma, é possível afirmar que a democracia tem, como um de seus pilares, a identidade, ainda que virtual, entre governantes e governados. Essa identidade entre governantes e governados não pode nos encaminhar para a crença pueril de que um cidadão individualmente considerado teria condições de exercer influência real sobre a vontade do Estado, de modo que a democracia tem como condição de possibilidade o agrupamento de indivíduos que guardem entre si afinidades políticas e que, por meio da sua própria organização (partidos políticos) possam efetivamente influenciar a vontade coletiva. Essa é a essência de qualquer instituição parlamentar a partir da qual se observa "a formação da vontade diretiva do Estado através de um órgão colegial eleito pelo povo com base no sufrágio universal

---

46 HERNANDEZ, Chaves Efrén. Ética en el Poder Legislativo. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XXXIX, núm. 115, enero-abril de 2006, p. 96.

47 "The great end of Mens entring into Society, being the enjoyment of their Properties in Peace amd Safety, and the great instrument and means of thar being the Laws establish´d in that Society; first and fundamental positive Law of all Common-wealths, is the establishing of the Legislative Power; as the first and the fundamental natural Law, which is to govern even the Legidlative it self, is the preservarion of the Society, and (as far as will consist with the publick good) of every person in it. This Legislative is not only the supream power of the Common-wealth, but sacred an unalterable in the hands where the Community have once placed it; (…)" LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. Cambridge University Press – Student Edn., 2003, pp. 355-356.

48 KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 28.

e igualitário, vale dizer democrático, segundo o princípio da maioria."[49] O legislativo, como se vê, é instituição "pivotal das democracias"[50].

Especialmente por essas razões que veremos a seguir que afirmamos como pressuposto do presente o estudo a circunstância de que o parlamento é ponto nevrálgico e nuclear da democracia, pois representa a negação dos regimes autoritários e permite que através de si a nação tenha capacidade de se expressar e de definir "projetos de convivência coletiva".[51-52] Ou, ainda, nas palavras de Pimenta Bueno:

> O Poder Legislativo é a mais alta expressão da soberania nacional, salvos os princípios constitucionais do Estado, os da moral e justiça natural que ele deve sempre respeitar, é sua onipotência política. É quem cria o direito, a obrigação e as penas, quem regula os outros Poderes e os cidadãos, quem decreta as normas que devem reger a sociedade, em suma, é quem interpreta e desfaz as leis. (...) Já se vê que é o Poder que atua com a maior influência sobre a sorte e destinos nacionais; que por isso mesmo é moralmente responsável por eles.[53]

Dentre as diversas funções do legislativo, talvez a principal seja a de desenhar o sistema jurídico nacional, que tradicionalmente terá – conforme desenho institucional próprio de cada país – seu nascedouro nessa Casa Legislativa. A lei, como principal produto da atividade legislativa e como expressão máxima da vontade popular, permeia não apenas todos os aspectos do funcionamento do poder público, incluídos aí seus integrantes – tal como é típico dos Estados de direito –, mas, também, grande parte da vida privada de seus cidadãos. Os legisladores, portanto, assumem posição privilegiada na tomada de decisão e definição dos rumos da nação. Criam órgãos de Estado e fixam suas competências, determinam o lícito e o ilícito, tipificam crimes e estabelecem penas, sabatinam membros de outros poderes, protegem grupos sociais mediante legislação específica, regulamentam relações entre particulares, entre outras várias formas de atuação. Como se vê, as decisões legislativas afetam a sociedade

---

49 KELSEN, Hans. **A Democracia**. ... 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 46.

50 ANASTÁCIA, Fátima; IGNÁCIO, Magna. Democracia, Poder Legislativo, interesses e capacidades. **Cadenos ASLEGIS**, mai/ago, 2010 pp. 33-54.

51 HERNANDEZ, Chaves Efrén. Ética en el Poder Legislativo. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XXXIX, núm. 115, enero-abril de 2006, p. 99.

52 Também nesse sentido, apresentando o argumento de que os parlamentos consubstanciam a estrutura institucional central e nevrálgica dos regimes democráticos: SÁES, Manuel Alcántara; MONTERO, Mercedes García; y LÓPES, Francisco Sanchés. **Funciones, prodecimientos y escenarios**: um análisis del poder legislativo em américa latina. Ediciones Universidas Salamanca. 2005, especialmente, pp. 44-ss.

53 PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Público e Análise da Constituição do Império**. Brasília: Senado Federal, 1978, pp. 48-49.

como um todo; grupos, setores e instituições têm seus destinos definidos pelo atuar do Parlamento. Trata-se, portanto, de um plexo de funções que, se bem exercidas, tendem a encaminhar o país para o rumo mais adequado[54] ou, ao revés, aumentar significativamente "*las misérias humanas*".[55]

Outra função do Parlamento digna de nota é o de exercer o controle e supervisão dos demais poderes constituídos, em especial do Poder Executivo.[56] Função esta que, ainda que pareça contraintuitivo, Chaves Hernandez entende como a mais importante entre todas as funções do órgão legislativo.[57] O nosso texto constitucional, a esse propósito é claro quando, no inciso X do artigo 49, define como se competência exclusiva do Congresso Nacional a fiscalização e o controle diretamente ou por suas Casas, os atos do poder Executivo.[58]

---

[54] HERNANDEZ, Chaves Efrén. Ética en el Poder Legislativo. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XXXIX, núm. 115, enero-abril de 2006, p. 97-98.

[55] RAMÍREZ, Alfonso Francisco, **Antología del pensamiento político**. 3 ed., México: Cultura, 1971, p. 488.

[56] Historicamente, lembra Monteiro Soares que "Os primeiros parlamentares, nos idos da História britânica, ainda mal existente um Estado britânico, deviam reunirse para saber da regularidade da captação de recursos pelos emissários reais. Só muito depois, o próprio rei lhes pediria para fixarem as contribuições de seus feudos e, ainda mais tarde, para as escreverem após debatê-las; e lhe dar conhecimento. Sua assinatura dava-lhes cunho bilateral de um acordo social que se expande aos nossos dias. Assim, pode-se dizer que o Estado legitimou-se através da expansão das suas funções parlamentares desde a fiscalização dos atos de cobrança da contribuição, pela aglutinação de seus elementos sociais. Esquecida principalmente no Estado de "Welfare", a fiscalização revigorou-se na última década." Ver: MONTEIRO SOARES, Rosinethe. Fiscalização e controle do Executivo pelo Legislativo. **Revista de Informação Legislativa**, v. 26, n. 101, p. 147-160, jan./mar. 1989, p. 147.

[57] "El Poder Legislativo en el Estado contemporáneo realiza varias funciones entre las que destacan: la representativa, legislativa, finan- ciera o presupuestaria, administrativa, de orientación o dirección po- lítica, jurisdiccional y de control. Sin duda alguna la más importante es la que se refiere al control y fiscalización sobre los otros órganos del poder, particularmente el Ejecutivo. Esto se realiza tanto en regí- menes presidenciales como parlamentarios, mediante diversos instru- mentos como son: la fiscalización de los recursos económicos y finan cieros del Estado; la integración de comisiones investigadoras; participación en los juicios de responsabilidad de los altos funciona- rios; intervención en la política internacional y aprobación de los tratados; las comparecencias de funcionarios; por citar algunos." Em: HERNANDEZ, Chaves. **Ética no legislativo**, p. 98-99.

[58] Muito embora essa questão venha a ficar fora do nosso enfoque neste trabalho, é interessante ter em conta que essa função de fiscalizar e controlar os atos do poder Executivo assumem ainda mais relevância em um sistema político de governo presidencialista, tal qual o brasileiro. A esse propósito: "Tal função assume no direito constitucional contemporâneo, especial relevo, ante o exercício, cada vez mais crescente, da função legislativa ou normativa pelo Poder Executivo ou Governo, no presidencialismo e no parlamentarismo. Inserida em constituição presidencialista, que se fundamenta no esquema organizacional modelado pelo princípio da separação de poderes, enquadra-se no princípio de "freios e contrapesos", marcante nessa modalidade de organização governamental. O sistema de freios e contrapesos pressupõe controle recíproco entre os poderes estatais, o que significa dizer a possibilidade de interferência de um poder na esfera de outro. Todavia, tal interferência há de ser idealizada de tal modo que não suprima a independência do poder que sofre a "invasão" em sua competência. Assim, o controle recíproco visa, antes de tudo, possibilitar que os poderes desenvolvam suas atribuições em "harmonia", ou em "concerto", como dizia Montesquieu, tendo em vista impedir que a atuação de um poder paralise a de outro. Trata-se, portanto, de uma receita política visando a governabilidade. Como, todavia, este sistema admite a interferência de um poder no outro, o controle do Poder Legislativo sobre atos normativos da Administração Pública em geral, atividade por excelência do Poder Executivo, deve se limitar às hipóteses estabelecidas e previstas na Constituição. Não podem a legislação infraconstitucional e as constituições estaduais prever outras modalidades de controle ou novas fórmulas de exercício dessa atividade que não as constantes da Constituição Federal, em razão do princípio da simetria adotado pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de invasão de competências e ofensa ao princípio da separação de Poderes, inscrito no art. 2º, do Texto da Lei

Outra função que nos parece de grande relevância e que por vezes fica relegada ao segundo plano é a de que o poder Legislativo é (ou deve ser) considerado como o primeiro intérprete de Constituição. O fato de o nosso texto constitucional claramente ter atribuído ao Supremo Tribunal Federal a notável responsabilidade de ser o último intérprete e definidor dos sentidos do texto constitucional[59], não pode nos induzir ao esquecimento da referida função parlamentar. Função essa que deriva diretamente do princípio da presunção da constitucionalidade das leis e que tem, em suas formulações originais, o texto de James Bradley Thayer, de finais do século XIX e no qual assenta a necessidade de que o poder Judiciário mantenha uma postura de grande autocontenção e que somente deverá invalidar um ato normativo do Parlamento nos casos em que estejam superadas quaisquer dúvidas (*beyond a reasonable doubt*) a respeito da sua inconstitucionalidade.[60]

Ainda no plano da doutrina internacional, porém já nesta quadra histórica, temos em Víctor Ferreres Comella uma defesa da presunção de constitucionalidade das leis fundada em, basicamente, três argumentos: a) a lei é possuidora de uma dignidade política, de modo que, salvo em casos de erro evidente e incontestável, a invalidação de uma lei aprovada democraticamente seria uma ofensa à dignidade política dos cidadãos; b) a solução do legislador democraticamente eleito teria maior probabilidade de estar correta, tendo em vista a proximidade e o diálogo constante existente entre eleitor e eleito, argumento que chamou de "epistêmico"; e, por fim, c) seria mais fácil corrigir um erro de declaração de constitucionalidade que uma declaração de inconstitucionalidade de determinado ato normativo editado pelo legislativo.[61]

A doutrina nacional, a seu turno, argumenta que o princípio da presunção de constitucionalidade a ser seguido pelo poder Judiciário no exercício da sua atribuição de controle de constitucionalidade (*judicial review*) e a partir do qual se pressupõe um respeito aos atos normativos editados pelo Legislativo, diz não só

Maior. Assim, sob este prisma cabe ressaltar que o controle parlamentar deve servir de instrumento de freio entre os poderes e não de meio de dominação sobre qualquer poder." Cf. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Comentário ao art. 49, inc. X. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva / Almedina, 2018, p. 1973.

59 Para uma reflexão em termos de contraponto entre a tese adotada pelo nosso sistema da "supremacia judicial" e a tese chamada de "diálogos constitucionais", ver o interessantíssima obra de Rodrigo Brandão: BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

60 THAYER, James B. The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 3, 1893, p. 130-156.

61 FERRERES COMELLA, Víctor. **Justicia constitucional y democracia**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 151-201.

com a preservação pura e simples das opções tomadas por um poder que é reflexo da sociedade. É, do mesmo modo, decorrência direta de princípios constitucionais fundamentais, tais como a separação dos poderes e a segurança jurídica.[62] Por fim, se, como visto, doutrinariamente[63] a questão parece estar bem colocada, sob a perspectiva jurisprudencial é bom lembrar que o Supremo Tribunal Federal reiteradamente reconhece a vigência, no direito brasileiro, a presunção de constitucionalidade das leis.[64]

Trata-se, portanto, de um plexo de previsões normativas, doutrinárias e jurisprudenciais que de forma clara corroboram com o entendimento de que as casas legislativas possuem não apenas legitimidade para interpretar a Constituição mas, ao produzir atos normativos que em boa medida regulamentam o próprio texto constitucional, acabam exercendo essa atribuição interpretativa de modo primeiro.

Por fim, é importante fazer um rápido registro sobre a tão falada crise representativa que afeta os sistemas legislativos contemporâneos, notadamente na América Latina. Corrupção, falta de eficiência, de organização, perda do contato com cidadão. A

---

62 Sobre o tema, ver: NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988; MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

63 Nada obstante nosso entendimento de que o princípio da presunção de constitucionalidade das lei deve ser considerado um postulado constitucional a ser seguido pelos poderes constituídos, é relevante notar o que diz Alexandre Arigony sobre a falta de previsão expressa no texto constitucional acerca do referido princípio: "Conquanto não haja previsão expressa no texto constitucional da presunção de constitucionalidade, ela é a justificativa de, pelo menos, dois dispositivos constitucionais, constando implicitamente do texto constitucional: um que trata do controle de constitucionalidade de maneira mais abrangentes e outro específico do controle abstrato de constitucionalidade. O primeiro e mais lembrado deles é o artigo 97 da Constituição Federal, que traz a denominada cláusula de reserva de plenário ou *full bench*, segundo a qual "somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público", em procedimento estabelecido nos artigos 948 a 950 do CPC para os fins do controle difuso de constitucionalidade. É sempre possível a consideração ou a declaração da constitucionalidade das leis e atos normativos. O segundo dispositivo é o parágrafo 3º do artigo 103 da Constituição Federal que, de maneira impositiva, assevera: "[q]uando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União (AGU), que *defenderá* o ato ou texto impugnado". O AGU funciona como o curador da presunção de constitucionalidade da norma (*defensor legis*)." Cf. ARIGONY, Alexandre Foch. **A presunção de constitucionalidade das leis regulatórias e econômicas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação (mestrado). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2019, pp. 27-28.

64 Ver, de forma exemplificada, o recente aresto: AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CSLL. MP 675/2015, CONVERTIDA NA LEI Nº 13.169/2015. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PENDENTE DE JULGAMENTO. SOBRESTAMENTO DESNECESSÁRIO. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. 1. Vige no direito brasileiro o postulado de que lei formal goza de presunção de constitucionalidade até declaração em contrário. Art. 525, §§ 12, 14 e 15 do CPC/15. 2. A alegação da existência de pendência de julgamento de ADI com causa de pedir similar a do recurso extraordinário não se mostra impeditivo do julgamento da demanda em sede recursal. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. ARE 1182358 ED-AgR, 2ª Turma, rel. min. Edson Fachin, julg. 22/06/2020.

despeito da relevância e da responsabilidade atividade parlamentar, é reconhecida e estudada a crise vivida por esse Poder. Chaves Hernandez, a esse propósito e citando expressamente os casos de países do leste europeu, da Ásia e da América Latina[65], afirma que não nos deve convencer o argumento de que essa crise seja decorrência do desconhecimento que os cidadãos têm da estrutura, funções e atividade do Poder Legislativo. As causas da crise, aponta o autor, podem ser resumidas em três aspectos fundamentais: falta de representatividade, de eficiência e de ética.[66] São aspectos que implicam em alterar, colocar a perder e tresloucar a natureza desse órgão representativo da nação, convertendo-se em órgão no qual confluem apenas interesses particulares que, escusos, alijam o interesse púbico.[67] O dano, portanto, não se resume apenas no desvio de recursos que impedem avanços e esvaziam os esforços em favor do bem comum. O dano alcança a própria credibilidade do sistema jurídico-político, base fundamental dos regimes democráticos.

O Poder Legislativo, primeiro entre os três poderes citados no artigo 2º da Constituição Federal, é dotado de uma relevância transcendental, seja pela relevância de suas funções, seja pela dimensão popular que representa. Não se imagina a possibilidade, enfim, de haver democracia sólida sem Parlamento com desenvolvimento institucional bastante para garantir a segurança jurídica, a estabilidade política e a confiança da população representada.

Anota-se, por fim, que o registro final sobre a crise de representatividade teve como principal intenção alertar que essa crise, que temos por verdadeira, não pode nos levar a diminuir ou a deslocar as atribuições desse poder para outras instituições ou, tanto

---

65 "En los países de Europa del Este, Asia y América Latina, el porcentaje de los que mani- fiestan mucha confianza al parlamento nacional es sólo un 10 a 15%, mientras que los que expresan poca o ninguna confianza es al menos el 60%. El congreso, los partidos políticos y la policía (ésta última en el caso de los países en desarrollo) son las instituciones con más alto ni- vel de desconfianza y desaprobación ciudadana. En México, el congreso general junto con la policía, los partidos políticos y los sindicatos son las instituciones con el nivel más bajo de confianza y aprobación de la ciudadanía. De acuerdo con el Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputa- dos sólo el 36% tiene "mucho" o "algo de confianza" en la Cámara de Diputados, y 37% para la Cámara de Senadores; destaca en el es- tudio realizado por dicha institución que entre las autoridades electas, los diputados son los que menos confianza inspiran a los ciudadanos; el 60% está en desacuerdo de la forma cómo trabajan los legislado- res, mientras que sólo el 20% lo aprueba.19 Otras encuestas proyectan resultados similares: en una escala del 0 al 10, donde 0 es "no confío nada" y 10 es "confío mucho", en 1996 se le otorgaba a los diputados la calificación de 5.8; en 2000 de 4.26; en enero de 2003 4.46; y en junio de 2003, 5.14." Em: HERNANDEZ, Chaves Efrén. Ética en el Poder Legislativo. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XXXIX, núm. 115, enero-abril de 2006, p. 102.

66 HERNANDEZ, Chaves Efrén. Ética en el Poder Legislativo. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XXXIX, núm. 115, enero-abril de 2006, p. 102.

67 HERNANDEZ, Chaves Efrén. Ética en el Poder Legislativo. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XXXIX, núm. 115, enero-abril de 2006, p. 103

menos, a ter como menos relevante o produto (texto normativo) que deriva das suas atividades.

1.2 O texto normativo como linguagem e a diferença entre texto e norma.

Da importância conceitual do poder legislativo passamos agora para sua importância prática, para a experiência do direito a partir da perspectiva do texto normativo e do momento em que, ao ser confrontado com determinado caso concreto e em face dele interpretado (aplicado), esse esse texto normativo cinde-se (ou desdobra-se) em uma norma, que é o seu produto específico e particular para aquela hipótese, aquele contexto, aqueles fatos. Procurando deixar essa questão ainda mais clara é que, com Mártires Coelho, temos que um "texto jurídico não se pode interpretar senão relacionando-o com problemas jurídicos concretos – reais ou imaginários – ou seja, com soluções que se procuram para casos."[68]

É justamente essa consideração que leva Eros Grau a afirmar que o texto normativo é alográfico; querendo isso dizer que o texto normativo apenas atinge sua "completude" quando um intérprete desvela o sentido expressado pelo texto. Sentido esse que, sendo produto do texto, com ele não se confunde: "é algo novo, distinto do texto. É a *norma*." [69] Norma que, insista-se, só se revela quando em confronto com um caso concreto e a partir da atividade interpretativa.[70] É dizer, a norma jurídica interpretada não existe em abstrato ou em um no vácuo.[71]

O texto normativo, assim, não compreende em si mesmo todas as possibilidades interpretativas; e jamais poderia, haja vista que "as surpresas da vida são infinitamente maiores do que pode imaginar qualquer vã dogmática jurídica e mesmo qualquer

---

[68] COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 301.

[69] GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros, 6 ed., 2014, p. 36.

[70] "Nas normas, comunicadas por símbolos, linguísticos ou não, a determinação sobre qual norma foi sancionada pressupõe a atividade de interpretar tais símbolos, ou seja, de atribuir-lhes significado." Cf. NINO, Carlos. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 290.

[71] "As normas jurídicas, objeto de seu segundo capítulo, são apresentadas, nas suas diversas formas, como esses parâmetros que servem como balizas fundamentais à atividade do jurista. Afinal, juristas são aqueles que se propõem resolver conflitos a partir de normas. Nino, porém, argumenta que para que essas normas possam servir como razões prevalentes na determinação de condutas humanas elas precisam ser válidas. E essa é uma discussão que só faz sentido quando pensamos as normas no contexto de um sistema jurídico, pois afinal as normas não existem no vácuo, mas apenas como parte de sistemas complexos, que Nino nos auxilia a compreender." Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. Apresentação à Edição Brasileira. Em: NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. XV.

pretensiosa filosofia do direito."[72] O direito, portanto, é mais que a lei (texto normativo). A norma jurídica (interpretada) é mais que (ou além do) o texto normativo. Textos normativos que, por sua vez, possuem "apenas virtualmente" o direito[73]; ou, no dizer de Mártires Coelho, a norma fica em estado latente – como que aguardando – enquanto no mundo dos fatos não se realiza sua hipótese de incidência a ser confrontada com o texto normativo.[74]

As normas devem ser compreendidas não apenas como parte integrante de um sistema jurídico que, por sua vez, está imerso no contexto da sociedade que pretende regular, mas como contextuais (circunstanciais) e, portanto, dependentes da conformação dos fatos que regula juridicamente. Tivéssemos que sintetizar todo esse raciocínio em apenas uma frase, diríamos que o Direito é um fenômeno cultural.[75]

Por essa razão é que se afirma que o maior desafio do intérprete aplicador está no compreender essa dualidade simbiótica entre texto normativo (abstrato) e a norma interpretada (caso concreto); o desafio está, portanto, em trazer para uma situação contextual e histórica própria um enunciado normativo genérico.[76] Assim, o texto normativo e caso a ser decidido (fatos) são os mais importantes elementos no processo de concretização e desvelamento da norma como resultado da interpretação.[77]

---

[72] COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 302.

[73] ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 64-70.

[74] COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 302.

[75] "Sendo ambas – lei e Constituição – espécies de normas *jurídicas*, criações do homem, portanto, subsumem-se à conceituação genérica do direito como fenômeno *cultural*, como realidade *significativa* ou, ainda, como conjunto de dados da experiência que têm o *sentido* de pretenderem realizar a *idéia de direito*. (...) Fenômeno *cultural* ou realidade *significativa*, enquanto matéria de conhecimento, o direito difere radicalmente, por exemplo, dos fenômenos *naturais*, porque, em relação a estes, as verdades obtidas resultam, necessariamente, do estudo da realidade por um método *empírico-indutivo*, tendo a *explicação* como ato gnosiológico." Cf. COELHO, Inocêncio. **Interpretação constitucional**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.

[76] Nesse sentido, citando Francisco Lopez Ruiz, Mártires Coelho pondera: "No processo de concretização dos em enunciados jurídicos ocorre uma transformação de disposições legais em direito interpretado – a substituição do texto do legislador pelo texto do aplicador –, em decorrência da assumida descontinuidade entre a expressão linguística da disposição e sua compreensão/interpretação para fins de aplicação, transmutação essa que se opera no e pelo raciocínio dos operadores do direito, indivíduos situados e datados, historicamente condicionados, portanto, cujas ideias e valores, para não dizer preconceitos e ideologias, se não determinam, pelo menos condicionam, em larga medida, a sua visão do justo e orientam as suas decisões." Cf.: COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 305.

[77] "Ocorre que a normatividade, essencial à norma, não é produzida por esse mesmo texto, isso porque a norma e realidade não devem ser justapostos sem nenhuma relação tal como a doutrina "neokantiana" – que distingue "ser" e "dever-ser" – preconiza. O encontro destas dar-se-ia apenas mediante a confrontação do tipo legal (*Sachverhalt*) a um primeiro enunciado de caráter normativo. Deste modo, o texto da norma não é a própria norma jurídica, não é elemento conceitual da norma jurídica, mas configura o dado de entrada (*input*) mais importante ao lado do caso a ser decidido juridicamente, no processo de concretização da norma." Cf. ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São

Desse modo, é pertinente reforçar que muito embora diferentes, texto e norma não são independentes. Texto e norma são interdependentes. O intérprete, responsável por desvelar o sentido do texto normativo e criar a norma do caso concreto, deve encarar sua missão com grande responsabilidade e com a intenção de, facilitando a compreensão, reconduzir sempre o leitor ao texto. Se, ao contrário, suplantar o texto com sua interpretação de modo que norma já não guarde sintomia com o texto normativo interpretado, estará "cometendo uma heresia"[78]. A norma do caso concreto apenas existe porque o texto normativo lhes precede, razão pela qual a interpretação encontrada pelo intérprete aplicador de guardar sintonia e congruência lógica e substancial com o texto interpretado. Nas palavras de Miguel Reale, enfim, "o Direito só compreende o ser referido ao dever ser".[79]

Todas essas circunstâncias apontadas no presente tópico trazem para a luz o problema (ou seria *solução*?) da indeterminação do direito como circunstância inescapável da linguagem natural. Se é bem verdade que esse tema é objeto de preocupações de outras ciências humanas[80] – e talvez delas receba melhor tratamento –, também nos parece

---

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 64.

78 COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 90.

79 "Um exemplo bastará para pôr em evidência o alto significado da distinção acima apontada entre *ser* e *dever ser* nos domínios da jurisprudência. Um homicídio pode ser estudado segundo dois ângulos, dois processos diversos: – pode ser analisado por um psicólogo, que poderá indagar dos motivos determinantes do ato; por um sociólogo, que o enquadrará em função de outros fatos de ordem social, na procura de uma lei geral, compreensiva de esquemas diversos de comportamento; por um médico, que levará em conta outros fatores determinantes, ligados a problemas de ordem fisiológica ou biológica. As chamadas ciências naturais procurarão, pois, estabelecer nexos de antecedente consequente, de causa e efeito e de coexistência sobre o fenômeno referido. (...) A atitude do jurista, portanto, não pode ser reduzida ou confundida com a atitude do sociólogo ou do psicólogo. Não se é grande penalista quando se descuida dos motivos psicológicos e sociológicos de um ato, mas isto não quer dizer que o direito criminal de reduza a termos de Sociologia ou de Psicologia. A categoria do jurista é a categoria do *dever ser*, que não se confunde com a do psicólogo e a do sociólogo, pois o Direito só compreende o *ser* referido ao *dever ser*." Cf. REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 193.

80 Nesse sentido, abordando uma das tantas dificuldades impostas pelo uso da linguagem natural, Campos da Costa afirma: "As investigações lógico-linguístico-filosóficas sobre a natureza do significado em linguagem natural têm produzido um sem-número de debates, especialmente nos últimos cinquenta anos. Russel (1905) e Strawson (1950) representam, certamente, o confronto mais popular nas origens contemporâneas sobre o tópico, envolvendo argumentos que giram em torno das complexas relações entre significado, verdade e uso da linguagem. O ponto crucial dos debates pode ser identificado, com mais precisão, se ele for construído contra o pano-de-fundo das ásperas conexões metateoréticas entre filosofia, lógica e linguística, a partir, decisivamente, das considerações que Frege elaborou no final do século IXI e suas repercussões na obra de Russell e Wittgenstein. Frege, entre outras contribuições maiores, localizou perplexidades na linguagem de comunicação que a fragilizavam de um pondo-de-vista lógico. A possibilidade, por exemplo, de uma expressão de referir objetos inexistentes, tipo 'o quadrado redondo', 'o homem de três metros de altura', 'Ulisses', etc., é algo que problematiza uma abordagem logicista, à medida que, dada uma proposição com taus nomes como sujeito, em princípio, ela pareceria destituída de valor-de-verdade, desafiando o princípio da bivalência. De fato, se o Brasil não tem um rei, por exemplo, 'O Rei do Brasil é loiro' pareceria não ser nem verdadeira nem falsa, uma vez que falha a condições de aplicação do predicado. Não se poderia, intuitivamente, atribuir uma propriedade a algo que não existe. Russell, como se sabe, não percorreu o raciocínio fregiano, mas, de qualquer modo, reconheceu a dificuldade semântica oferecida pelas então chamadas descrições definidas vácuas. Ambos assumiram, ainda que Russel

verdade que na ciência jurídica se observa um modo bastante peculiar de descrever e de apontar soluções para esses problemas. É o que veremos a seguir. Tema esse, o da indeterminação do direito que, segundo Josep Vilajosana, é uma das tendências mais importantes da filosofia do direito contemporânea.[81]

1.3 A indeterminação da linguagem natural: a senda do Direito entre lacunas e imprecisões.

Sobre esse fascinante tema da indeterminação do direito é interessante notar, com Marcelo Neves, que apenas nas sociedades modernas, marcadas pelo signo da pluralidade e do multiculturalismo, da convivência pacífica dos diferentes sempre em busca dos consensos possíveis e dialogados,[82] é que se passou a compreender a questão da plurissignificação da linguagem normativa como um efetivo problema, pois existem expectativas no seio dessas sociedades acerca de qual a interpretação correta desses textos normativos.[83]

O fato de que textos normativos são postos, tradicionalmente, em linguagem natural, já traz às claras o fato de que, possuindo um feixe de significações possíveis para determinadas palavras, também existirá uma diversidade de interpretações possíveis para um mesmo texto normativo. Nada obstante essa circunstância indiscutível, Josep Vilajosana, em uma de suas principais obras de doutrina, nos questiona se o direito estaria determinado, ou, melhor dizendo, se o direito estaria "pré-determinado". E responde ao referido questionamento afirmando que apenas se todos os elementos

fosse mais benevolente que Frege, que a linguagem natural possui uma flexibilidade que enfraquece tentativas de utilizá-la de maneira mais rígida e rigorosa." Em: COSTA, Jorge Campos da. Comunicação e inferência em linguagem natural. **Letras de Hoje**. Porto Alegre, v. 40, n. 1, março, 2005 p. 107-133.

81 VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 89.

82 Características típicas de sociedades que adotam um modelo de governo democrático sob a configuração do constitucionalismo contemporâneo.

83 "Inegavelmente, a linguagem jurídica, enquanto tipo de linguagem ordinária ou natural especializada, e não uma linguagem artificial, é ambígua e vaga, o que dá ensejo a interpretações divergentes. (...) Em sociedades pré-modernas, fundamentadas em uma forte unidade acerca de valores e, correspondentemente, em concepções morais válidas para todas as esferas do agir e do vivenciar, uma interpretação divergente da determinada pelo "soberano" é, em regra, considerada um desvio condenável. Mesmo quando, excepcionalmente, surgem alternativas de interpretação, a unidade de valores, representações morais e interesses corporificada no detentor supremo de poder serve como critério que ignora ou reprime o dissenso eventual. (...) Mas o fato é que a questão das divergências interpretativas a respeito de textos jurídicos, relacionada à percepção e abordagem de sua plurivocidade, só se torna problemática com a complexidade da sociedade moderna. É nela que a multiplicidade de valores e interesses possibilita uma variedade estrutural de expectativas sobre os textos jurídicos. Em relação à Constituição, que é mais abrangente na dimensão material, pessoal e temporal, essa situação acentua-se." Cf. NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no estado democrático de direito. Em: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 364-365.

necessários à solução dos problemas jurídicos (especialmente os casos concretos) estivessem pré-determinados por normas gerais e abstratas editadas pelo legislador e à disposição de juízes e tribunais é que se poderia, em tese, dizer que a atividade dos juízes é exclusivamente mecânica, não supondo inovação mas simples aplicação do direito já existente.[84] A diferença entre texto e norma, conforme visto acima, afasta qualquer ilusão pueril de aplicação mecânica do direito e que pudesse prescindir do elemento humano, único capaz de fazer a correta aproximação entre texto normativo e contexto (fatos sob o âmbito normativo e fatos circundantes) para, apenas então, encontrar (desvelar) a solução adequada para o caso concreto.

O fato de que, tal como visto no tópico acima, o direito objetivo existente estar formulado exclusivamente em linguagem natural, traz consigo, de forma inevitável, a necessidade de o profissional do direito em lidar com as principais características e possibilidades desse tipo de linguagem. Vale dizer, a necessidade de interpretar a linguagem natural e suas características (nomeadamente: a indeterminação), com todos os percalços e soluções daí decorrentes, tal como assevera Carlos Nino.[85]

Dentre outras possibilidades, entendemos possível organizar as hipóteses de indeterminação do direito da seguinte forma: (i) indeterminação decorrente de características da linguagem natural – imprecisão e ambiguidade; (ii) indeterminação decorrente de defeitos lógicos no sistema jurídico – lacunas e antinomias; e por fim, (iii) indeterminação decorrente da derrotabilidade das regras. A seguir, veremos pontualmente e no que for pertinente cada uma dessas hipóteses.

A afirmativa filosófica de que somos linguagem e que nela estamos todos imersos parece possuir um impacto ainda mais severo nas ciências sociais. A linguagem natural pela qual nos comunicamos possui uma abertura conceitual que lhe é peculiar e que acarreta como consequência uma espécie de fluidez nos sentidos e na própria compreensão dessa linguagem.

Sobre esse tema, Steven Pinker nos alerta o "fato inescapável" de que a língua muda com o tempo. Assim, de forma natural e orgânica a linguagem reúne e acumula em si a contribuição de milhares de falantes e escritores que "submetem continuamente o idioma às suas necessidades e que, fatalmente envelhecem, morrem e são substituídos pelos filhos, que modificam a língua por sua vez."[86] O primeiro capítulo desse *Guia*

---

84 VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 89.

85 NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 291.

86 PINKER, Steven. **Guia de escrita**: como conceber um texto com clareza, precisão e elegância. Tradução de Rodolfo Ilari, São Paulo: Contexto, 2016, pp. 15-16.

de escrita de Pinker aponta para esse "fato inescapável" e alerta para o equívoco daqueles que insistem em afirmar que as novas gerações estão a degradar a gramática. Essa sensibilidade "grisalha" dos especialistas em estilo, afirma o autor, é fruto da incapacidade em reconhecer as mudanças naturais do idioma.[87]

Retornando a Vilajosana, temos que essa particularidade da linguagem natural – de que sua textura aberta implica na dificuldade em determinar com precisão o significado de uma expressão – é imediatamente sentida pela interpretação jurídica, por consistir exatamente na atribuição de significados aos textos normativos[88].

Esse autor afirma que, aquele que se propor a explicitar a conotação de uma palavra, poderá fazê-lo dentro do limite de um certo número de propriedades, mas o uso da palavra em si é (relativamente) aberto tornando-se impossível "*agotar la descripción de un objeto*"[89] com a enumeração precisa de todas as suas propriedades. O argumento principal é o de que não há um critério apto a incluir ou excluir todas as conotações possíveis de um termo, sendo ainda, quase impossível prever a aparição de novas propriedades desconsideradas, ou tidas por irrelevante, no momento da escolha da respectiva expressão[90]; até porque, é preciso reconhecer, essas novas escolhas apenas ocorrem como derivação de determinado contexto ou necessidade comunicativa.

Para ilustrar seu posicionamento, o exemplo oferecido é o da palavra "geladeira". Lembra que quando da previsão normativa sore a penhorabilidade e impenhorabilidade,

---

87 Steven Pinker apresenta uma saborosa sequência de trechos nos quais críticos de estilo pretendiam alertar para a "degradação" do idioma. Tomamos a liberdade de transcrever alguns: "A língua comum está desaparecendo. Está sendo lentamente esmagada sob o peso do conglomerado verbal, uma pseudofala ao mesmo tempo pretensiosa e fraca, que é criada diariamente por milhões de asneiras e descuidos de gramática, sintaxe, fraseologia, metáfora, lógica e senso comum... Na história do inglês moderno não há nenhum período em que uma semelhante vitória sobre o pensamento – na – fala tenha sido tão ampla. – 1978"; "Os recém-formados –, inclusive aqueles com títulos universitários, parecem não ter absolutamente nenhum domínio da língua. Não conseguem construir uma sentença declarativa simples, oralmente ou por escrito. Não conseguem soletrar palavras correntes do dia a dia. A pontuação, pelo que parece, não é mais ensinada. A gramática é um absoluto mistério, para quase todos os recém-formados. – 1961"; "De cada faculdade no país eleva-se o apelo, "nossos calouros não sabem soletrar, não sabem pontuar." Todos os colégios estão desesperados, pois os alunos desconhecem os rudimentos básicos." – 1917; "O vocabulário da maioria dos alunos da escola média é espantosamente reduzido. Tenho tentado usar um inglês simples, e ainda assim, falando às classes, somente uma minoria dos alunos compreendia mais do que a metade do que eu dizia. 1889"; "A menos que se ponha um fim ao atual avanço de mudanças... não resta dúvida de que, em um século, o dialeto dos americanos se tornará totalmente incompreensível para um inglês. – 1833"; "Nossa língua (quer dizer, o inglês) está degenerando muito rapidamente... estou começando a achar que vai ser impossível controlar isso. – 1785" Ver: PINKER, Steven. **Guia de escrita**: como conceber um texto com clareza, precisão e elegância. Tradução de Rodolfo Ilari, São Paulo: Contexto, 2016, p. 17.

88 VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 93

89 VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 97

90 Sobre a problemática da atribuição de significados aos termos: "Não existe 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 a "correta", desde que, naturalmente, se trate de significações possíveis, no confronto com todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica." Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica a hermenêutica jurídica**: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 175

respectivamente, dos "*bienes de lujo*" e dos "*bienes necesarios*", a geladeira era tida como um bem de luxo, e hoje, dada o indiscutível avanço dos meios, capacidades e condições de consumo mundo afora, não há quem duvide tratar-se de um bem necessário e, como consequência dessa nova conotação, insuscetível de penhora para o pagamento de dívida. [91] Com esse exemplo, torna-se quase intuitivo acompanhar Vilajosana no seu argumento de que a imprecisão inerente à linguagem natural não se mostra necessariamente prejudicial. Ao contrário, a par de algum grau de insegurança que certamente acompanha a pluralidade de significados de um mesmo termo, essa circunstância permite que a mesma formulação normativa sobreviva por longos lapsos acolhendo, em diferentes ocasiões, diferentes conotações para a mesma palavra.[92-93]

Sobre o ponto, nos parece pertinente, para dar um pouco mais de cor ao trabalho, relembrar a atuação do nosso Judiciário na atribuição de novas propriedades a determinados conceitos. Observemos, com esse objetivo, o julgamento da ADI n. 4277, de relatoria do min. Ayres Britto, ocasião em que a Corte incluiu no conceito de família a união de pessoas do mesmo sexo, emprestando para esses casos as mesmas regras e consequências jurídicas pertinentes à união heterossexual. Interessante também, o caso do Recurso Especial Eleitoral n. 24.564, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, em que o TSE incluiu no conceito de cônjuge para os fins da inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º da Constituição, a companheira da prefeita reeleita de um município do estado do Pará. São dois exemplos que certamente ilustram novos alcances e novas possibilidades interpretativas de um mesmo texto normativo; um distanciamento (ou novo reposicionamento) da norma em relação ao texto normativo impulsionado pelas novas circunstâncias e pela cultura e que, frise-se, se mostra possível justamente pela imprecisão da linguagem e sua vocação para a polissemia.

---

91 VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 97-98

92 VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 98

93 Essa "sobrevivência" de um mesmo texto normativo por longos períodos com novos sentidos que lhe são atribuídos conforme se altera o contexto e se avança a cultura de determinada comunidade nos lembra o *direito como experiência* de Miguel Reale: "À luz dos renovados conceitos de transcendental e de a priori [...], parece-me que o problema da experiência ética em geral, e da experiência jurídica, em particular, deve ser situado sobre novas bases, para além de sua mera referência à subjetividade pura, entendida como simples tábua de formas e categorias lógicas, visto como implica também condições ineliminâveis de ordem axiológica e histórica, como tais assumidas e reconhecidas pelo eu que sente, pensa e quer. O transcendental, em última análise, abre-se à plenitude da experiência, tanto natural como ética, podendo-se dizer que a categoria lógica de possibilidade passa a ser compreendida concretamente em função das categorias de finalidade e de temporalidade, nos planos da práxis e da história. Não se cuida, porém, de renovar a tentativa de um empirismo integral, pois este, sob a aparência de uma compreensão unitária e total, não colhe da realidade senão o que ela se mostra como enlaces causais, sem captar o sentido que se alberga nos fatos, e sem referir os fatos à fonte originária doadora de sentido a tudo que existe, na concreta correlação entre o eu e o mundo, desde a espontaneidade natural da Lebenswelt ou da vida comum, até às manifestações mais apuradas de objetivação espiritual, no plano da Arte, da Ciência ou da Filosofia." Cf. REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 25.

Por sua vez, a imprecisão como espécie de indeterminação linguística, de acordo com Ródenas, é o defeito que se atribui não ao termo em si, mas ao seu conceito [94]. Dessa forma haveria duas formas: a *vaguedad intensional* e a *vaguedad extensional*. Termos que parecem ser demonstrados com um único exemplo, que pode ser colhido, inclusive, no direito brasileiro. Observe-se, a esse propósito, a Lei n. 11.343/06, que em seu art. 28, § 1º, afirma: "Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.". Desse texto, a conotação de "pequena quantidade" é intencionalmente imprecisa, e em razão dessa abertura, também se mostra impossível determinar (*vaguedad extensional*) com exatidão, com base nesse elemento, as condutas que serão tipificadas como tráfico ou como uso pessoal de drogas e afins.

São diversas as propostas de solução para esse tipo de problema que, partindo-se de uma linguagem que admite um feixe (Grau) de interpretações, compreende a definição de qual seja o direito adequado ao caso concreto. Enquanto Ródenas aponta que a decisão nesses casos será baseada no *derecho implícito*[95], Vilajosana entende que essa a solução dessas hipóteses será novamente "*un acto de voluntad y no supone un acto de conocimiento basado en un saber linguístico*"[96]. Conforme veremos mais a frente, é Ángeles Ródenas quem mais próximo está de uma solução adequada para as hipóteses de indeterminação e plurissignificação da linguagem natural. Não se pode relegar um espaço relevante da prestação jurisdicional ao simples voluntarismo discricionário, como pretende Vilajosana; trata-se, com as devidas vênias, de forma de niilismo que não contribui para o aperfeiçoamento das instituições e, tanto menos, para o exercício da cidadania.

Dentro das possibilidades taxionômicas da "imprecisão linguística", uma, em específico, nos chama atenção: a ambiguidade. E é sobre ela que vamos refletir agora. De

---

[94] RÓDENAS, Ángeles. **Los intersticios del derecho**: indeterminación, validez y positivismo jurídico. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 29.

[95] "Pues bien, la solución a todos estos problemas linguísticos requiere derivar reglas mediante procedimientos que no son estrictamente lógicos. La atribuición de significados a las normas que plantean problemas de ambiguedad o vaguedad esta estrechamente conectada con el derecho implícito. Como advierte LAPORTA, el significado que tienen algunos de los terminos naturales o tecnicos que aparecen en las normas juridicas «suscita muchos problemas de interpretacion y no se sabe muy bien si ciertas situaciones o estados de hecho caen bajo el alcance de los términos usados en las formulaciones textuales de las normas (...) Vale la pena mencionar que el conjunto de propiedades fijadas por las reglas de uso de los conceptos técnicos (en sus diversos grados) es producto muchas veces de la elaboración doctrinal y teórica, que aporta así también su caudal de soluciones al derecho implicito»." Cf. RÓDENAS, Ángeles. **Los intersticios del derecho**: indeterminación, validez y positivismo jurídico. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 29.

[96] VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 96

acordo com o dicionário Laurose, ambíguo é aquilo que: 1. Apresenta duas naturezas diferentes. 2. Que pode ser tomado em mais de um sentido. 3. Incerto, duvidoso [97] . Ou seja, será ambígua uma expressão linguística quando tenha mais de um significado ou conceito, do que se infere que "*no hay que confundir, pues, 'palavra' y 'concepto'* [98] .

Nesse contexto, Carlos Nino, oferecendo divertido exemplo, aponta que diante da afirmativa de que o cabo Horn é muito frio, poderíamos questionar se está a tratar do clima de uma determinada região austral ou se, de outro giro, estamos a destacar a falta de sensibilidade de um militar de baixa patente que atende pelo nome de Horn.[99] Como é possível imaginar, e aqui a conclusão é de nossa responsabilidade, saber se a afirmativa refere ao militar ou ao local cartográfico vai depender do contexto no qual a afirmativa foi proferida, bem como do sujeito que a proferiu e do sujeito para quem foi proferida. A afirmativa, por si só, pode nos deixar em dúvida e o exemplo é didático e útil nesse sentido. Mas igualmente é preciso reconhecer que (ou ao menos ter esperança de que) ao se ter acesso àquelas outras informações já referidas, a dúvida seja de imediato dissipada.

Ainda sobre esse tema, para mencionar uma possível divisão da ambiguidade em subcategorias, conforme A. Ródenas, temos: (i) ambiguidade semântica – que afeta ao termo propriamente dito. Seria o exemplo de um dispositivo que determine a imunidade parlamentar aos deputados sem especificar, dentre federais e estaduais, quais gozam desse benefício; (ii) ambiguidade sintática – que afeta a estrutura lógica do enunciado. O exemplo dado seria o do código civil espanhol que determina "*son bienes privativos de cada uno de los cónyuges: las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor*". [100] A redação do normativo, como bem nota o autor, deixaria dúvida se apenas os objetos de uso pessoal ou também as roupas de extraordinário valor estariam excluídos dos bens privativos de cada cônjuge. E para a superação das hipóteses de ambiguidade, Vilajosana afirma que, quando o contexto não se mostra suficiente para tanto, a questão será resolvida pela tomada de decisão discricionária[101].

Finalmente e antes de avançar, parece apropriado reiterar e reforçar o entendimento de Josep Vilajosana no seu argumento de que – e com esse, em específico, é preciso concordar – a textura aberta, característica inerente à linguagem natural, não se mostra

---

97 Dicionário da Língua Portuguesa Laurosse Cultural. São Paulo: ed. Universo, 1992, verbete: "ambíguo"

98 VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 93

99 NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 307.

100 RÓDENAS, Ángeles. **Los intersticios del derecho**: indeterminación, validez y positivismo jurídico. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 28-29.

101 VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 94

necessariamente prejudicial ao direito. Ao contrário, a despeito da insegurança que acompanha a pluralidade de significados de um mesmo termo, essa circunstância permite, como já dissemos, que a mesma formulação normativa sobreviva por longos lapsos acolhendo, em diferentes ocasiões, diferentes conotações da mesma palavra[102].

Vale dizer, não se pode considerar a indeterminação da linguagem natural uma falha[103], mas, antes, uma característica salutar e que não apenas viabiliza, mas potencializa a função jurisdicional de pacificação social mediante a utilização do mesmo instrumental normativo ao longo de décadas.[104] Não por outra razão é que, denotando a importância de se considerar adequadamente as características (circunstâncias) da linguagem, Mártires Coelho afirma que sem vaguidade a linguagem se empobrece.[105]

Avançando para o tema das lacunas, é de se notar que quando falamos em sistema jurídico, partimos da premissa de que se trabalha com um modelo normativo voltado para a resolução de conflitos de interesses, no geral, e para a justificação (motivação) das decisões judiciais, no particular.[106] É nesse contexto que se encontram os questionamentos acerca da (in)determinação do direito decorrentes de circunstâncias não mais da linguagem natural, mas do próprio sistema jurídico.

---

102 VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 98

103 Diversos autores designam características como imprecisão e ambiguidade como "falhas". Por todos, ver NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, pp. 289-321.

104 A respeito dessa temática, veja-se: "A complexidade das relações jurídicas e a rapidez das modificações que tais relações experimentam impõe o surgimento de normas jurídicas *ainda mais gerais*, trazendo em seu bojo noções de conteúdo variável (de conceito vago ou indeterminado), bem como de *cláusulas gerais*, a fim de possibilidade ao órgão jurisdicional aplicar a norma jurídica em atenção às *particularidades de cada caso*, particularidades estas insuscetíveis de serem previstas pelo legislador." Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 265; ou, ainda: "o conceito vago, quando inserido no texto de lei, desempenha três funções que nos parecem devam ser valorizadas positivamente: 1. Permite que se incluam, sob o agasalho da norma, casos que o legislador não poderia ter pensado (= casos que, por especiais ou por raros, certamente não seriam incluídos no dispositivo legal que usasse a técnica dos *numerus clausus*, ou seja, fossem taxativos) e, então, ficariam fora do alcance da norma; 2. Permite que a *mesma norma dure* mais no tempo, pois o conceito vago ou indeterminado é mais ´adaptável´; 3. Permite que a *mesma norma* seja aplicada de forma mais ´justa´ em um mesmo tempo, mas em lugares diferentes." Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 439.

105 "Se deixarmos de lago os termos científicos, cujos significados se estabelecem por convenção, a vaguidade é uma propriedade de praticamente todas as palavras e, portanto, de natureza objetiva. Como a realidade não se divide em compartimentos "rigorosamente" definidos, pode-se dizer que se eliminássemos totalmente essa vaguidade empobreceríamos bastante a nossa linguagem." Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica a hermenêutica jurídica**: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 145.

106 RÓDENAS, Ángeles. **Los intersticios del derecho**: indeterminación, validez y positivismo jurídico. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 23.

Dessa forma, o direito será indeterminado nas hipóteses em que o fato não esteja relacionado a nenhuma consequência jurídica (subdeterminação[107]); ou seja, quando não se mostra possível determinar com precisão qual o status jurídico de determinada ação.[108] Do mesmo modo, também será indeterminado nas hipóteses em que o mesmo fato encontra pelo menos duas soluções normativas incompatíveis (sobredeterminação[109]). Nessas duas hipóteses (lacunas e antinomias, respectivamente) a justificação da decisão judicial encontra percalços, seja pela falta, seja pelo excesso de elementos normativos.

Abordar o tema das lacunas no direito significa questionar o sistema (ordenamento) jurídico como algo dinâmico e capaz de qualificar normativamente todos os comportamentos possíveis ou se, ao contrário, ocorrem condutas para as quais esse sistema (ordenamento) jurídico não oferece qualquer qualificação.[110] Trata-se de hipóteses nas quais não se encontra, no sistema jurídico, qualquer solução normativa em relação a determinado caso. Vale dizer: haverá lacuna sempre que um qualquer sistema jurídico não correlacione determinado caso com uma classificação normativa (solução).[111] Ou, ainda, na arguta formulação de Ferraz Júnior, uma lacuna "é uma incompletude insatisfatória dentro da totalidade jurídica."[112] Trata-se, portanto, da hipótese em que uma circunstância não prevista pelo sistema normativo é levada ao Poder Judicial para análise e julgamento; circunstância que, despiciendo dizer, pode ter sido omitida do sistema normativo de forma intencional ou não intencional.

Diz-se, que existem duas principais espécies de lacunas: a lacuna normativa e a lacuna axiológica. De acordo com Ródenas[113], estar-se-á diante de uma lacuna normativa apenas quando o sistema jurídico não contenha uma norma aplicável ao caso, e quando a ponderação dos princípios pertinentes exija uma regra específica para esse caso; e diante de uma lacuna axiológica quando a despeito de possuir uma regra

---

107 VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 100-SS.

108 RODENAS, Ángeles. **Los intersticios del derecho**: indeterminación, validez y positivismo jurídico. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 23.

109 VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 114-ss.

110 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. 7 ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 185.

111 NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 335.

112 Ainda sobre o ponto, o Autor arremata: "A possibilidade de uma lacuna está assim ligada a uma concepção de sistema em seu uso tradicional, qual seja, um todo, composto de partes, ordenado, limitado e, em princípio, capaz de uma completude (satisfatória) que pode ser quebrada (incompletude) pela intersecção do sistema com qualquer outro com o qual tenha limites." Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. 7 ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 186-187.

113 RÓDENAS, Ángeles. **Los intersticios del derecho**: indeterminación, validez y positivismo jurídico. Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 25-26.

apta a solucionar o caso, essa regra não leva em consideração uma circunstância que, de acordo com os princípios aplicáveis, deveria ter sido observada.[114]

A solução dessas imperfeições vai depender, como ressalva Ródenas, de qual o modelo de direito adotado. Observe-se, por exemplo, as soluções oferecidas pela visão de Alchourrón y Bulygin, visão que Ródenas chamou de irrenunciavelmente positivista[115]. Sob essa perspectiva, verificando uma lacuna normativa o juiz estaria livre para decidir em favor de qualquer das partes, e em casos de lacuna axiológica o juiz deveria aplicar a regra independente das circunstâncias que ficaram de fora da previsão normativa. A ilustração das consequências dessa tese ficou a cargo do caso *Riggs vs. Palmer*, em que o neto pleiteava a posse da herança do avô que ele havia assassinado, e a norma aplicável não previa essa circunstância como relevante para fins sucessórios. Nessa hipótese, e de acordo com esse olhar chamado positivista, o tribunal andou mal ao não atender o pleito do neto.

De outro lado, pode-se adotar – como nos parece que faz Ródenas – "*una imagen del derecho que no reduzca ésta a directivas de conduta en forma de reglas, sino que integre su vertiente de protección y promoción de bienes y valores, en forma de princípios*." [116] Sob essa perspectiva, Ródenas – que novamente anda melhor – entende que se mostra perfeitamente possível verificar decisões judiciais devidamente motivadas mesmo na ausência de regra aplicável (lacuna normativa), e mesmo contra regras que seriam em princípio aplicáveis (lacuna axiológica), desde que, para tanto, o juiz se socorra daqueles princípios destinados à proteção e promoção de bens e valores[117].

Ainda, a saber o grau de criação judicial exigido por essa hipótese de indeterminação, Vilajosana afirma que em se tratando de integração de lacunas a atividade jurisdicional será sempre discricionária[118]. Buscando comprovar essa afirmação aponta as principais técnicas de colmatação de lacunas: o argumento a contrário e o argumento analógico[119]. O argumento a contrário aponta que havendo uma consequência jurídica específica para um grupo específico de sujeitos, apenas a eles se aplica essa consequência. Vilajosana cita como exemplo a interpretação dada pelo Tribunal Constitucional

---

114 Para diversos exemplos de lacuna normativa e de lacuna axiológica no direito argentino, ver: NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 337-342.

115 RÓDENAS, Ángeles. **Los intersticios del derecho**: indeterminación, validez y positivismo jurídico. Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 24.

116 RÓDENAS, Ángeles. **Los intersticios del derecho**: indeterminación, validez y positivismo jurídico. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 25.

117 RÓDENAS, Ángeles. **Los intersticios del derecho**: indeterminación, validez y positivismo jurídico. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 26.

118 VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 114

119 VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 112-114.

espanhol ao artigo 25.3 daquela Constituição que afirma "*La Administración Civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad*." A contrário senso o Tribunal entendeu que a Administração Militar (a respeito da qual se constatou uma lacuna normativa) possui o poder de impor essa classe de sanção.[120]

O argumento analógico aponta para o sentido oposto. Verificado um fato que não recebe atenção normativa e outro devidamente regulado e que com o primeiro guarde "semelhança relevante" (o termo é de Vilajosana, que o retira do código civil espanhol), a previsão normativa deve ser estendida ao caso omisso. Aqui, o exemplo oferecido é o de um decreto municipal que determina a vacinação obrigatória de todos cachorros do município. Havendo discussão acerca da obrigatoriedade da vacinação dos gatos, a colmatação dessa lacuna pode ser tanto no sentido de que estes animais também são obrigados à vacinação (argumento analógico) como no de que eles não são alcançados pela obrigação (argumento a contrario)[121].

Feitas essas considerações, Josep M. Vilajosana conclui que tanto o argumento analógico quando o argumento a contrário, são argumentos que, quando utilizados em âmbito jurisdicional, serão inevitavelmente criadores de normas. E isso, pois é justamente a partir da criação judicial de uma norma que as lacunas deverão ser colmatadas.[122] A posição de Vilajosana de que criação judicial do Direito seria sinônimo de um ato discricionário deriva da vontade do intérprete deve ser afastada, sendo inadequada para um país como o Brasil. A criação judicial do direito – absolutamente inevitável como demonstra a diferença entre texto e norma – não ocorre em um vazio de sentido e livre de referenciais a orientar a determinação do direito do caso. Falaremos mais detalhadamente sobre isso em breve.

Ainda no contexto das lacunas no direito, e em se tratado a lacuna de circunstância que pressupõe a incompletude do sistema jurídico, devemos, para melhor compreender o tema, abordar a tese da plenitude do direito, também conhecido como "princípio da clausura".[123] De acordo com essa tese/princípio, todos os comportamentos teriam uma solução previamente estabelecida pelo sistema normativo – não havendo espaço, portanto, para os casos de subdeterminação (lacuna) do direito.

---

120 VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.112.

121 VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 113.

122 "Un somero vistazo a su estructura basta para darse cuenta de que el argumento analógico, al igual que sucedía con el argumento a contratio, es un argumento creador de normas, siempre que lo utilice un juez dentro de sus competencias. Precisamente, es a través de la creación judicial de una norma que se puede colmar la laguna que previamente se ha detectado." VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 113.

123 NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 335.

Hans Kelsen[124] é um dos autores paradigmáticos na postura de defesa da tese da completude, o que faz baseado, fundamentalmente, no raciocínio de que tudo aquilo que não é proibido pelo sistema jurídico seria, portanto, permitido. A tese da clausura também é defendida com o argumento de que o Direito não teria lacunas, pois oferece instrumentos para que os juízes eliminem essas lacunas.[125]

Carlos Nino, recorrendo aos ensinamentos de Alchourrón e Bulygin, afirma que do raciocínio fundamental apresentado por Kelsen (*tudo que não é proibido é permitido*) não seria possível inferir que efetivamente exista uma norma que permita a ação que não é proibida. E mais, tratar-se-ia, afirma Nino, de um raciocínio contingente e que dependeria que, em determinado sistema jurídico, efetivamente existisse norma permitindo todo tipo de conduta que não fosse expressamente proibida e, ainda, arremata afirmando que seria muito custoso imaginar uma norma desse tipo em âmbitos normativos diferente do penal.[126]

Vilajosana, por sua vez, faz uma contundente refutação dessa tese argumentando[127], em síntese, que a plenitude do direito estaria fundada num princípio de ordem lógica de acordo com o qual todos os comportamentos que não estão proibidos por determinado sistema, são por ele permitidos. Na visão desse autor, a tese é perfeitamente

---

[124] Nas palavras do Jurista austríaco: "A autorização prévia mencionada para ordenar uma sanção que não foi estabelecida por uma norma geral preexistente é muitas vezes dada aos tribunais indiretamente, por meio de uma ficção. Trata-se da ficção de que a ordem jurídica tem uma lacuna – significando que o Direito vigente não pode ser aplicado a um caso concreto porque não existe nenhuma norma geral que se refira a esse caso. A ideia é a de que é logicamente impossível aplicar o Direito efetivamente válido a um caso concreto porque falta a premissa necessária. Típico é o primeiro parágrado do Code Civil Suisse: "À default d´une dispositive legale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et à default d´une coutume, selon les règles qu´il établirait s´il avait à faire acte de législateur." Presumivelmente, esta cláusula não se refere a casos em que o Direito estatutário ou o consuetudinário estipula positivamente a obrigação que o queixoso afirma ter sido violada pelo réu no caso concreto. Em tais casos, segundo o 1º § Código Civil Suíço, existe uma norma geral aplicável. O seu dispositivo presumivelmente se refere apenas a casos em que a obrigação que o queixoso afirma ter sido violada pelo réu não é estipulada por nenhuma norma geral. Nesses casos ojuiz não será obrigado a rejeitar a demanda do queixoso. Ele terá a possibilidade de estipular, na condição de legislador, a obrigação sustentada para o caso concreto. Mas ele também terá a outra possibilidade, a derecursas a ação a pretexto de que o Direito vigente não estipula a obrigação reclamada. Se o juiz faz uso dessa última possibilidade, não se presume nenhuma "lacuna do direito". O juiz indubitavelmente aplica Direito válido. Ele não aplica, é verdade, uma regra afirmativa obrigando indivíduos a certa conduta. Só porque não existe nenhuma norma que obrigue o réu à conduta reclamada pelo queixoso, o réu é livre, segundo o Direito positivo, e não cometeu nenhum delito com a sua conduta. Se o juiz rejeita a ação, ele aplica, por assim dizer, a regra negativa de que ninguém deve ser forçado a observar a conduta à qual não está obrigado pelo Direito. A ordem jurídica não pode ter quaisquer lacunas." Ver: KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 4 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 212-213.

[125] Segundo anota Carlos Nino, autores como Alchourrón e Bulygin rejeitam essa tese, pois ela se afigura tão ilógica "quanto dizer que as calças compridas não podem ter buracos, porque sempre há costureiras que os remendam." Cf. NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 336.

[126] NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 335.

[127] VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 110-111.

compatível com as hipóteses de lacunas no direito e só será apta a demonstrar, de fato, a sua plenitude, circunstancialmente. Ou seja, o direito será pleno apenas quando for constatado no sistema normativo a presença de uma norma que expressamente autorize todos os comportamentos não proibidos por ele. Cita, para exemplificar, o princípio da legalidade na esfera penal, segundo o qual todo comportamento não previsto em lei como lítico penal está penalmente autorizado, ressalvando que outros ramos do mesmo ordenamento não possuem uma norma desse jaez. As reflexões de Vilajosana são, portanto, convergentes com as de Nino.

Por fim, ainda refletindo sobre a premissa da completude dos sistemas jurídicos, parece pertinente a ressalva feita por Abboud e outros no sentido de que essa discussão entorno da teoria do ordenamento jurídico – completude dos sistemas e existência de lacunas – estaria viciada em sua perspectiva. E isso, pois, segundo afirmam a norma jurídica não deve ser analisada como se fosse uma entidade autônoma, autoreferente, quando, em verdade, a norma jurídica deve ser analisada como um produto interpretativo que, tradicionalmente, deverá ocorrer no contexto de um caso concreto.[128]

No mesmo sentido de Abboud parece ter ido, muito antes, Claus-Wilhelm Canaris[129] ao asseverar que é da natureza do direito ultrapassar[130] os limites da lógica formal chegando a alcançar, nesse percurso, os valores éticos, morais e culturais nos quais o direito está imerso e em face dos quais a hermenêutica possui um pepel decisivo na fixação de critérios para a objetivação desses valores e para a própria compreensão e determinação do direito.[131] Circunstância essa que, de fato, recoloca o problema

---

128 "Todavia, também a partir da década de 60, com a publicação de *Verdade e Método*, de Gadamer, e todas as discussões que dali se seguiram quanto os setores da chamada *filosofia analítica da linguagem* , a hermenêutica jurídica sofreu – ou deverá sofrer – sensíveis transformações, principalmente no que tange ao modo como o "objeto" da interpretação nos é dado. O grande pecado da *teoria do ordenamento* e, portanto, do conceito de ordenamento, é que ele compreende a norma jurídica como uma entidade autônoma, que existe independente da interpretação. Sendo a norma não uma representação do existente, do "imediatamente dado", mas, sim, o produto da interpretação de um texto, a harmonia, a coerência (e a integridade, diríamos dworkinianamente) não devem ser buscadas no ordenamento, mas na própria interpretação. E, aqui, é que temos a grande novidade da hermenêutica: não se deve buscar a verdade das coisas nem numa realidade externa ao sujeito, nem na própria consciência, isolada de seu entorno, mas na clivagem que existe entre consciência e mundo, e que a experiência da linguagem retrata de um modo privilegiado." Cf. ABBOUD, Georges; et ali. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 329-330.

129 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, pp. 32-33.

130 Ultrapassar não no sentido de desrespeitar ou contradizer, mas, no sentido de, considerando as leis da lógica, considerar, igualmente, outros valores fundamentais para a ciência do direito.

131 "Em estreita conexão com esta crítica está, finalmente, o facto de a lei compreender uma porção de cláusulas gerais «carecidas de preenchimento com valorações», tais como a boa fé, os bons costumes, a exigibilidade, o cuidado necessário no tráfego, etc. Nestas, a concretização da valoração e a formação de proposições jurídicas só podem operar perante o caso concreto ou em face de grupos de casos considerados como típicos; semelhan-

das lacunas do sistema jurídico, pois deve ser analisado a partir da já mencionada diferença entre texto e norma; vale dizer, o fato de que eventualmente não se encontre texto normativo expressamente regulamentado determinada forma de conduta, não significa, necessariamente, que inexista solução (norma do caso) jurídica adequada para a hipótese.

Avançando na temática da indeterminação do direito no seio dos sistemas jurídicos, temos, além das lacunas, a questão das antinomias (contradições), a chamada *sobredeterminación* do direito, em que o mesmo fato encontra no sistema normativo duas ou mais soluções incompatíveis entre si, desafiam o ideal racional de consistência dos modelos de direito.[132] Existe, portanto, como anota Nino, duas condições para que se verifique uma contradição: é necessário que duas ou mais normas se refiram ao mesmo caso e, igualmente é necessário que essas normas imputem soluções logicamente incompatíveis.[133]

Vilajosana bem lembra que a teoria do direito desenvolveu alguns critérios básicos capazes de solver a maior parte das antinomias[134], nomeadamente, os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade.[135] De toda sorte, o que se percebe, é que os critérios, se mostram aptos a resolver apenas as antinomias aparentes.[136] Para as antinomias reais, ou antinomias de segundo grau, ocasião em que os próprios critérios

---

tes normas são, assim, de antemão, de dogmatização inviável. Acresce ainda que a passagem de tais cláusulas carecidas de preenchimento com valorações para as demais disposições é inteiramente fluida podendo mesmo dizer-se que todas as determinações da lei carecem, numa ou noutra direcção, de concretização valorativa. Estas complexidade e variabilidade de sentido opõe-se, em última análise, sempre à axiomatização." Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 44.

132 RÓDENAS, Ángeles. **Los intersticios del derecho**: indeterminación, validez y positivismo jurídico. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 27; VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 115.

133 NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 322.

134 VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 114.

135 ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini, Bauru: EDIPRO, 2 ed., 2007, pp. 157-ss.

136 Sobre as antinomias aparentes: "Quanto ao modo como se utilizam as regras da interpretação constitucional, também aqui se impõe algumas advertências de ordem geral sobre os problemas relativos ao manejo, sobretudo naquelas situações hermenêuticas em que diferentes cânones interpretativos, à primeira vista, mostrem-se igualmente aplicáveis, mas os respectivos resultados se evidenciem inconciliáveis. À luz do postulado do legislador racional – um legislador que, sendo coerente, não permite conflitos reais entre normas – qualquer disputa entre critérios interpretativos é também (des)qualificada, e desde logo, como um confronto meramente *aparente*, a ser resolvido pelo aplicador do direito, de quem se esperam soluções igualmente racionais. Noutro dizer, se o objeto a ser interpretado – seja ele uma norma ou um conjunto de normas – é algo que se considera racional por definição, então essa mesma racionalidade há de presidir o manejo dos princípios que regulam a sua interpretação. Em suma, tal como na aplicação dos princípios constitucionais, também aqui – e nisso vai certa desconfiança nos predicados demiúrgicos do legislador racional – tem plena vigência a ideia de um *jogo concertado*, de restrições e complementações recíprocas, entre os diversos cânones interpretativos eventualmente concorrentes, do qual resulta, ao fim e ao cabo, a sua mútua e necessária conciliação." Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 100-101.

de aplicação entram em conflito, Ródenas entende – de forma adequada – que o juiz, a despeito de criar direito *ex novo*, não está livre para selecionar qualquer das normas em conflito, mas está obrigado a justificar sua decisão com base nas razões subjacentes das normas em conflito, devendo adequar-se ao *derecho implícito*[137]. E retornando a Vilajosana encontramos o contraponto, pois defende que "*de nuevo se abre passo la discrecionalidad del juez para determinar la norma aplicable al supuesto de que se trate*."[138]

Assim é que se precisa concluir que a solução de Vilajosana para hipóteses de imprecisão e ambiguidade estavam tão equivocadas (ou inadequadas para o contexto institucional brasileiro) como agora estão as soluções para as hipóteses de lacunas e antinomias. Insista-se e repita-se: não nos parece possível compactuar com a posição de Vilajosana – demasiadamente niilista e fatalista –, face da qual não se teria critério algum para ao menos discutir qual seria a solução correta (constitucionalmente adequada) para as para as hipóteses de antinomias reais. Ródenas, portanto, a esse propósito, parece guardar uma posição mais consoante aos postulados do constitucionalismo contemporâneo e a um sistema jurídico que, para além de tudo o mais e fundamentalmente, prevê e protege os direitos dos seus cidadãos. Não por outra razão – e apenas como fecho desse tópico – Eros Grau assevera que "o juiz, mesmo ao se deparar com hipóteses de lacunas normativas, não produz normas *livremente*."[139]

1.4 A teoria da derrotabilidade das regras jurídicas.

Fernando Vasconcellos apresenta questionamento que temos de grande relevância: derrotabilidade do texto ou da norma jurídica? A esse propósito, esclarece que a teoria da derrotabilidade alude (ou deveria aludir) às normas jurídicas e não aos textos inseridos no direito positivo. E isso, pois "o texto, por si mesmo e sem a intervenção do intérprete, não irá se 'derrotar'."[140]

---

137 RÓDENAS, Ángeles. **Los intersticios del derecho**: indeterminación, validez y positivismo jurídico. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 27.

138 VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 115-116. Nesse mesmo sentido, a seguinte manifestação do prof. Inocêncio: "Como o Direito, enquanto *ordenamento* ou *sistema*, não tolera *antinomias* ou contradições, ao longo dos séculos tanto a legislação quanto a doutrina e a jurisprudência foram elaborando algumas regras, de aceitação generalizada, para resolver os conflitos entre normas, pelo menos aqueles simplesmente *aparentes*, já que as antinomias *reais* permanecem insolúveis ou têm sua resolução confiada ao poder discricionário do intérprete, como assinala Bobbio." Cf. COELHO, Inocêncio, et al. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 32

139 GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros, 6 ed., 2014, p. 89.

140 VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O conceito de derrotabilidade normativa**. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito, Faculdade Federal do Paraná, 2009, p. 52.

Partindo dessa premissa, recorremos novamente a Ángeles Ródenas, que nos indica duas premissas necessárias para compreensão desse fenômeno interpretativo.[141] Inicialmente, pela distinção, hoje já completamente difundida, entre princípios e regras. Aqueles como mandatos de otimização de caráter não conclusivo, como pontos de partida que apenas sinalizam para a norma do caso a ser descoberta. De aplicação indireta, portanto. Estas, as regras de direito, como imperativos categóricos de aplicação disjuntiva, direta – se A deve ser B. Verificando-se sua hipótese de incidência a regra de direito é necessariamente aplicada, afastando as demais eventualmente incompatíveis[142]. A outra premissa básica, é a distinção entre as prescrições contidas na formulação das regras (texto normativo) e as justificações subjacentes às regras, como se verá.

Partindo dessas premissas, Ródenas procura apontar os casos excepcionais em que uma regra que se mostra aplicável em princípio, pode ser afastada do caso. Ou seja, os casos de *derrotabilidad de las reglas*. Em um primeiro momento, a derrotabilidade pode ocorrer no nível das prescrições contidas nas formulações das regras. Sobre esse ponto destaca que não é incomum o atendimento à formulação textual da regra sem atenção as suas razões subjacentes. É o que chama de autonomia semântica. Mas essa circunstância, como Ródenas pretende demonstrar, pode gerar alguns desencontros. Para exemplificar utiliza uma norma hipótetica que estipule a proibição de fumar em centros de trabalho. Dentre tantas, essa regra pode ter como justificação subjacente: a) a redução dos custos do erário com saúde; b) dissuadir os fumantes desse hábito; ou c) proteger o direito dos não fumantes à saúde. Imaginemos, com Ródenas, que a razão subjacente dessa norma seja a última hipótese: a proteção do direito dos trabalhadores não fumantes. [143]

Posto isso, o autor indica dois casos exemplificativos em que a regra proibitiva seria, em princípio, aplicável. Primeiro caso de incidência: o trabalhador cujo expediente se dê em horário diverso dos demais trabalhadores da empresa. O vigia noturno, por ex. Ródenas indica que a despeito de ser em princípio aplicável, a norma proibitiva foi concebida com outros propósitos. Não há direito à saúde de terceiros em conflito. As

---

141 RÓDENAS, Ángeles. **Los intersticios del derecho**: indeterminación, validez y positivismo jurídico. Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 33-48.

142 COELHO, Inocêncio, et al. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 30-39

143 RÓDENAS, Ángeles. **Los intersticios del derecho**: indeterminación, validez y positivismo jurídico. Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 49.ss.

razões subjacentes não são passíveis de aplicação no caso, razão pela qual esse primeiro caso de incidência estaria fora do alcance da regra.[144]

Segundo caso exemplificativo de incidência: um teste científico a ser promovido em um hospital a fim de aferir o prejuízo suportado pelos fumantes passivos em ambientes fechados. Em princípio a regra proibitiva também seria aplicável. Temos o fumante, o local de trabalho (hospital) e direito de terceiros em conflito. De toda sorte, Ródenas supõe que as vantagens obtidas pelas políticas públicas de saúde sobrepujam os prejuízos suportados pelos participantes do teste de modo que estaríamos diante de uma exceção à regra proibitiva.[145]

Nessas duas hipóteses o autor entende razoável que o juiz afaste a regra por entender que sua aplicação, nesses casos, implicaria ir além do que lhe facultam as razões subjacentes à regra. Observemos que esse tipo de derrogabilidade se dá apenas a nível das prescrições contidas na formulação da regra, de modo que o texto normativo não incidindo no caso concreto não há que se falar de norma, que resta, portanto, afastada. A razão subjacente, por outro lado, permanece intacta; não apenas intacta, mas serviu justamente para respaldas a derrotabilidade da norma ao caso concreto.[146]

Por outro lado, para explicar a derrotabilidade ao nível das razões subjacentes, Ródenas aponta um sistema jurídico hipotético no qual coexistam o princípio constitucional da laicidade do Estado e uma regra de direito que imponha o ensino religioso nas escolas públicas. Nessa hipótese, diferentemente das anteriores, é a própria razão subjacente à regra que fica prejudicada, não se tratando de mero afastamento da regra em casos específicos. O que se tem, nessas hipóteses, é a nulidade da regra por incompatibilidade constitucional.[147]

Pertinente, a esse propósito, a ressalva feita por Ángeles Ródenas de que a despeito da simplicidade com que podem ser desveladas as razões subjacentes de uma determinada regra, em casos outros essa tarefa pode se mostrar bastante complexa "*o resultar sencillamente imposible para un mortal*".[148] De modo que as reconstruções, pelo juiz, dessas razões, podem impor dificuldades relevantes ao intérprete aplicador.

---

144 RÓDENAS, Ángeles. **Los intersticios del derecho**: indeterminación, validez y positivismo jurídico. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 37.

145 RÓDENAS, Ángeles. **Los intersticios del derecho**: indeterminación, validez y positivismo jurídico. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 37.

146 RÓDENAS, Ángeles. **Los intersticios del derecho**: indeterminación, validez y positivismo jurídico. Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 37-38

147 RÓDENAS, Ángeles. **Los intersticios del derecho**: indeterminación, validez y positivismo jurídico. Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 33-48.

148 RÓDENAS, Ángeles. **Los intersticios del derecho**: indeterminación, validez y positivismo jurídico. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 48.

Na doutrina nacional nos parece adequada a construção trazida por Lenio Streck e a partir da qual estabelece algumas hipóteses (testes) nas quais uma disposição normativa democrática e constitucionalmente editada poderia, de forma substancial e materialmente legítima, ser afastada pelo intérprete aplicador. Teste esse que, no contexto da derrotabilidade normativa, funciona como espécie de filtro final ao momento da *applicatio*. Assim, de acordo com essa proposição doutrinária, o intérprete poderá (ou deverá) afastar a lei ou um dispositivo legal, em um primeiro momento, quando a lei (o ato normativo) for *inconstitucional*, caso em que o juiz deixará de aplicá-la pela via do controle de constitucionalidade difuso, ou o ato normativo deverá ser declarado inconstitucional pela via do controle concentrado. Numa segunda hipótese, quando for o caso de aplicação dos critérios tradicionais de resolução de *antinomias*.[149] Numa terceira hipótese, quando for o caso de *interpretação conforme* a Constituição, ocasião em que será necessária uma adição de sentido ao texto normativo para que se tenha a plena adequação ao texto constitucional.[150] Numa quarta hipótese, quando for o caso de se utilizar a técnica da *nulidade parcial sem redução de texto*, pela qual o texto normativo também será integralmente mantido, sendo alterada/excluída apenas alguma ou algumas de suas hipóteses de sua incidência. Numa quinta hipótese, quando for o caso de *inconstitucionalidade com redução de texto*, técnica a partir da qual a exclusão de uma palavra ou um trecho do texto normativo conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo.[151]

A última hipótese sugerida por Streck refere ao caso de *afastar uma regra em face de um princípio*; ressalvando-se que essa hipótese não pode ser operada num contexto daquilo que chama de "pan-principiologismo", ou seja, não há que se falar em afastamento de uma regra em face a enunciados meramente retóricos. Aqui os princípios são entendidos em sua feição gravemente deontológica. Hipótese que apenas se viabiliza num contexto de compromisso da comunidade jurídica na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão, como consequência da integridade e coerência do Direito, aplicação semelhante.[152]

---

149 Na hipótese é necessário atentar-se com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex specialis*, que derroga a *lex generali*, pode ser inconstitucional, com o quê, em caso de inconstitucionalidade, as antinomias deixam de ser relevantes, evidentemente.

150 Nesses casos, tal como já antecipado por Fernando Vasconcellos, o texto normativo será integralmente mantido; a técnica da interpretação opera não sobre o texto, mas sobre a norma, ou seja, sobre o sentido do texto, adequando-o à Constituição e aos seus princípios. Derrota-se, assim, determinado sentido que será afastado da regulamentação do caso concreto.

151 STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 604-605; STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 2014, p. 347-348.

152 STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. rev. mod. e

A nossa avaliação é de que a citada proposição doutrinária apresentada por Streck é adequada ao contexto brasileiro. E isso, pois, sem recorrer à absolutismos legislativos – como se fosse imaculada toda produção legislativa do país –, também consegue evitar uma posição fatalista[153] de que não seria possível refletir e estruturar, com base na experiência e tradição do constitucionalismo brasileiro, um arcabouço doutrinário consistente e convincente capaz de contribuir com a busca de uma jurisdição mais segura e previsível. Fica claro, portanto, o compromisso dessa posição teórica com a legalidade constitucional, sua dignidade e relevância, sem, contudo, desconsiderar a realidade que, de quando em quando, impõem uma solução (norma interpretada) original e, em alguma medida, incompatível com o texto normativo (em tese) incidente. Proposição doutrinária que, enfim, já de algum tempo vem sendo depurada, criticada e complementada por parte da mais recente doutrina do país.[154]

1.5 A insuficiência das posturas metodológicas tradicionais

Há, classicamente, dois modos[155] pelos quais se procurou determinar o conceito de direito: a doutrina do Direito Natural e a doutrina do positivismo jurídico; este como

ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 604-605; STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 2014, p. 347-348.

153 Basta lembrar da doutrina de Josep Vilajosana.

154 Nesse sentido, ver: ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial**: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015; ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014; ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; MARRAFÓN, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; MOTTA, Cristina Reindolff da. **A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para a resposta correta/adequada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2 ed., rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

155 É importante frisar que não se desconhece a complexidade e a diversidade de escolas ou correntes metodológicas que se desenvolveram no Ocidente nos últimos séculos, tais como o realismo jurídico norte-americano ou, para citar um exemplo brasileiro, o neoconstitucionalismo. Porém, de modo atender o objetivo dessa primeira parte do trabalho, que possui escopo introdutório, optamos por realizar esse recorte temático sob o enfoque dessas duas grandes correntes (jusnaturalismo e positivismo) que, se não são as únicas, são certamente as mais relevantes, notadamente para um sistema francamente *civil law* como o nosso. Registra-se, ainda, que a análise do fenômeno jurídico a partir das considerações sobre as diferenças dessas duas escolas do pensamento jurídico não é, nem de longe, original; nesse sentido, ver: NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, especialmente o capítulo II.

espécie de consequência daquele.[156] O direito natural (ou jusnaturalismo), antecedente histórico do positivismo jurídico (ou juspositivismo), não apenas dominou a teorização do direito até meados do século XIX, mas representa a mais antiga, e até então mais abrangente tentativa de compreender e dogmatizar o fenômeno jurídico.[157] Trata-se de uma doutrina que procura definir o direito como aquilo que ocorre, dentro da convivência humana, de acordo com uma ordem de coisas natural e pressuposta.[158] Assim, essa *ordem de coisas natural e pressuposta* servia como parâmetro de valoração da legislação vigente posta pelo homem; ou seja, uma ordem de coisas natural funcionava como um teste de validade do direito positivo.[159]

Sobre essa questão, Hans Kelsen afirma que o direito natural deve ser entendido como "um sistema de normas que – ao contrário daquelas do direito positivo – não são 'fixadas' 'artificialmente', por ato humano, mas dadas 'naturalmente', porque elas resultam da natureza, de deus, da razão ou de um princípio objetivo semelhante. "[160]

Essa ordem superior e natural poderia, a depender do momento histórico da doutrina jusnaturalista, ter como base uma ordem dita *cosmológica*, que pressupunha que as normas adequadas à natureza humana poderiam ser racionalmente descobertas (Aristóteles), ou ter como base uma ordem dita *teológica*, voltada para uma tentativa de compreensão das leis divinas que governam o mundo (Tomás de Aquino), ou, ainda, uma ordem chamada *antropológica*, a partir da qual o indivíduo assume posição central por ver reconhecidos para si um leque de direitos inatos e indisponíveis (John Locke). Esta última teorização referente aos direitos inatos e inalienáveis do indivíduo influenciou não apenas as tentativas de entender o fenômeno jurídico, mas influenciou, também, o contexto político, chegando a dar sua contribuição para o desenrolar de movimentos revolucionários, especialmente no contexto francês do final do século XVIII (Revolução Francesa – 1789).[161]

---

156 STRECK, Lenio. O direito como um conceito interpretativo. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**. Fortaleza, v. 10, n. 2, p. 500-513, jul./dez., 2010.

157 BEDIN, Gilmar Antônio. Direito Natural. Em: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 240-243.

158 STRECK, Lenio. Direito. Em: BARRETO, Vicente Paulo; CULLETON, Alfredo [Coords.]. **Dicionário de filosofia política.** São Leopoldo: Unisinos, 2010, 145-150; STRECK, Lenio. O direito como um conceito interpretativo. *Pensar* **Revista de Ciências Jurídicas**. Fortaleza, v. 10, n. 2, p. 500-513, jul./dez., 2010. No mesmo sentido, ver: COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de introdução ao direito**. Barueri-SP: Manole, 2004, p. 123-ss;

159 BEDIN, Gilmar Antônio. Direito Natural. Em: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 241.

160 KELSEN, Hans. Direito natural e direito positivo. Uma investigação de sua relação recíproca. [trad. Waldir Alves]. Em: HECK, Luís Afonso [Org.]. **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 25.

161 BEDIN, Gilmar Antônio. Direito Natural. Em: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. **Dicionário de Filo-**

A legislação então vigente, como se vê, seria válida apenas à medida que adequada à determinado ideal de justiça. Vale dizer, sob a perspectiva do direito natural (jusnaturalismo), um sistema normativo com validade autoproclamada[162] e superior ao homem confere validade ao direito positivo posto pelo homem terreno.[163]

As caraterísticas do direito natural, portanto, podem ser sintetizadas, conforme propõe Gilmar Bedin,[164] em três pontos complementares. Primeiro na circunstância de que o direito positivo deve ser sempre analisado a partir de sua concordância com conteúdos superiores (naturais e pressupostos); em segundo, no fato de que esses conteúdos decorrem de uma fonte universal, superior e imutável (que, como visto, decorrem da natureza, de Deus, de um ideal de justiça ou outro similar); e, em terceiro, o compromisso de que esses conteúdos superiores, universais e pressupostos sempre prevalecem (devem prevalecer) sob o direito positivo terreno que com ele seja dissonante.[165-166]

Uma outra característica do direito natural que ajuda não apenas a melhor compreendê-lo, mas também a diferenciá-lo, por contraste, com o positivismo jurídico,

---

sofia do Direito. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 241-242.

162 MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 55-ss.

163 BEDIN, Gilmar Antônio. Direito Natural. Em: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 240-241; COELHO, Luiz Fernando. Aulas de introdução ao direito. Barueri-SP: Manole, 2004, p. 124.

164 BEDIN, Gilmar Antônio. Direito Natural. Em: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. **Dicionário de Filosofia do Direito.** São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 241.

165 Uma das melhores representações literárias do direito natural fica por conta do grego Sófocles que, na tragédia *Antígone*, ilustra o desespero de uma personagem que, visceralmente irresignada com a injustiça (legalmente estabelecida pela autoridade legítima, o rei de Tebas) de não poder enterrar o próprio irmão, invocou a lei divina e imutável que dá direito às famílias de enterrar os seus e que, dessa forma, sobrepujava a proibição legal. Ver: SÓFOCLES. Édipo Rei – Antígona. São Paulo: Martin Claret, 2007. Sobre o contraste entre a dureza da lei posta e o direito divino (vivificado pelo sentimento "quase cristão" de Antígone), as palavras de Carpeaux: "Lirismo é o verdadeiro nome da ordem divina e humana no mundo de Sófocles; sintomas de um equilíbrio precário, porque puramente estético. Na *Antígone*, não existe mediação dramática possível entre a lei cruel e inelutável que impõe a Creon, tirano contra a vontade, a perseguição do inimigo para além da morte, e, por outro lado, o sentimento íntimo, quase cristão, da Antígone. " Ver: CARPEAUX, Otto Maria. **A antiguidade greco-latina por Carpeaux**. História da literatura ocidental, v. 1, São Paulo: Leyla, 2012, p. 49.

166 Nos chama atenção a semelhança entre as características e postulados do direito natural com aqueles defendidos pela teoria neoconstitucional brasileira, cujos arautos falam em mais princípios e menos regras e mais Judiciário e menos Legislativo. Sobre essa questão, as palavras de Möller: "[...] ainda que a teoria iusnaturalista admita a presença do direito positivo, não o tem como elemento indispensável para a aplicabilidade do direito, uma vez que as normas podem ser 'descobertas' a partir dos preceitos estabelecidos no direito natural. Esse pode, portanto, ainda que não traga uma consequência jurídica predeterminada, ser diretamente aplicado. O procedimento de aplicação é, portanto, muito semelhante ao que propõe o neoconstitucionalismo em relação a algumas normas constitucionais. Na ausência de normas positivadas, caberia ao julgador criar a solução adequada a partir do direito natural, comprovando o acerto da solução estabelecida ao caso concreto em relação aos postulados do direito natural." Em: MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo ...* , 2011, p. 59; avaliação similar é feita de há tempos por Inocêncio Mártires Coelho que, de forma muito percuciente, considera que os neoconstitucionalistas brasileiros são "jusnaturalistas envergonhados". Em: COELHO, Inocêncio Mártires. Disciplina "Cultura Política e Direitos" ministrada no PPG/ Direito no UniCEUB, 2014. Notas de aula.

é o que se chama de *caráter dualista* do jusnaturalismo.[167] A teorização do direito natural não apenas aceita, mas antes pressupõe a existência de um outro sistema normativo terreno para, devidamente subjugado, dar concreção e funcionamento cotidiano aos seus respectivos ideais de elevada justiça.[168]

É esse dualismo[169] jusnaturalista que contrastando de forma clara com a feição *monista* do positivismo jurídico ajuda a melhor compreender ambas doutrinas. Se diz monismo pois procura reduzir o Direito àquele posto pela ordem estabelecida. A fonte do direito é apenas uma. Ou seja, direito é apenas e tão somente direito positivo. Essa feição monista do pensamento juspositivista – que, se bem entendida, acaba reduzindo em uma expressão um tanto do que já se escreveu sobre essa doutrina – tem por escopo possibilitar certeza e previsibilidade ao sistema jurídico, realizando assim o valor segurança com pretensões de se direcionar ao extremo oposto da insegurança e do pluralismo axiológico jusnaturalista. É nesse contexto que a doutrina positivista se lançou na busca da construção de um conceito autônomo de Direito que não

---

167 BEDIN, Gilmar Antônio. Direito Natural. Em: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 241; MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo** ... , 2011, p. 79; ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 68-69.

168 Nas palavras de Abboud *et alli*: "Esse ponto é de suma importância: a ideia de um direito natural não exclui a existência de um direito positivo (positivo, aqui, quer significar posto pelo homem). O que é peculiar ao jusnaturalismo é submeter esse direito positivo, historicamente determinado e construído pelo homem, a uma ordem de justiça que fica num ambiente transcendente. " Em: ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 68.

169 O caráter dualista do direito natural sofreu consistente crítica de Hans Kelsen, nos seguintes termos: "Essa necessidade do direito positivo como uma ordem válida, isto é, vinculativa, é uma posição, dentro da teoria do direito natural, não posta em dúvida, sim, fundamental. Da ideia fundamental que o direito positivo – pelo menos, como todo, salvo a vinculatividade de algumas proposições suas, possivelmente injustas –, é um sistema de normas que estão em validez de dever, às quais aquele que tem de obedecer, cuja conduta é regulada por elas, e não da validez de uma ordem "natural", toma ela sua partida. Quando a teoria do direito natural, ao lado dessa ordem positiva, também afirma um direito natural, então isso ocorre, fundamentalmente, no sentido de um dualismo consciente. Que um tal é logicamente impossível, auxilia nada. Pois reage contra o ideal teórico da unidade lógica, aqui, um interesse político-prático, que é forte o suficiente para não deixar ficar completamente consciente o ideal teórico. O direito positivo, por isso, ao lado do direito natural, não é reconhecido como logicamente impossível e não como supérfluo ou até prejudicial, porque para a teoria do direito natural trata-se, em primeiro lugar, da validez desse direito positivo, de seu asseguramento e legitimação. Naturalmente, não se deixa oprimir completamente a tendência, imanente a todo conhecimento, por unidade do objeto a ser conhecido, isso significa, porém, por unidade do sistema. Ela impõe-se – ao professor de direito natural talvez inconscientemente – na doutrina, quase universalmente propagada, que o direito positivo tem sua validez do direito natural. [...] É a tentativa, já mencionada em outras conexões, de entender o direito positivo como delegado pelo direito natural. Também a contradição interna, que ela contém, é aqui já mostrado. [...] O direito positivo converte-se, assim, em um tipo de grau de realização do direito natural e ganha, desse modo, com a "validez", o valor que ele, em si, não tem. " Em: KELSEN, Hans. Direito natural e direito positivo. Uma investigação de sua relação recíproca. [trad. Waldir Alves]. Em: HECK, Luís Afonso [Org.]. *D***ireito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 38-39.

dependesse, tal como na doutrina natural, de um teste de validade superior e externo a si próprio.[170]

Eros Grau afirma que a fuga do direito natural em direção ao direito positivo deve ocorrer não (apenas) pela extrema insegurança e pluralismo axiológico que caracterizam a doutrina jusnaturalista, mas pela razão de que esse direito derivado da (ou validado pela) natureza, em sendo o inverso da autodeterminação racional dos homens, é arbítrio e violência e não Direito. Nas palavras do autor:

> A ideia de Direito Natural repousa sobre a concepção de que ele seria encontrado no mundo da natureza, não na sociedade e no Estado. Ocorre que a sociedade civil e o Estado trazem consigo precisamente a limitação da liberdade natural e dos chamados direitos naturais. A *determinação-da-natureza*, diz Hegel, é substituída pela *autodeterminação* dos homens, o que nos leva à conclusão de que o Direito da natureza, sendo o ser-aí da força e o fazer-valer da violência – o não-direito – é preciso sair dele; na sociedade, somente o Direito [= Direito Positivo] tem efetividade: o que se tem de sacrificar é justamente o arbítrio e a força-bruta do estado de natureza.[171]

Sob uma perspectiva histórica, a maior ou menos ascendência de uma doutrina sobre a outra acaba ajudando a determinar (ou especificar) as respectivas concepções jusnaturalista e juspositivista.[172] Desse modo é que, segundo ensina Bobbio,[173] o discurso acerca do positivismo jurídico começa a robustecer-se quando o direito natural e o direito positivo já não são considerados direito sob o mesmo sentido, pois, então, somente se consideraria direito aquele que fosse positivado (posto) pela legítima autoridade estatal.[174]

---

170 MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 77-ss.

171 GRAU, Eros Roberto. Direito. Em: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. **Dicionário de Filosofia do Direito.** São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 225-226.

172 Esse raciocínio parece, em alguma medida, encontrar guarida na seguinte reflexão de Hans Kelsen: "O direito natural não pode – pelo menos, na particularidade de sua ideia que exclui, certamente, completamente o direito positivo – ser mantido. Todas as suas modificações variadas, que a ideia do direito natural experimenta nas doutrinas do direito natural distintas – modificações que levam a uma eliminação, mais ou menos coberta, do direito natural –, elas têm sua origem na postura fundamental que a teoria do direito natural assume para com o direito positivo e – de fundamentos que se situam fora do âmbito da teoria – tem de assumir. " Cf. KELSEN, Hans. Direito natural e direito positivo. Uma investigação de sua relação recíproca. [trad. Waldir Alves]. Em: HECK, Luís Afonso [Org.]. **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 34.

173 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico***:* lições de filosofia do direito. trad. e notas Márcio Publiesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 15-52.

174 MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 74-75.

Ainda com Gilmar Bedin é possível afirma a existência de um processo histórico, gradual e de transição[175] entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, no qual passa a haver uma identificação entre o Direito e suas fontes oficiais. Ou, em outras palavras: no positivismo jurídico o Estado passa a deter o monopólio da produção do Direito.[176] Esse processo histórico, segundo informa Möller, tem início no século XVII e serve como como forma de unificação dos sistemas jurídicos, o que viabilizava a unificação política de regiões conturbadas da Europa continental.[177]

Temos aí um movimento que ficou conhecido como *legicentrismo*, e que não pode ser considerado propriamente como o surgimento do positivismo jurídico, mas sim como um momento antecedente a ele. O nascimento do positivismo jurídico, conforme Bobbio, ocorre com o advento das *codificações*, momento em que com os estatutos se procurou absorver a totalidade daquele direito baseado nos costumes e na lei natural.[178] Ou, nas palavras de Lenio Streck, "o fato é que essa imanência em torno do *sujeito racional* acabou por tornar a doutrina moderna do Direito natural despicienda, na medida em que seus sistemas foram assimilados pelo primeiro grande marco daquilo que se convencionou chamar de positivismo jurídico: o *movimento codificador.*"[179]

---

175 Com "transição" histórica do pensamento jusnaturalista às doutrinas do positivismo jurídico não se está querendo dizer que a teorização do direito natural e as reflexões sobre essa importante doutrina tenham se tornado obsoletas. Longe disso. Sobre o ponto basta que se reconheça a fortíssima influência da doutrina do direito natural no movimento neoconstitucionalista brasileiro que, além da grande repercussão e aceitação nos bancos acadêmicos, tem um de seus principais expoentes, quiçá o principal (Luís Roberto Barroso), ocupando uma cadeira no Supremo Tribunal Federal desde 2013. Sobre a atualidade do direito natural também é pertinente o alerta que, nos seguintes termos, faz Gilmar Bedin: "[...] é importante destacar que em seus embates com o Direito Positivo a doutrina do Direito Natural tem sido acusada de várias insuficiências que o descaracterizaria como uma proposta teórica defensável [...] Apesar da relevância das objeções, é importante observar que as mesmas não são suficientes para retirarem da doutrina do Direito Natural o seu caráter questionador, pois alerta, de forma recorrente, para a tensão existente entre direito e justiça. Com isso, é possível perceber que a doutrina do Direito Natural possui uma função essencial e que, apesar de todas as certidões de óbito que recebeu no transcurso da história, tem sempre renascido e ainda goza, na atualidade, de uma boa dose de saúde." Em: BEDIN, Gilmar Antônio. Direito Natural. Em: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 242-243.

176 MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 75.

177 Nas palavras do autor: "No plano político, a lei foi de grande importância para a transição de um direito baseado nos costumes para um modelo de direito de produção estatal, pois, na concepção original rousseauniana, apresentava a possibilidade de reunir justiça e autoridade, ou seja, Estado e sociedade." Em: **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 75-76, nota de rodapé 113.

178 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico***:* lições de filosofia do direito. trad. e notas Márcio Publiesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 37-ss; MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo*: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 76-77; ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 69.

179 STRECK, Lenio. O direito como um conceito interpretativo. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**. Fortaleza, v. 10, n. 2, jul./dez., 2010, p. 504.

Olhando para fora do desenvolvimento das doutrinas dogmático-jurídicas, Barzotto cita, analisando o contexto histórico e político do surgimento do positivismo jurídico, que houve uma ruptura na "cosmovisão ocidental", notadamente em razão da Reforma Protestante, ocasião na qual já não se encontravam valores objetivos e universais que pudessem ser compartilhados por todos. Ou seja, a modernidade trouxe consigo uma sociedade pluralista na qual era possível observar, num mesmo espaço geográfico, a convivência de uma polifonia axiológica.[180]

É na modernidade, portanto, que, numa sociedade pluralista, o recurso à critérios de justiça (típico da doutrina do direito natural) como forma de validação de textos normativos consiste em fonte de insegurança jurídica, de imprevisibilidade. E é nesse contexto que o Estado Moderno, em sua feição absolutista, tinha como principal função oferecer um padrão objetivo de resolução de conflitos, a lei. O critério de validação da lei era, então, a força do soberano.[181] Assim, a lei "é identificada como jurídica pela sua origem, e não pelo conteúdo. Ou seja, ela pode ser justa ou injusta sem que isso afete a sua qualificação jurídica."[182]

Tendo o Estado Absolutista cumprido o papel de manter a coexistência pacífica em sociedades plurais e de servir como resposta "às incertezas da sociedade de mercado emergente",[183] o Estado Moderno, sempre em busca de segurança e previsibilidade, conhece a sua segunda feição: o Estado Liberal, articulação institucional na qual a ordem jurídica protege o indivíduo das ingerências do poder estatal. Nessa configuração de Estado Liberal, o Direito, que é criado pelo poder instituído, também limita e condiciona esse mesmo poder. Assim, todo ato do poder exercido fora dos limites da legalidade e da constitucionalidade é tido como um ato ilegítimo, um ato de força.[184] O que fica claro, portanto, é que enquanto a configuração do Estado Absolutista se propôs a afastar o subjetivismo dos juízos de valor impondo um império da lei, o seu sucessor Estado Liberal vai adiante e procura garantir que o poder constituído também se sujeite ao direito do qual ele mesmo é a fonte. É de se notar que já nos primeiros momentos do Estado Liberal a criação do Direito deve ocorrer na forma prevista pelo próprio sistema, como forma de afastar o quanto possível o arbítrio

---

180 BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 13-14.

181 BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo** ..., 1999, p. 14-ss.

182 BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo** ..., 1999, p. 14.

183 BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo** ..., 1999, p. 14.

184 Esse postulado de direito público permanece atual em qualquer Estado de Direito a partir dos conteúdos do princípio da legalidade. No nosso sistema constitucional, em especial no inc. II do art. 5º, no *caput* do art. 37, e no inc. IV do art. 84, todos da Constituição Federal. Em sede doutrinária, ver: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30 ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 102-109.

de quem seja que exerça o poder. Assim, ao passo que, como conquista do estado absoluto o direito já não se submete a nenhum ideal de justiça, com o Estado Liberal o direito procura desvencilhar-se do arbítrio do poder político.[185] O direito é, então, finalmente, previsível. Desse modo, Barzotto arremata o raciocínio apontando que "é esse direito que será tematizado pelo positivismo, movimento jusfilosófico que surge juntamente com o Estado Liberal, no século XIX."[186]

O positivismo jurídico, portanto, estava imbuído pelo mesmo ideal que levou à consolidação do Estado Liberal, qual seja: a busca pela segurança.[187] Assim, se em sede de ciência política a busca por segurança passou pela evolução do feudalismo para o estado de direito absolutista e, posteriormente, para o estado liberal, em sede de teorização do fenômeno jurídico a busca por segurança passou pela tentativa de imprimir previsibilidade e objetividade na identificação do direito, questões essas que dependem inexoravelmente de um direito autônomo (livre/protegido) da política (poder) e da moral (valores). [188]

Na sua busca por autonomia, o positivismo jurídico refuta a eficácia e a axiologia como critérios de juridicidade da norma.[189] O critério de juridicidade passa a ser,

---

185 Sobre o Estado de direito de configuração liberal, Bobbio afirma que: "[...] quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio "invioláveis" (esse adjetivo se encontra no art. 2º da constituição italiana)." Em: BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2013, p. 18-19.

186 BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo** ..., 1999, p. 17.

187 Além de ser umas das teses centrais do primeiro capítulo da obra de Barzotto (*O positivismo jurídico contemporâneo*..., 1999), a questão da necessidade de segurança no Estado Moderno também é abordada por Tércio Sampaio Ferraz Jr. nos seguintes termos: "O positivismo jurídico, na verdade, não foi apenas uma tendência científica, mas também esteve ligado, inegavelmente, à necessidade de segurança da sociedade burguesa. O período anterior à Revolução Francesa caracterizara-se pelo enfraquecimento da justiça, mediante arbítrio inconstante do poder da força, provocando a insegurança das decisões judiciárias. A primeira crítica a esta situação veio do círculo dos pensadores iluministas. A exigência de uma sistematização do Direito acabou por impor aos juristas a valorização do preceito legal no julgamento de fatos vitais decisivos. Daí surgiu, na França, já no século XIX, a poderosa École de l'Exégèse, de grande influência nos países em que o espírito napoleônico predominou, correspondendo, no mundo germânico, à doutrina dos pandectistas. A tarefa do jurista circunscreve-se, a partir daí, cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de uma *unificação construtiva dos juízos normativos* e do *esclarecimento dos seus fundamentos*, descambando, por fim, para o chamado positivismo legal (*Gesetzpositivismus*), com a autolimitação da Ciência do Direito ao estudo da lei positiva e o estabelecimento da tese da estabilidade do direito. " Em: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** 3 ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 34-35.

188 BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo** ..., 1999, p. 18-ss.

189 O positivismo jurídico é, na "unidade mínima de conceito" de Billier, "a vontade de excluir o justo da noção de direito". Em: BILLIER, Jean-Cassien; MAYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 169.

então, a validade; desse modo, pouco importa se justa ou eficaz, será jurídica (válida) a norma que pertença ao ordenamento jurídico, pertencimento no sentido de que seja produto desse mesmo ordenamento.[190] É, nas palavras de Barzotto, uma "questão genética".[191]

E é dessa forma, utilizando da categoria *validade*, que o positivismo jurídico pretendeu haver isolado o fenômeno jurídico da política e da moral; isso porque, com a validade, o que é (ou não) jurídico é, como dito, determinado pelo próprio sistema normativo, e não por um critério de justiça (moral) ou de poder (política/eficácia). O afastamento da política pelo critério da validade, por exemplo, ocorre à medida que a doutrina positivista advoga que apenas é jurídico o poder exercido com base em normas jurídicas válidas. Ou seja, é indiferente a circunstância de que o direito é produzido pelo Poder constituído, se esse Poder apenas pode ser considerado como "legitimamente constituído" pelo próprio direito. O Direito em si acaba sendo o fundamento anterior e legitimador do exercício do poder e da política.[192] O afastamento da moral, do mesmo modo, se dá em razão de que o positivismo jurídico considera direito como um fato, e não um valor; como consequência desse pressuposto epistemológico temos que ao se afirmar a validade (juridicidade) de uma norma o jurista deve se abster de formular qualquer juízo de valor.[193]

Ou, em outras palavras: o "verdadeiro fundamento de validade de uma norma não é o poder, mas outra norma. [...] O direito não é contaminado pela política na medida em que não é produzido pelo "mero" poder, mas pelo poder constituído pelo próprio direito. "[194]

Ainda sobre o tema da validade, recorremos a Mário Losano que, com base em Karl Bergbohm, aponta dois princípios elementares comuns à todas as vertentes de positivismo jurídico. O primeiro é o de que apenas e exclusivamente direito positivo é Direito, devendo ser produzido por autoridade devidamente constituída e por meio de procedimentos previamente determinados ou pelo que chamou de *procedimento externamente reconhecível*;[195] o segundo princípio elementar presente em todas as

---

190 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico** ..., 2006, p. 142; BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo** ..., 1999, p. 18-20.

191 BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo** ..., 1999, p. 20.

192 BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo** ..., 1999, p. 21-22.

193 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico** ..., 2006, p. 131.

194 BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo** ..., 1999, p. 22.

195 Nas palavras de Lonsano: "A expressão äuferlich erkennbarer Vorgang ("procedimento externamente reconhecível") é extraída da obra de Karl Bergbohm (1849-1927), considerado o representante clássico do positivismo jurídico: "condição indispensável" (*unerläfliche Bedingung*) para uma norma jurídica é "que ela tenha adquirido, além do essencial conteúdo normativo, a igualmente essencial forma jurídica. E isso pode ter ocorrido apenas

formas de positivismo jurídico é o de que o direito posto pela autoridade competente e devidamente constituída e que tenha obedecido os procedimentos formais pertinentes – a norma juridicamente válida, portanto – deve ser obedecido acima de qualquer questionamento, de modo que sob essa perspectiva apenas a reforma legislativa seria o meio juridicamente viável de superar o dissenso em relação ao direito positivo posto.[196] É o que Bobbio denomina de *teoria da obediência*: *Gesetz ist Gesetz* (lei é lei).[197] A questão de relevo, como se vê, é a adequação da forma da norma, e não do conteúdo ético, sociológico ou ideológico.[198] Há, portanto, uma cisão teórica entre *validade* e quaisquer considerações acerca da *legitimidade* (nos referimos ao sentido material, por evidente) dos textos normativos.[199]

Em paralelo com o conceito de validade, *norma fundamental* também consiste em categoria imprescindível na empreitada positivista de teorizar um direito autônomo. A norma fundamental é concebida como uma norma jurídica postada no cume do ordenamento jurídico e cuja função primordial é determinar a forma (modo, método ou procedimento) de produção das normas positivas.[200] Ou seja, é a doutrina da norma fundamental que determina, enfim, o critério de validade das normas; é o critério último e *jurídico* de identificação do direito e cujo objetivo é depurar a noção de validade de quaisquer considerações acerca de uma força metafísica, cogente e absoluta.[201] Desse modo, as categorias *validade* e *norma fundamental* cumprem a função de permitir

---

de um modo: a qualidade de norma lhe é atribuída por um poder dotado da competência para emanar direito mediante um procedimento externamente reconhecível que, enquanto tal, existe historicamente e constitui a fonte formal da norma em questão. " Em ausência dessa característica formal, encontramo-nos diante de um "direito não histórico ou não positivo, ou de um direito natural" (*ein ungeschichtliches oder nicht-positives oder Naturrecht*), ou seja, diante de algo que "do ponto de vista jurídico não é absolutamente direito. " (*juristich gar kein Recht ist*): Karl Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosofie. Kritische Abhandlungen*, Auvermann, Glashütten im Taunus, 1973, XVI-566 pp;" Em: LOSANO, Mário G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. Vol. II. Tradução de Luca Lamberti, rev. de trad. de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 33, nota de rodapé n. 50.

196 LOSANO, Mário G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. Vol. II. Tradução de Luca Lamberti, rev. de trad. de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 33-34.

197 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico** ..., 2006, p. 133.

198 COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de introdução ao direito**. Barueri-SP: Manole, 2004, p. 75.

199 STRECK, Lenio. O direito como um conceito interpretativo. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**. Fortaleza, v. 10, n. 2, jul./dez., 2010, p. 503-ss.

200 BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo** ..., 1999, p. 22.

201 Nas palavras de Pierluigi Chiassoni: "One is that presupposing the basic norm is an *option*; the presupposition is a condition on which the very possibility of the understanding law as a system of valid norms depends: but law can also be looked as solely in terms of will and (de facto) power relationships. A second point is that the presupposition of the basic norm is an epistemological opition, rather than an ideological one; the doctrine of the basic norm is meant to depurate the notion of validity of any ideia of an absolute, intrinsic, metaphysical binding force. " CHIASSONI, Pierluigi. Wiener Realism. Em: Luís Duarte d'Almeida; John Gardner; Leslie Green [edit.]. **Kelsen Revisited**: New Essays on the Pure Theory of Law. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013, p. 137-138.

que o direito se autofundamente, afastando-se da moral e da política.[202] Em suma, a pretensão da doutrina positivista é a de "reduzir todos os fenômenos jurídicos a uma dimensão exclusiva e própria, capaz de ordená-los coerentemente."[203]

Indo além desses dois conceitos fundamentais da doutrina positivista, é de se indicar as principais teses dessa doutrina, levando-se em consideração, antes de mais nada, o fato de que, como bem assevera Eugenio Bulygin, por se tratar de uma doutrina que trouxe adesão de autores heterogêneos entre si, nem todos aqueles ditos (ou autoproclamados) positivistas teriam por bem subscrever a integralidade dessas *tesi centrali* do positivismo, quais sejam: i) a distinção entre ser e dever-ser no Direito, tese sustentada inicialmente por Bentham; ii) a negação de uma conexão necessária entre Direito e moral (Bentham, Kelsen e outros); iii) a ideia de que a existência e o conteúdo do direito dependem dos fatos sociais – tese das fontes sociais de Raz; iv) o ceticismo ético (Kelsen e Ross); v) a negação do direito natural, pois todo direito é direito positivo (Kelsen e Ross); vi) a concepção de teoria jurídica como ciência (Kelsen); vii) a concepção da filosofia como análise conceitual (H. Hart); e, por fim, viii) a ideia de que os juízes dispõem de poder discricionário na solução de casos dúbios (H. Hart).[204]-[205]

Semelhante é a formulação das teses centrais do positivismo jurídico apresentada por Ronald Dworkin. Nela consta o seguinte: i) o direito consiste numa série de normas especiais utilizadas por uma coletividade específica de modo a determinar quais comportamentos o poder público deverá punir e quais deverá impor coercitivamente; ii) essas normas especiais devem ser passíveis de identificação por critérios específicos que digam respeito às fontes, e não ao conteúdo dessas normas;; iii) o direito está circunscrito com exclusividade nessa série de normas válidas; iv) se um caso concreto não se encaixa em uma das normas válidas de determinada comunidade (seja por antinomias, por questões referentes à indeterminação, ou qualquer outro motivo), um "funcionário judicial" deverá resolver a questão utilizando sua discricionariedade, o que significa que o referido funcionário irá guiar-se por pautas extrajurídicas; e, ainda, v) dizer que determinada pessoa tem uma obrigação legal equivale a dizer que a

---

202 BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo** ..., 1999, p. 24.

203 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 42.

204 BULYGIN, Eugenio. **Il positivismo giuridico**. A cura di Pierluigi Chiassoni, Ricardo Guastini e Giovani Ratti. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, p. 3-5.

205 Em outra ocasião chegamos a analisar esses elementos conceituais do positivismo jurídico, porém sob outro enfoque e com outro nível de detalhamento. Cf. FERREIRA, Fábio Luiz Bragança Ferreira. **A possibilidade de superação da discricionariedade judicial positivista pelo abandono do livre convencimento no CPC/2015**. Salvador: Juspodivm, 2018, pp. 63-ss.

situação dessa pessoa está prevista em uma norma legal válida que o obriga a fazer ou a deixar de fazer algo, de modo que na ausência de uma norma válida, não há que se falar em obrigatoriedade de qualquer tipo.[206]

E é precisamente o caso concreto, o contexto prático, que, ficando isolado das preocupações da teoria jurídica positivista, serve como espécie de justificação para o reconhecimento e aceitação dasa tese da discricionariedade judicial.[207] Mais que aceitação, a questão da discricionariedade judicial é tratada por (alguns) autores positivistas com certo diletantismo, tal como faz Eugenio Bulygin[208] que justifica o uso da discricionariedade judicial fazendo referência, inicialmente, aos valores morais que normalmente estão dispostos nas constituições modernas; assim, afirma que nas hipóteses em que a solução para o caso concreto estabelecida pela norma geral seja indeterminada, não resta ao juiz outra saída que não a de decidir discricionariamente. O que lhe permite concluir que não parece "excessivamente escandaloso defender que, em alguns casos, de resto excepcionais, os juízes possam se afastar do texto normativo."[209] Vejam que Bulygin não se refere a mera falta ou falha de fundamentação adequada, vai além para, doutrinariamente, autorizar a própria desconsideração do texto legal. O afastamento do texto legal sem o respaldo de consistentes justificativas constitucionais é circunstância inaceitável sob a perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, aqui considerado como um movimento jurídico e político no qual se busca, por mecanismos legais e constitucionais, garantir tanto o exercício da cidadania como a limitação do exercício do Poder.[210]

Nada obstante as críticas desenvolvidas por Ronald Dworkin contra o positivismo jurídico, em especial contra o positivismo hartiano, há, conforme aponta Henrique Abel,[211] uma espécie de sobrevida teórica do pensamento juspositivista. Nos referimos

---

206 DWORKIN, Ronald. *¿Es el derecho um sistema de normas?* Em: **La filosofia del derecho**. Ronald Dworkin (comp.), Miguel Carbonell (pról.), Javier Sáinz de los Terreros (trad.), 2 ed., México: FCE, 2014, p. 107-109. Esse artigo foi traduzido no Brasil por Wladimir Lisboa: DWORKIN, Ronald. É o Direito um Sistema de Regras? Trad. Wladimir Barreto Lisboa, **Revista do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos,** n. 92, vol. 34, set/dez, 2001.

207 STRECK, Lenio. O direito como um conceito interpretativo. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**. Fortaleza, v. 10, n. 2, jul./dez., 2010, p. 511.

208 Seguindo, basicamente, a mesma linha de Josep Vilajosana em: **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

209 Tradução livre do seguinte trecho: "Di modo che non mi sembra eccessivamente scandaloso sostenere che in alcuni casi, del resto eccezionali, i giudici si discostano dalle norme giuridiche." Em: BULYGIN, Eugenio. **Il positivismo giuridico**. A cura di Pierluigi Chiassoni, Ricardo Guastini e Giovani Ratti. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, p. 80.

210 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47; sobre Constitucionalismo latino-americano, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 428-450.

211 ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial**: a filosofia do direito na encruzilhada

à distinção feita por Jules Coleman[212] entre positivismo inclusivo, no qual o próprio Coleman se inclui, e o positivismo exclusivo, cujo principal representante é Joseph Raz.[213] Veremos agora brevemente a posição dessas duas linhas teóricas do positivismo jurídico em relação a discricionariedade judicial.

O positivismo inclusivo de Jules Coleman se afasta da tradicional e radical cisão positivista entre direito e moral. Esse positivismo aceita a inclusão de critérios morais na identificação do direito válido, mas apenas quando a comunidade jurídica tenha adotado uma *convenção* nesse sentido. Sob a perspectiva dessa postura teórica, configura uma *convenção* a constatação do hábito reiterado de aplicação de uma regra; vale dizer, a própria existência da regra depende de sua aplicação reiterada. Mas não só, pois Coleman adota um conceito "alargado" de convenção para nele incluir todas as considerações morais, implícitas ou explícitas, que surgirem pela aplicação reiterada de uma regra.[214]

E é essa postura teórica de aceitação de critérios morais que acaba por pautar o posicionamento do positivismo inclusivo em relação à discricionariedade judicial. Quer-se dizer que o positivismo inclusivo também aceita a discricionariedade judicial, porém numa forma fraca ou mitigada, pois os critérios morais incluídos por essa postura no momento de determinação do direito (via convenção) serviriam, segundo Coleman, para limitar as possibilidades de escolha dos juízes no momento da decisão. Nesse caso, pergunta Lenio Streck: "Mas, fica uma questão em aberto: como detectar o ingresso dos fatores morais no direito? De que modo isso é controlado? "[215]

Já o positivismo exclusivo de Joseph Raz, diferente de Jules Coleman, e a partir de uma perspectiva forte de fontes sociais, defende a cisão radical entre direito e moral. Para essa postura teórica, a juridicidade de uma norma é aferida sem qualquer relação com critérios de moralidade; além disso, como aponta Lenio Streck, o positivismo exclusivo incorpora a tese da discricionariedade ao afirmar que a imprevisibilidade dos fatos sociais impõem limites ao direito, de modo que "o juiz mantém para si

do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, especialmente p. 31-76.

212 COLEMAN, Jules. **The practice of principle**: in defense of a pragmatist approach to the Legal Theory. Oxford: Oxford University Press, 2010.

213 RAZ, Joseph. **Between authorty and interpretation**. New York: Oxford University Press, 2009.

214 ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial**: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 40; 57.

215 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42.

poder discricionário para decidir, segundo os critérios que lhe parecerem mais convenientes."[216]

Assim, na dicção de Eugenio Bulygin, os positivistas exclusivos (Joseph Raz) apoiam uma tese da discricionariedade judicial forte, de modo que quando o direito aborda questões morais, os juízes têm, necessariamente, ampla discricionariedade. Já os positivistas inclusivos (Jules Coleman) apoiam uma versão fraca (*debole*) da tese da discricionariedade judicial, tendo em vista que, ao menos em alguns casos nos quais o direito aborda questões morais, haverá uma regra incidindo de modo claro na conduta, hipótese em que não haverá que se falar em discricionariedade.[217]

Para além de configurar própria característica inerente a essa escola do pensamento jurídico, a questão fundamental a explicar a razão da manutenção da tese da discricionariedade judicial em todas as linhas do positivismo jurídico, parece residir no fato de que todos seus esforços foram ou estão empenhados na questão da interpretação do Direito como um sistema normativo diverso e independente de outros sistemas, tais como o político e o moral. Sob essa perspectiva, uma teoria jurídica positivista se encaminharia para responder *a partir de onde deve o juiz decidir?*, e a questão de *como deve o juiz decidir dentro do sistema?* Passa ao largo das principais preocupações. [218]

Ou seja, conforme salienta Marco Marrafon, os debates travados pelo pensamento positivista estavam invariavelmente inseridos na "analítica da norma e do ordenamento, versando especialmente sobre características abstratas que diferem normas jurídicas de outras ordens normativas."[219]

Não por outra razão é que Ronald Dworkin observa que os autores positivistas não envidam quaisquer esforços no sentido de "associar sua filosofia do direito tanto à filosofia política em geral quanto à prática jurídica, à erudição e à teorias substantivas."[220] À ciência do positivismo jurídico estavam vedadas, pois despiciendas, considerações sobre a *vida* do Direito.[221] É precisamente esse o cerne da questão, é

---

[216] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42.

[217] BULYGIN, Eugenio. **Il positivismo giuridico**. A cura di Pierluigi Chiassoni, Ricardo Guastini e Giovani Ratti. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, p. 77-78.

[218] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 43

[219] MARRAFÓN, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional:** discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 128.

[220] DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 300.

[221] A expressão *vida* é utilizada por Ovídio Baptista na seguinte passagem: "Como dissera Iheing, há cento e cinquenta anos, ao jurista que esteja a fazer "ciência", é-lhe vedado sequer pronunciar a palavra *vida*. A distância entre realidade e a construção conceitual deve ser intransigentemente observada." Em: SILVA, Ovídio A. Bap-

daí que decorre – dentre outras questões, evidente –, a insuficiência desse modelo. Cenário que move o pensamento jurídico em busca de soluções mais adequadas ao mundo contemporâneo.[222]

1.6 A necessária negação da discricionariedade judicial

A primeira ressalva diz respeito à diferenciação que deve ser feita entre liberdade em sentido jurídico e livre arbítrio. Este último considerado como uma situação privada de autodeterminação e que não se imagina possa ser cindida da condição existencial de qualquer ser humano; ao rejeitar a discricionariedade judicial não estamos, portanto, propondo a supressão do livre arbítrio dos intérpretes autênticos – o que seria ingênuo, além de irreal. Diferentemente, a liberdade em sentido jurídico (discricionariedade) deve e pode ser rejeitada sob a consideração de que o intérprete está sujeito a inúmeros determinismos.[223]

Essa é a posição de Eros Grau[224] – à qual nos filiamos – e perante a qual é possível distinguir juízos de legalidade e juízos de oportunidade. O autor defende a tese de que ao intérprete autêntico não está atribuída a formulação de juízos de oportunidade, visto que essa espécie de juízo pode ser exercida sob consideração de indiferentes jurídicos. Já os juízos de legalidade, a ser exercido no campo da prudência pelo intérprete autêntico, não se vê diante de indiferentes jurídicos, mas diante da contenção proveniente do contexto, dos fatos que lhes são postos sob julgamento, dos precedentes pertinentes

---

tista da. **Processo e ideologia***:* o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 302.

222 "Isso porque existe, na atual quadra da história, a necessidade de colocar de forma justaposta o problema da teoria do direito com as questões políticas, de teoria democrática. Os positivistas – exclusivos ou inclusivos – não se deram conta disso. Continuaram a tratar o fenômeno jurídico como se este fosse independente do político. Ora, definitivamente não é! E este é um dado civilizatório. Afirmar, a esta altura dos acontecimentos, que a discricionariedade judicial é um fato empírico indiscutível – como que a repristinar a velha teoria aristotélica dos argumentos autoevidentes – é rasgar, de um ponto a outro, a teoria democrática e toda tradição constitucional que se seguiu às ondas de redemocratização do pós-guerra e, nas últimas décadas, estendeu-se para países da África, América Latina e Leste Europeu." Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 43.

223 "Those who seek to avoid this conclusion underline that judges, even those in the supreme courts, are subjected to various constraints: they cannot decide by themselves to deal with a situation; they decide according to a certain procedure; they are held to justify their decisions, thus not allowing them to pass judgment as is possible for a parliamentary majority which can do so by simply affirming its will. For that matter, all statements by judges are testimony of the fact that they have the feeling themselves not of a discretionary power, but of the fact that they are tied, which often emerges from the fact that they adjudicate in a fashion opposing their political views, because the law prescribes the given outcome. All this might be true, but unfortunately irrelevant. All power, including the absolute kind, is subjected to factual constraints, and even Louis XIV could not act as he pleased." Cf. TROPER, Michel. The judicial power and democracy. **European Journal of Legal Studies**, vol. 1, n. 2, 2007, p. 323.

224 GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros, 6 ed., 2014, pp. 89-91.

à hipótese e, especialmente, contenção (ou *determinismo*, no dizer de Eros Grau) do texto normativo.[225]

Essa tese adotada pela doutrina de Eros Grau assume ainda maior relevância quando confrontada com posições tais quais a de Josep Vilajosana[226] e a partir da qual propõe que, diante de qualquer das circunstâncias usuais na interpretação jurídica (ambiguidades, lacunas, etc), seja relegada a solução do caso ao exercício da discricionariedade do intérprete autêntico em uma espécie de juízo particularíssimo e de consciência individual. Não se encontra, em Vilajosana, portando, posição consentânea ao constitucionalismo democrático, no qual o Brasil está inserido. E isso, pois, democracias constitucionais, ao funcionarem sob a viga mestra do império do Direito, pressupõem um sistema de normas com instituições sólidas o suficiente para que o exercício do poder se encontre limitado. Limitação de todas as formas de poder, inclusive do poder judicial.

A proposta de que, como princípio do constitucionalismo democrático, seja rejeitada a discricionariedade judicial, ainda se mostra relevante dado o contexto em que vivemos e no qual, todavia, exercem forte (e plenamente justificável) dose de influência autores como Hans Kelsen e Herbert Hart, ambos a reconhecer a discricionariedade judicial como uma espécie de circunstância inevitável ao exercício da jurisdição. Uma circunstância da qual o intérprete autêntico, em determinadas situações, não conseguiria afastar-se.

Nesse sentido, nos basta a lembrança de que, mantendo-se em sua concepção de estrutura piramidal para a ciência do Direito, Hans Kelsen afirma que a interpretação é uma "operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior." [227] Assim, sob a perspectiva kelseniana, há, no processo legislativo e em outros atos constitucionais imediatos, a interpretação da Constituição; há, também, a interpretação de tratados internacionais quando de sua aplicação por governos, Tribunais ou órgãos internacionais; há a interpretação do Direito, não por aplicação, mas por observância e prática, por parte dos indivíduos; há a interpretação da lei pela sentença judicial que deduz a norma geral a um caso concreto; e, por fim, há também a interpretação levada a efeito pela ciência jurídica ao descrever o Direito positivo. Independente das possibilidades e

---

225 GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros, 6 ed., 2014, pp. 89-90.

226 VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

227 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. João B. Machado (trad.), 8 ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 387.

ocasiões em que o Direito é interpretado, Hans Kelsen classifica a interpretação em duas espécies: a interpretação *autêntica*, que é aquela realizada pelo órgão jurídico competente ao aplicar o Direito ao caso concreto, e a interpretação *inautêntica*, que é aquela realizada por particulares e, em especial, pela ciência jurídica. A interpretação realizada pelo órgão judiciário competente é sempre *autêntica*, pois cria Direito. A interpretação realizada pela ciência jurídica é *inautêntica*, pois não cria Direito.[228]

Há, portanto, uma diferenciação radical operada por Hans Kelsen entre Direito, onde se dá a interpretação *autêntica*, e ciência do Direito, onde se dá a interpretação *inautêntica*; e a adequada compreensão da teoria da interpretação kelseniana passa pela necessidade de compreensão dessa cisão. Nas palavras de Leonel Rocha, "na teoria pura, uma coisa é o Direito, outra distinta é a ciência do direito. O Direito é a linguagem objeto, e a ciência do Direito a metalinguagem: dois planos linguísticos diferentes."[229] Na busca pela purificação e por neutralidade da ciência do Direito, Hans Kelsen reduziu tudo à análise de categorias de funcionalidade das estruturas legais em vigor.[230] Ou seja, a ciência do direito kelseniana, bem como a interpretação (*inautêntica*) das normas realizada pela ciência do direito, estão no nível ("purificado") da metalinguagem. A interpretação jurídico-científica (*inautêntica*) fica adstrita à determinação dos possíveis sentidos, significações de uma norma jurídica. Trata-se de uma atividade de "pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas."[231]

Rigorosamente distinta – para usar uma expressão kelseniana –, é a interpretação *autêntica* do Direito operada pelos órgãos judiciários competentes. Essa interpretação do Direito realizada pelos órgãos judiciários não configura *pura determinação cognoscitiva*, mas, ao contrário, configura ato de política do Direito levado a efeito pelo signo da vontade. Vontade livre de determinar, dentre todos os possíveis sentidos contidos na "moldura" da norma, aquele que fará incidir ao caso concreto. A ideia de moldura[232]

---

228 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado, 8 ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 394-395.

229 ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), 5(2):141-149, jul/dez, 2013, p. 144; no mesmo sentido, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 34-37; também abordando essa questão, porém de forma mais adjacente, ver: ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. Hans Kelsen (1881-1973). Em: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 506-507.

230 SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Considerações sobre a teoria kelseniana. **Revista do Curso de Direito,** Cruz Alta: Unicruz, v. 5, n. 5, 2000, p. 98; no mesmo sentido: TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoiética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 22-23.

231 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado, 8 ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 395.

232 Sobre a questão "moldura da norma" é pertinente apontar, a partir de Lenio Streck, algumas considerações

da norma diz respeito ao que chamamos de indeterminação dos textos legais.[233] Assim, conclui Hans Kelsen que "é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível."[234] Mas não apenas isso, a interpretação *autêntica* realizada pelos órgãos judiciários também pode resultar de uma atribuição de sentido situada "completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa;"[235] nessa hipótese, desde que a decisão judicial interpretativa (sentença ou acórdão) já não seja mais passível de reforma ou anulação, ela estará em conformidade ao Direito. Em outras palavras, será conforme o Direito o ato judicial que, independentemente de seu conteúdo, tenha atingido o trânsito em julgado.

É por essa razão que Olivier Jouanjan afirma que, em Kelsen, a ciência do direito está purificada, mas não a prática.[236] Relegando o ato de interpretação *autêntica* a um segundo plano, como mera "política do Direito",[237] o normativismo kelseniano, como bem adverte Jouanjan, abre a porta para o mais puro decisionismo, transformando-se, neste ponto crucial da teoria do direito contemporânea, "em um realismo jurídico radical."[238] No mesmo sentido é a reflexão de Pierluigi Chiassoni, que destaca que as

---

acerca da tradução do termo original (*Bild*) contido na *Reine Rechtslehre*. Assim: "É importante registrar que a palavra em alemão *Bild* pode ser traduzida de vários modos. Tradicionalmente, na obra *Teoria pura do direito*, tem sido vertida como "moldura". Mas também significa imagem ou ideia. Lendo o texto original de Kelsen, veremos que "ideia" ou "imagem" podem se tornar coerentes com o contexto. Não esqueçamos o paradigma filosófico no qual está inserido Hans Kelsen e como ele via a relação cognitiva. Ora, Kelsen não era um positivista exegético. Sua obra vem para superar essa concepção de positivismo. O seu positivismo é normativista. Ele não separa o direito da moral, mas, sim, a ciência do direito da moral. Para Kelsen, o cientista faz um ato de conhecimento, descritivo, não prescritivo; já o aplicador da lei faz um ato de vontade (acrescento, poder). Juiz não faz ciência e, sim, política jurídica. Sua preocupação com relação à ciência do direito é de que o intérprete tem uma ideia (ou imagem) da lei (do seu texto)." Em: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 35, nota 7.

233 "A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação. [...] Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior, ora menor, de *livre apreciação*, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer." [itálicos nossos]. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado, 8 ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 388.

234 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado, 8 ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 390.

235 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado, 8 ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 394.

236 JOUANJAN, Olivier. De Hans Kelsen a Friedrich Müller – método jurídico sob o paradigma pós-positivista. Em: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 215.

237 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado, 8 ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 393.

238 JOUANJAN, Olivier. De Hans Kelsen a Friedrich Müller – método jurídico sob o paradigma pós-positiv-

questões relativas à adequada interpretação de textos legais, ou a forma adequada de solução de conflitos normativos, são tidas por Hans Kelsen como política jurídica (*legal politics*).[239] Não por outra razão é que, fazendo um elenco das principais características do realismo jurídico (*realistic jurisprudence*) – dentre as quais se encontra, por evidente, a discricionariedade judicial[240] –, Chiassoni acaba por concluir que Kelsen é um realista, chegando inclusive a cunhar o termo *Wiener Realism*.[241]

Parece ter razão, portanto, Lenio Streck, quando afirma que Hans Kelsen abandonou o principal problema do Direito, qual seja, a interpretação concreta da norma no nível da aplicação.[242] Hans Kelsen chega a chamar de "esforço inútil"[243] a tentativa de justificar juridicamente qual seja o melhor (ou mais adequado) sentido de uma norma em detrimento dos demais sentidos possíveis.

Herbert Hart, por sua vez, deixa claro já no início do seu *O Conceito de Direito* que a obra não tem por objetivo apresentar uma definição precisa e clara do que seja o Direito mas, antes, apresentar uma análise apurada das estruturas distintivas do sistema jurídico, viabilizando assim a indicação das semelhanças e diferenças do Direito em relação a outros fenômenos sociais, tais como a moral e com a coerção.[244] Desse modo, Hart apresenta como sinal distintivo da estrutura do sistema jurídico a união entre normas primárias e normas secundárias. As normas primárias são aquelas que referem comportamentos básicos, já as secundárias são espécie de metaregras, ou seja, regras sobre regras.[245] Essas regras secundárias são divididas em: regra de

---

ista. Em: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 216.

239 "[...] proposals regarding the correct way to interpret some given statutory clause or as to the correct way to solve, under existing law, a normative conflict. Such proposals, although concerned os existing law (rather then with how the law *should* be), belong nonetheless, to the domain of practical reaseon and legal politics." Em: CHIASSONI, Pierluigi. Wiener Realism. Em: Luís Duarte d'Almeida; John Gardner; Leslie Green [edit.]. **Kelsen Revisited***:* New Essays on the Pure Theory of Law. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013, p. 152.

240 "I shall take the following as the eight characteristic tenets of a realistic jurisprudence: 1. *Positive law as institutionalised ideology*; 2. *Natural law as ideology in search of institutionalisation*; 3. *Law's changeability*; 4. *Laws instrumentality*; 5. *Rule-scepticism, judicial discretion, interpretative non-cognitivism, fact-scepticism*; 6. *Law's lack of intrinsic systematicity*; 7. *Empiricism and meta-ethical non-cognitivism*; 8. *Realistic epistemology.*" Em: CHIASSONI, Pierluigi. Wiener Realism. Em: Luís Duarte d'Almeida; John Gardner; Leslie Green [edit.]. **Kelsen Revisited***:* New Essays on the Pure Theory of Law. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013, p. 134-135.

241 CHIASSONI, Pierluigi. Wiener Realism. Em: Luís Duarte d'Almeida; John Gardner; Leslie Green [edit.]. **Kelsen Revisited***:* New Essays on the Pure Theory of Law. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013.

242 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso** ..., 2014, p. 36.

243 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** ..., 2009, p. 392.

244 HART, Herbert. **O conceito de direito**. 6 ed., A. Ribeiro Mendes (trad.), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, 21-22; *El concepto de derecho*. Genaro Carrió (trad.), Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 20-21.

245 HART, Herbert. **O conceito de direito**. 6 ed., A. Ribeiro Mendes (trad.), Lisboa: Fundação Calouste Gul-

reconhecimento (*rules of recognition*), que viabilizam a identificação das demais regras do sistema, estabelecendo assim um critério de validade; regras de alteração (*rules of change*), que outorgam poderes a órgãos ou pessoas para que excluam, acrescentem ou modifiquem o conjunto de regras de dado sistema jurídico; regras de julgamento (*rules of adjudication*), que outorgam poderes jurisdicionais a determinados órgãos para que o Direito possa ser aplicado.[246]

No que se refere à aplicação do Direito, Herbert Hart parte da premissa que há um limite na capacidade de comunicação da linguagem natural e, portanto, da linguagem estritamente jurídica. Há, em qualquer signo linguístico, uma infinidade de sentidos possíveis e cuja determinação, como bem aponta Kozicki,[247] estão além de questões sintáticas ou semânticas. Assim, referindo-se tanto à legislação como aos precedentes, aponta que independente da facilidade com que são aplicados a maioria dos casos concretos, "revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*."[248]

A solução encontrada por Herbert Hart para a questão da textura aberta da linguagem jurídica e, em especial, para os casos "realmente difíceis", é a assunção da discricionariedade judicial. Ou, nas palavras do autor: "nestes casos, é claro que a autoridade autora do regulamento deve exercer um poder discricionário, e não há possibilidade de tratar a questão suscitada pelos variados casos, como se houvesse uma única resposta correcta a descobrir." [249]

Nada obstante o esforço empreendido por alguns autores no sentido de apresentar um contraponto à tese da discricionariedade contida no pensamento de Kelsen e Hart[250], fato é que, pelas mais diversas razões, essa posição permanece bastante atual e encontra entre seus adeptos autores de grande estatura e impacto acadêmico[251], razão

---

benkian, 2011, 90-91; **El concepto de derecho**. Genaro Carrió (trad.), Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 101.

246 HART, Herbert. **O conceito de direito**. 6 ed., A. Ribeiro Mendes (trad.), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011,104-107; **El concepto de derecho**. Genaro Carrió (trad.), Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 117-121.

247 KOZICKI, Kátya. Herbert Lionel Adolphus Hart. Em: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 410-411.

248 HART, Herbert. **O conceito de direito**. 6 ed., A. Ribeiro Mendes (trad.), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, 140-141; **El concepto de derecho**. Genaro Carrió (trad.), Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 159.

249 HART, Herbert. **O conceito de direito**. 6 ed., A. Ribeiro Mendes (trad.), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, 144; **El concepto de derecho**. Genaro Carrió (trad.), Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 164.

250 Ver, por todos: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Nelson Boeira (trad. e notas). São Paulo: Martins Fontes: 2002; e DWORKIN, Ronald. ¿Es el derecho um sistema de normas? Em: **La filosofia del derecho**. Ronald Dworkin (comp.), Miguel Carbonell (pról.), Javier Sáinz de los Terreros (trad.), 2 ed., México: FCE, 2014, p. 117-159.

251 Nos serve de exemplo a doutrina espanhola: VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

pela qual ainda maior a importância de se permaneçamos em permanente reflexão e contraponto.

É preciso, para tornar ainda mais clara nossa posição, tentar ir além do quanto afirmou Eros Grau para afirmar que a discricionariedade judicial deve ser rejeitada não apenas porque ao intérprete autêntico não é dado o exercício de juízos de oportunidade. É preciso afirmar essa rejeição, pois a discricionariedade judicial é inimiga do Direito e da Democracia. A expressão (*where law ends, discretion begins*) é de Kenneth Davis e é antiga de meio século. Para o autor, o conceito e aceitação da discricionariedade pressupõe um espaço de não incidência (de não alcance) do direito, vale dizer, um espaço (situações) no qual a decisão judicial ocorrerá por intermédio de critérios não jurídicos.[252]

A *questão democrática* que decorre do argumento acima salta aos olhos. Se as democracias constitucionais, como já dito, se pautam pela viga mestra do império do Direito, não devemos admitir como legítimos espaços de decisão no qual o Direito não seja o primeiro e o último critério decisório. A esse propósito, argumenta Georges Abboud:

> Desse modo, de nada adianta a Constituição e o processo democrático se admitirmos que as questões jurídicas possam ser julgadas por parâmetros extrajurídicos, em regra, correspondentes à consciência e à vontade do julgador. Nesse contexto, o círculo democrático não fecha. A ponta da decisão judicial, na qual o jurisdicionado deve(ria) ter seu direito tutelado e reparado, continua aberta porque admite o uso da discricionariedade. Quando a questão jurídica do cidadão é examinada por um juízo discricionário, na realidade, está sendo-lhe conferida uma resposta não jurídica.
> Portanto, não bastasse a clara perda democrática para o cidadão que teria sua questão jurídica solucionada com base na discricionariedade, a esse jurisdicionado também seria negado a possibilidade de realizar qualquer avaliação qualitativa da decisão jurídica, uma vez que, no contexto da discricionariedade, há uma multiplicidade de respostas corretas para o mesmo caso jurídico, ainda que contraditórias entre si.[253]

As soluções jurídicas, de modo geral, e as judiciais, de modo particular, devem pautar-se por um critério de legalidade constitucional e de reconhecimento de vinculação ao

[252] DAVIS, Kenneth Cup. **Discretionary Justice**: a preliminary inquiry. Lousiana: Lousiana University Press, 1977, n. 1, p. 3.

[253] ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 388.

Direito, mesmo nas hipóteses de ambiguidades, lacunas ou antinomias – ocasião em que essa vinculação ocorre ainda mais fortemente às regras de alta hierarquia, tais como os direitos fundamentais e os princípios constitucionais.[254] É preciso, enfim, compreender que decisões judiciais discricionárias estão substancialmente fora do direito, e por isso devem ser rejeitadas por princípio.

1.7 Conclusões Parciais

Deixando evidente a alteridade e a existência de uma intenção do texto normativo, Mártires Coelho afirma que "é necessário que alguma coisa seja para que alguma coisa seja dita."[255] Não por outra razão é que Eros Grau vem afirmar que nada obstante a indeterminação do direito decorrente da textura aberta da linguagem, que se mostra suficiente para "permitir que o direito permaneça a serviço da realidade, não é absoluta."[256] O intérprete autêntico está, portanto, retido por esse texto normativo e o rompimento dessa retenção configura inaceitável subversão do texto[257] que, a seu turno e em tese, irá configurar solução judicial equivocada.

Solução judicial equivocada, portanto, que será verificada quando se observa uma espécie de ausência de nexo se sentido entre o texto interpretado e a norma jurídica do caso concreto. Quando se subverte o texto. Ou, no dizer de Marcelo Neves –que reflete a partir de Wittgeinstein e Luhmann – será equivocada quando for possível observar uma incompatibilidade entre texto e norma, "uma ´estranheza´ entre eles". Estranheza que, com o mesmo autor, decorre da introdução arbitrária de uma nova regra do jogo que rompe com a legalidade e a constitucionalidade.[258] Uma nova regra estranha ao Direito, uma nova regra inserida na norma com base no exercício da discricionariedade, nos permitimos acrescentar.

Não se deve menosprezar a função construtiva (ou produtiva) do intérprete autêntico em face dos textos normativos. A norma jurídica, ao passo que influencia a realidade

---

254 ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 312.

255 COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141.

256 GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros, 6 ed., 2014, p. 89.

257 GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes** ..., 2014, p. 89.

258 NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiado (orgs.). **Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides.** 1 ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 359.

na qual está inserida, é, ao mesmo tempo, por ela influenciada – trata-se daquilo que Marcelo Neves chamou de normatividade materialmente determinada.[259]. Influências recíprocas que deverão ser reconhecidas e explicitadas pelo intérprete autêntico que, sendo sujeito culturalmente imerso e partícipe do campo que interpreta (e julga) e exercendo sua atividade a partir da sua própria subjetividade[260], deverá, sempre, perquirir no objeto interpretado e a partir de critérios jurídicos intersubjetivamente válidos, uma solução adequada ou "objetivamente válida"[261].

Por fim, de modo a encerrar essa primeira parte do trabalho, recorremos à feliz metáfora de Martins Alves Jr. que, ao fazer um paralelo entre o texto normativo e uma partitura musical, nos lembra o fato de que a orquestra pode interpretar e executar a música em perfeita sintonia e conformidade com as notas musicais disponíveis na partitura. Do mesmo modo que essa mesma orquestra poderá interpretar e executar a música em descompasso com as notas musicais.[262] Assim como é a orquestra são os tribunais, que devem envidar todos seus esforços para que a sinfonia tocada esteja o mais próxima possível da partitura.

---

259 NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiado (orgs.). **Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides.** 1 ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 361.

260 "Mesmo assim, lembra-nos o próprio positivismo – já superado aquele seu fetichismo do fato –, que nem o julgamento de importância, nem a teoria, nem a imaginação temporal, nem sobretudo a simpatia levam a história a qualquer espécie de loucura subjetiva, e que estas disposições subjetivas são dimensões da própria objetividade da história. A subjetividade do historiador, como toda subjetividade científica, representa a vitória de uma boa subjetividade sobre uma má subjetividade." Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. ..., 2010, p. 65.

261 "Qualquer que seja o papel da subjetividade na interpretação, o objeto mantém-se objeto e podemos tentar fazer dele e realizar com ele uma interpretação objetivamente válida. Um objeto dala, e pode ser ouvido de um modo correto ou incorreto, precisamente porque nele há um significado objetivamente verificável. *Se o objeto não é diferente do seu observador, e se não fala por si mesmo, para quê então escutálo?*" Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 65-66.

262 MARTINS ALVES JR., Luís Carlos. **Lições de direito constitucional**: lição 1 – a Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Ed. Do Autor, 2021, cap. 8.

2. O Brasil e o STF na judicatura de Moreira Alves

José Carlos Moreira Alves nasceu em 19 de abril de 1933, na cidade de Taubaté, Estado de São Paulo, filho de Luiz de Oliveira Alves e de D. Maria Ismenia Moreira Alves. Fez os cursos primário, ginasial e científico no Instituto Lafayette, no Rio de Janeiro. Bacharelou-se em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, em 1955; concluiu o curso de Doutorado (Seção de Direito Privado), na mesma Faculdade, em 1957. Em todos os cursos referidos, do ginasial ao doutorado, Moreira Alves se destacou como o primeiro das respectivas turmas. Exerceu a advocacia no Rio de Janeiro e em São Paulo, tendo sido advogado do Banco do Brasil S/A.

Dedicou-se ao magistério. Foi professor regente, nas cadeiras de Direito Civil e de Direito Romano, na Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho, no Rio de Janeiro (1957 a 1964) e, como professor contratado, nas cadeiras de Direito Romano, na Faculdade de Direito Cândido Mendes (1960 a 1968); Instituições de Direito Público e Privado, na Escola Brasileira de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas, no Rio de Janeiro (1964 a 1968) e Direito Romano especializado, no curso de doutorado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1962). Lecionou nas cadeiras de Direito Civil e de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1962 a 1968). Como livre- docente e, posteriormente, como catedrático interino, lecionou nas cadeiras de Direito Civil e Direito Romano, na Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (1965 a 1968). Desde 1968, como professor catedrático, lecionou Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Em 1974 foi cedido pela Universidade de São Paulo, vindo a lecionar na Universidade de Brasília.

Coordenou a Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça (1969 a 1972 e 1974 a 1975) e foi membro da Comissão encarregada de elaborar o Anteprojeto do Código Civil Brasileiro, que culminou no código de 2002. Foi Chefe do Gabinete do Ministro da Justiça. Foi Delegado do Brasil nas conferências diplomáticas para a revisão da Convenção Universal sobre o Direito de Autor e da Convenção de Berna, realizadas em Paris, em julho de 1971, e chefiou a Missão Especial, na qualidade de Embaixador Extraordinário e Plenipotenciário, para representar o governo brasileiro

nas cerimônias oficiais comemorativas do 50º aniversário da Proclamação da República na Turquia, em outubro de 1973.

Foi nomeado por decreto de 19 de abril de 1972, para o cargo de Procurador-Geral da República, tendo exercido o cargo de 24 de abril de 1972 a 19 de junho de 1975. Foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, por decreto de 18 de junho de 1975, do Presidente Ernesto Geisel, na vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Oswaldo Trigueiro de Albuquerque Mello. Tomou posse no cargo em 20 de junho. Exerceu a presidência do Supremo Tribunal Federal entre fevereiro de 1985 e março de 1987. Nessa condição ocupou a Presidência da República, de 7 a 11 de julho de 1986, em substituição do Presidente José Sarney. Em 1º de fevereiro de 1987, como Presidente do Supremo Tribunal Federal, declarou instalada a Assembleia Nacional Constituinte.

Indicado pelo Supremo Tribunal Federal, também exerceu a jurisdição no Tribunal Superior Eleitoral, tendo presidido a Corte Eleitoral de 21 de agosto de 1981 até 11 de novembro de 1982.

Atingiu a idade limite para permanência na atividade jurisdicional em 19 de abril de 2003, sendo aposentado por decreto de 22 de abril do mesmo ano, publicado no Diário Oficial da União de 23 seguinte.

Publicou uma série de livros e artigos, dentre os quais, destacamos: Direito Romano (1ª edição em 1965 editado em dois volumes pela Borsoi e, posteriormente, em volume único, pela Forense); A Retrovenda (1ª edição em 1967 pela Borsoi e, posteriormente, pela Revista dos Tribunais); Da Alienação Fiduciária em Garantia, (1ª edição em 1973 pela Saraiva e, posteriormente, pela Forense); A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro (editado pela Saraiva em 1986); A Evolução da Teoria do Casamento Inexistente (Revista Verbum da PUC do Rio de Janeiro , tomo XXX, fasc. 4, ano de 1963, pp. 419/438); Outorga Uxória (Dep. Enc. Dir. Bras., vol. 35, pp. 339/341); Perda da Posse (Rep. Enc. Dir. Bras., vol. 37, pp. 10/14); Perda da Propriedade (Rep. Enc. Dir. Bras., vol. 37, pp. 14/18); A "Gewere" um instituto do antigo direito alemão (Rev. Fac. Dir. da USP, vol. 63, pp. 193/228); Lições de um código atual: o Código Civil Português (Rev. Fac. Dir. da USP, vol. 64, pp. 207/228); Unificação do Direito Privado no Brasil (publicado na coletânea Inchieste di Diritto Comparato, dirigida pelo Prof. Mario Rotondo, vol. III Casa Editrice Dott, Antonio Milani, Padova, 1973); Inovações do Novo Anteprojeto do Código Civil (Rev. Inf.

Leg. nº 40, out./dez. 1973, pp. 5/14); e Pressupostos de elegibilidade e inelegibilidade (em Estudos de Direito Público em homenagem a Aliomar Baleeiro, pp. 225/232).[263]

Observa-se, assim, com esse brevíssimo traço biográfico, não só o destaque acadêmico de José Carlos Moreira Alves, mas, ainda mais importante, sua participação nos mais relevantes cargos (chefe de gabinete do Ministro da Justiça, chefe de missões internacionais como Embaixador Extraordinário) mesmo antes de acender ao Supremo Tribunal Federal e, após a ascensão, sua participação em destacado momento da História política brasileira: a instalação da Assembleia Nacional Constituinte. Participação essa que, segundo noticiou o Correio Braziliense em 1º de fevereiro de 1987, tornou Moreira Alves o primeiro brasileiro a presidir os três Poderes da República – circunstância que pareceu não impressionar o então Presidente do Supremo, pois, segundo o jornal: "Moreira Alves, contudo, parece encarar a função que exerce hoje com a mesma serenidade de quem para um carro ao ver o sinal vermelho. Para ele, é apenas o cumprimento da lei."[264]

2.1 A construção do pensamento autoritário brasileiro: o caminho de uma teoria político ideológica

Como visto acima, a segunda metade do século XX foi particularmente importante para o desenvolvimento e ascensão de Moreira Alves às posições mais destacadas da república. Assim, temos como certo – e tal não poderia ser diferente – que a vivência nesse período histórico deixa suas marcas e influências em todos quantos tenham nele efetivamente vivido e se desenvolvido.

A nossa hipótese, portanto, é a de que a referida quadra histórica foi marcada por uma corrente de pensamento político e ideológico marcadamente autoritária[265] e que tem início antes mesmo do período militar (1964-1985), remontando a chamada "Era

[263] As informações biográficas referidas, assim como tantas outras, podem ser encontradas em: LAGO, Laurenio. **Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal**: dados biográficos 1828-2001. 3 ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2001. p. 438-442; e FONTAINHA, Fernando de Castro; PAULA, Christiane Jalles de; ALMEIDA, Fábio Ferraz de (orgs.) **História oral do Supremo** (1988-2013), v.13: Moreira Alves. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

[264] "Todo poder a Moreira Alves: ao presidir o Legislativo, terá ocupado os três Poderes." Correio Braziliense, 1º de fevereiro de 1987, página 5.

[265] Conforme pretendemos deixar claro nas próximas páginas, a palavra "autoritário" será utilizada não com o fim de adjetivar ou de oferecer qualquer conotação valorativa. Essa não é a intenção primeira. A palavra "autoritário" será utilizada como uma forma de se compreender e designar determinada conformação do Estado e dos arranjos institucionais que, sob esse signo, possuem delineações muito próprias.

Vargas", que tem início em 1930 e tem seu ápice com a implantação de desenvolvimento do chamado Estado Novo[266].

Assim, observa-se em 1914 o jovem Francisco Luís da Silva Campos, ainda cursando seu último ano na faculdade de Direito de Belo Horizonte ao realizar um discurso em homenagem ao recentemente falecido presidente Afonso Pena, afirmou: "*O futuro da democracia depende do futuro da autoridade. Reprimir os excessos da democracia pelo desenvolvimento da autoridade será o papel político de numerosas gerações.*"[267]

O vigor e a direção do argumento de Francisco Campos permaneceram no mesmo compasso. Quando deputado estadual pelo PRM (legislatura 1919-1922) se opôs de modo consistente contra a autonomia municipal, concebendo os órgãos da municipalidade como instituições meramente administrativas providas por designação do poder estadual.[268] Desde suas primeiras escaramuças políticas já se posicionava pela centralização do poder.

Se nesse primeiro momento de participação na vida pública defendia a unidade do poder estadual e se colocava contrariamente a sua fragmentação em favor dos municípios, posteriormente, ao se alçar para o âmbito nacional da vida pública, Francisco Campos manterá a posição defendendo, como questão de princípio, a necessidade de unidade do poder nacional e o sufocamento de qualquer possibilidade de fragmentação desse poder em favor dos estados federados.[269]

Certamente que Francisco Campos, mesmo considerado com o mais influente ideólogo da máquina estatal do Estado Novo[270], não se encontrava sozinho no campo do pensamento autoritário brasileiro. Está, ao contrário, acompanhando de outros pensadores que robusteceram e deram estofos para essa construção político-ideológica,

---

266 Isso não quer dizer, evidentemente, que não se encontrem traços culturais e ideológicos do pensamento autoritário antes da era vargas. Trata-se, apenas, de fazer um recorte histórico que, de forma razoável, seja adequado à pesquisa.

267 MALIN, Mauro. Verbete: CAMPOS, FRANCISCO. Em: ABREU, Alzira Alves de. **Dicionário histórico-biográfico da Primeira República**: 1889-1930, Editora: FGV-CPDOC: 2015.

268 MALIN, Mauro. Verbete: CAMPOS, FRANCISCO. Em: ABREU, Alzira Alves de. **Dicionário histórico-biográfico da Primeira República**: 1889-1930, Editora: FGV-CPDOC: 2015.

269 A ideia de unidade e centralização do poder político produziu a impressionante cena decorrente da Cerimônia da Cremação das Bandeiras, realizada poucos meses após a instituição do Estado Novo, ocasião em que foram colocados em pira acessa os pavilhões estaduais como forma de ilustrar que era momento de deixar para trás a fragmentação do poder, que seria desorganizado e ineficiente por natureza. Ver em: YouTube. Getulio Vargas - Estado Novo - Cremação das Bandeiras Estaduais. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=x-Koh2n1OTo4 . Acesso em: 13/02/2018.

270 CABRAL DOS SANTOS, Marco Antônio. Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo. Em: **Revista de história**, Juiz de Fora, v. 13, n. 2, p. 31-48, 2007.

especialmente Oliveira Viana[271], Azevedo Amaral[272], Alberto Torres[273] e Paulo Prado[274]. É dizer, há uma espécie de "grupo ideológico" composto pelos referidos autores que, com algumas divergências e diversas convergências, compõem – sem prejuízo de outros que tenham pensado as mesmas questões – o apanhado de intelectuais que deram os contornos para a ideologia autoritária na história do pensamento político brasileiro.

Oliveira Vianna desenvolvia uma visão acerca do papel ou das finalidades do Direito (sistema jurídico) tipicamente autoritárias. Pensava não apenas do Supremo Tribunal, que chamou de "oligarquia da Toga", mas todos os juízes que estivessem ligados ao Estado unitário e autoritário como revestidos de uma quase infalibilidade.[275] Não apenas no papel do Judiciário, mas também quanto à dinâmica Estado-Cidadão, Oliveira Vianna desenvolvia uma perspectiva e um discurso estritamente unitário e sobretudo autoritário ao defender a hipótese de que, via de regra, nenhum cidadão tem direitos contra o Estado, de modo que todos os direitos do indivíduo estariam submetidos (subordinados) ao Estado.[276] [277]

Azevedo Amaral, criticando o que chamou de "estruturas sociais exóticas importadas"[278] procura desenvolver a ideia de uma verdadeira nacionalidade.[279] Como crítico do regime de 1891[280], chamou atenção a autoridade como uma necessidade

---

[271] OLIVEIRA VIANNA, Francisco José. **Populações meridionais no Brasil**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1933.

[272] AZEVEDO, Amaral. **O Estado autoritário e a realidade nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados/Ed. Universidade de Brasília, 1981.

[273] TORRES, Alberto. **A organização nacional**. São Paulo: Ed. Nacional/Ed. Universidade de Brasília, 1982.

[274] PRADO, Paulo. **Retrato do Brasil**: ensaio sobre a tristeza brasileira, 10ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

[275] OLIVEIRA VIANNA, Francisco José. **Problemas da política objetiva**. 3 ed., Rio de Janeiro: Record, 1974, p. 69.

[276] OLIVEIRA VIANNA, Francisco José. **Problemas da política objetiva**. 3 ed., Rio de Janeiro: Record, 1974, pp. 183-ss.

[277] Especificamente sobre essas reflexões acerca do papel do Direito na filosofia política de Oliveira Vianna, ver interessantíssimo trabalho de mestrado de Eliardo Teles, em: TELES FILHO, Eliardo França. **Estado, Sociedade e Direito: uma reflexão sobre a ideologia política em Oliveira Vianna**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília. Brasília: 2006.

[278] AZEVEDO, Amaral. **O Estado autoritário e a realidade nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados/Ed. Universidade de Brasília, 1981, p. 05.

[279] "Durante mais de dois séculos a situação das populações distribuídas pelo território já ocupado no Brasil foi assim nitidamente a de simples colonos empenhados em aproveitar as riquezas naturais do país, sem quaisquer preocupações sérias de constituírem uma coletividade coordenada por vínculos políticos e assim unida em um bloco capaz de tornar-se a base de uma verdadeira nacionalidade." Ver: AZEVEDO, Amaral. **O Estado autoritário e a realidade nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados/Ed. Universidade de Brasília, 1981, p. 9.

[280] "A organização da nacionalidade, nos moldes estabelecidos pela Constituição de 1891, correspondia até certo ponto às realidades que se apresentavam no Brasil ao tempo da queda da monarquia. Os erros daquele estatuto político promanavam da transplantação, para o meio brasileiro, de instituições que, haviam sido criadas em uma ambiência social e sob as injunções de problemas políticos profundamente diferentes dos nossos." Ver: AZEVEDO, Amaral. **O Estado autoritário e a realidade nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados/Ed. Universidade de Brasília, 1981, p. 22.

do sistema político. Muito embora tenha criticado a centralização do império, elogiava o Estado Novo e suas práticas institucionais – tal como o voto indireto – como democracia autêntica, afirmando que o autoritarismo é capaz de permitir o desenvolvimento normal da democracia.[281] Sua perspectiva era a de que o Estado Novo foi uma resposta natural à realidade nacional de então.[282]

Alberto Torres, defendendo a ideia de que o nacionalismo é essencial para fundar uma sociedade de um povo jovem tal como o brasileiro[283], chama atenção para aquilo que entende como consequências prejudiciais que decorrem da ausência de um espírito nacional e para a necessidade de desenvolvimento de uma consciência nacional e reorganização social.[284]

Paulo Prado, por sua vez, com sua descrição do brasileiro (ou do passado do brasileiro ou o brasileiro do passado) como ambicioso e luxurioso.[285] Descrições pesarosas e pejorativas indicam o brasileiro como um povo cuja formação de caráter tendia para a cobiça insaciável aliada a uma passividade infantil.[286] Um território formado por servos, semi-escravos, desertores, indesejáveis e criminosos de toda ordem,[287] segundo nos faz crer Paulo Prado, só poderia vir a "morrer sofrendo da mesma fome, da mesma sede, da mesma loucura. Ouro. Ouro. Ouro. Cobiça."[288] Esse caldo de adjetivos e descrições da personalidade do retrato do habitante destas terras como resultado característico a "ausência ou diminuição da atividade mental"[289]. Pronto está o traçado básico para demonstração, segundo pretendeu Paulo Prado, do retrato do povo brasileiro – um povo melancólico.[290]

---

281 AZEVEDO, Amaral. **O Estado autoritário e a realidade nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados/Ed. Universidade de Brasília, 1981, pp. 84-ss.

282 AZEVEDO, Amaral. **O Estado autoritário e a realidade nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados/Ed. Universidade de Brasília, 1981, especialmente o Cap. I: Antecedentes do Estado Novo.

283 TORRES, Alberto. **A organização nacional**. São Paulo: Ed. Nacional/Ed. Universidade de Brasília, 1982, pp. 57-ss.

284 TORRES, Alberto. **A organização nacional**. São Paulo: Ed. Nacional/Ed. Universidade de Brasília, 1982, pp. 107-227.

285 PRADO, Paulo. **Retrato do Brasil**: ensaio sobre a tristeza brasileira, 10ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2012, pp. 39-ss.

286 PRADO, Paulo. **Retrato do Brasil**: ensaio sobre a tristeza brasileira, 10ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2012, pp. 60-ss.

287 PRADO, Paulo. **Retrato do Brasil**: ensaio sobre a tristeza brasileira, 10ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2012, pp. 88-ss.

288 PRADO, Paulo. **Retrato do Brasil**: ensaio sobre a tristeza brasileira, 10ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 89.

289 PRADO, Paulo. **Retrato do Brasil**: ensaio sobre a tristeza brasileira, 10ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 97.

290 A seguir o trecho que nos parece condensar de forma breve as razões da melancolia do povo brasileiro descrito por Paulo Prado, *v.*: " '*Post coitum animal triste, nisi gallus qui cantat*', afirmava o velho adágio da medicina: é o 'colapso' dos médicos, depressão física e moral, passageira em certas condições normais, contínua em casos

É impossível, portanto, pensar na possibilidade de um contrato (pacto) político com o indivíduo descrito em *Retrato do Brasil*. Um indivíduo quase exclusivamente desejante e volitivo não pode ser considerado propriamente civilizado e capaz de se manter dentro de um "pacto fundamental". Essa descrição de Paulo Prado pode, em boa medida, ser lida como espécie de respaldo (ou justificativa) sociológico e antropológico para a necessidade de desenvolvimento de um pensamento (ideologia) autoritário, pois se não somos civilizados, havemos de precisar de uma inteligência que nos guie, que guie a Nação.

São autores que, mesmo considerando suas peculiaridades e eventuais desacordos, se destacam pela crítica ao modelo liberal democrático (1891-1934) e que de forma convergente advogaram pela criação de um Estado Nacional de proeminência do postulado da autoridade política quando confrontada com a liberdade política dos indivíduos – posição ideológica que produz um impacto determinante na forma como irão perceber o papel do Direito nesse Estado Nacional. Trata-se de uma proposta ideológica na qual as soluções para a generalidade das questões nacionais devem ocorrer de forma imposta "de cima para baixo".

Francisco Campos, capitaneando as reflexões filosófico-políticas sobre a democracia autoritária – o que entende como a *autêntica* democracia –, é o autor quase exclusivo da Constituição de 1937 que, segundo imaginou, instituía a democracia autoritária brasileira, tão afastada quando possível do sistema político de matriz liberal.[291]

A obra intelectual de Francisco Campos é – tal como se nos parece – pouco difundida entre o pensamento jurídico brasileiro. Nesse passo observamos, especificamente, a obra

---

de excessos repetidos. No Brasil a tristeza sucedeu à intensa vida sexual do colono, desviada para as perversões eróticas, e de um fundo acentuadamente atávico. Por sua vez, a cobiça é uma entidade mórbida, uma doença do espírito, com seus sintomas, suas causas e evolução. Pode absorver toda a energia psíquica, sem remédios para o seu desenvolvimento sem cura para o seus males. Entre nós, por séculos, foi paixão insatisfeita, convertida em ideia fixa pela própria decepção que a seguia. Absorveu toda a atividade dinâmica do colono aventureiro, sem que nunca lhe desse a saciedade da riqueza ou a simples tranquilidade da meta atingida. No anseio da procura afanosa, na desilusão do ouro, esse sentimento é também melancólico, pela inutilidade do esforço e pelo ressaibo da desilusão." Em: PRADO, Paulo. **Retrato do Brasil**: ensaio sobre a tristeza brasileira, 10ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2012, pp. 97-98.

291 "A crítica campista da década de 1930 esteve focada na democracia, no parlamento e no liberalismo, trabalho que articulou à sua intervenção jurídica no Governo Vargas. Do ponto de vista legal, escreveu quase solitariamente a Constituição de 1937, que instituía o que seria denominado democracia autoritária (OLIVEIRA VIANNA. **Populações meridionais no Brasil**. ..., 1933, p. 149), em profundo distanciamento da matriz liberal, e que, para os ideólogos, seria a real descrição de uma democracia autêntica (AZEVEDO, Amaral. **O Estado autoritário e a realidade nacional**. ..., 1981, p. 168). Essa interpretação da tipologia do Estado autoritário convergia para a de Azevedo Amaral, para quem os partidos eram absolutamente supérfluos e, ainda mais, funcionavam social e politicamente como "[...] elementos perturbadores, incompatíveis com a marcha normal da vida da nacionalidade" (AZEVEDO, Amaral. **O Estado autoritário e a realidade nacional**. ..., 1981, p. 187). Esse era o discurso político que se encontrava em fase de expansão e que viria ancorar a estruturação da cultura política autoritária que invade a contemporaneidade." Ver: BUENO, 2016 p. 27.

O Estado Nacional[292] que, montado a partir da compilação de diversas conferências e entrevistas realizadas pelo autor na década de 30 (trinta), configura, se assim se pode dizer, uma espécie de fundamentação doutrinária e filosófica do Estado Novo.

A referida obra do jurista mineiro se inicia com uma crítica bastante dura contra o sistema democrático liberal-tradicional, propondo o argumento de que há, no referido sistema, um elemento de profunda irracionalidade, qual seja, a formação da vontade geral pelo voto.[293]

Essa primeira tomada de posição de Francisco Campos já é suficiente para causar mal-estares em quem quer que esteja habituado com a doutrina tradicional e contemporânea sobre quais sejam os valores básicos da democracia.[294] Nela a figura institucional do voto, representativo que pretende ser da vontade popular, assume especial destaque. Afinal, se *todo o poder emana do povo* (parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal), imagina-se adequada a ficção de que através do voto e de representantes eleitos o povo poderia exercer esse poder. [295]

Não apenas no Brasil, em âmbito internacional – e com grande influência no pensamento democrático nacional, pois certamente um dos clássicos do pensamento político mundial – o conceito de democracia pensado por Hans Kelsen[296] ("o grande filósofo do Direito do século XX, e, provavelmente, não apenas dessa centúria."[297])

---

[292] CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

[293] CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 25.

[294] Sobre abordagens a respeito da democracia sob uma perspectiva considerada mais "tradicional", ver, a título exemplificativo: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34 ed., São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 125-146; do mesmo autor: **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014 pp. 674-ss; e MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 729-798.

[295] Na intenção de demonstrar os perigos da democracia liberal e, em especial, do sufrágio geral, Francisco Campos utiliza a passagem bíblica do Capítulo XVIII do Evangelho de São João, ocasião em que Jesus Cristo foi preterido do salvamento popular realizado por Pilatos em favor de Barrabás, um ladrão. A ilustração pretendia demonstrar os perigos e vicissitudes de decisões plebiscitárias, deixadas ao alvedrio do povo. Francisco Campos não foi o único a recorrer à referida passagem bíblica. Com base nessa ilustração o jurista mineiro defendeu a necessidade de deslocamento de um poder central e único para o Executivo, do mesmo modo que Gustavo Zagrebelski – Juiz da Corte Constitucional italiana – se utilizou de idêntico argumento (os perigos das decisões populares e plebiscitárias) para respaldar seu posicionamento em favor do exercício da jurisdição constitucional, instituto jurídico-político ontologicamente contra-majoritário. Ver: CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 32-33; ZAGREBELSKI, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Trad. Monica de Sanctis Viana, São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2011.

[296] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 4 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005; e em **A Democracia**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

[297] DIAS; TOFFOLI, José Antônio; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estudo introdutório. Em: **Autobiografia de Hans Kelsen**. Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto (trad.), 4 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. XIV.

se baseia de modo fundamental na ideia do voto como instrumento adequado para operar a regra da maioria que, justificadora da liberdade dos cidadãos, é a primeira e insubstituível regra de qualquer sistema democrático segundo a visão kelseniana.[298] Também na alçada internacional, Norberto Bobbio vai nos dizer que a liberdade é incontornavelmente um elemento central dos regimes democráticos, e que a democracia moderna apenas vingou aonde os direitos de liberdade foram assegurados; e, ainda, que o usufruto dos direitos de liberdade, tão caros ao conceito tradicional de democracia, ocorre através do sufrágio. Enfim, afirma que a existência de eleições livres segue sendo a exclusiva forma de real atuação democrática.[299]

Em Kelsen e Bobbio, como se vê, encontramos uma visão liberal de democracia. Visão essa amplamente difundida e "normalizada" no pensamento jurídico e político nacional contemporâneo. Razão pela qual falamos em mal-estar com a primeira tomada de posição de Francisco Campos, afinal, não estamos em nada acostumados com críticas tão duras ao sufrágio – não apenas duras, mas, admita-se, críticas por vezes perigosamente sedutoras.

Francisco Campos segue, nos primeiros trechos de sua obra, criticando as formas políticas do passado que, de modo obsoleto, seguem a regular e a interpretar o presente de forma inadequada. Sua filosofia política pretende alterar o sistema de referências.[300] Para isso, a primeira categoria que apresenta como necessária é o *Mito*, ou *César*. O processo político de integração nacional deve apelar para as forças emocionais (irracionais) do espírito humano. E isso porque, segundo afirma, a integração política pelas forças emocionais é uma integração total. Esse é, em síntese, o papel do *Mito*,

---

298 Ainda, de acordo com Hans Kelsen, a característica basilar da democracia é a síntese entre igualdade e liberdade. Liberdade pelo impulso inato da natureza humana. Ele nos diz que "é a própria natureza que, exigindo liberdade, se rebela contra a sociedade." O postulado da igualdade como corolário da experiência histórica a nos ensinar que "se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar. Por isso a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade." Como se vê, a ideia central contida já no primeiro capítulo da obra *A democracia* reside na tentativa de sintetizar os dois princípios cuja interdependência é precisamente a principal característica da democracia: igualdade e liberdade. O que se procura demonstrar é a evolução do que chamou de liberdade da anarquia (liberdade natural do homem primitivo) até a liberdade da democracia. Na sua defesa da democracia e da liberdade possível Kelsen argumenta que, se de fato deve haver uma sociedade-Estado, então deve necessariamente haver um poder que regule essa organização social. E, nesse cenário, "se devemos ser comandados, queremos sê-lo por nós mesmos." E a forma de fazê-lo é através do voto. Ver: KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 27.

299 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 4 ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 13; e em: **Il futuro della democrazia**: una difesa delle regole del gioco. Giulio Einaudi Editore S. P. A. Torino, 1984, pp. 11-12.

300 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 13-14.

que deve construir um contexto simbólico pelo qual se procura disciplinar as forças das massas.[301]

Para o sistema político pensado por Francisco Campos essa figura é imprescindível. Aposta não só no fascínio das massas com essa figura carismática, mas também em que essa relação entre o *Mito (César)* e as massas é comum. Fenômeno tão comum, segundo entende, que o autoriza a afirmar que "não há hoje um povo que não clame por um César."[302]

Se sob a perspectiva da história política a figura campista do *Mito (César)* nos remete diretamente a personagem Getúlio Vargas, sob uma perspectiva literária essa figura nos remete ao texto mais lúdica e poeticamente inspirado de Francisco Campos no qual aborda a *Atualidade de D. Quixote*.[303] Por ocasião desse texto, procura representar que tal como Sancho dependia de D. Quixote e não lhe era possível imaginar sua vida longe de seu amo, assim as massas em seu espírito dependem de um *Mito (César)*[304]. Essa reunião entre a massa popular e o líder carismático faria operar o que chamou de "integração total" da Nação.[305] Na sequência de *O Estado Novo*, é importante notar que, segundo defende Francisco Campos, o surgimento dos regimes autoritários não se justifica em si. Mas, antes, se justifica como espécie de consequência da crise dos

---

301 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 20-22.

302 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 20-22.

303 CAMPOS, Francisco. **Atualidade de D. Quixote**. Belo Horizonte: Publicações da Secretaria de Educação de Minas Gerais, Coleção Cultural n.º 1, 1951.

304 "As verdadeiras causas do descontentamento, da inquietação, da angústia do homem contemporâneo não são de natureza econômica e política. São de natureza emocional. A emoção perdeu os pólos, os símbolos, os ideais por onde dar vasão ao imenso potencial que se acumulou durante séculos de abstinência e privação. O mundo pede por uma cruzada. Eis como, quando penso de mim para mim, (perdoai-me a indiscrição) imagino que poderia começar êsse grande abalo ou êsse grande escândalo de que todo mundo tanto necessita. O Papa sairia na sua sede gestatória, acompanhado de tôdas as ordens, confrarias e irmandades; a massa dos peregrinos e dos penitentes seguiria. Uma imensa procissão, com as imagens, os emblemas, as flámulas e os cantos adequados. Pelas aglomerações humanas por onde passasse essa nova cristandade, haveria cerimônias, celebrar-se-iam sacramentos e espetáculos litúrgicos, e se dariam, mais importante do que tudo, verdadeiros testemunhos de sacrifícios, de humildade, de penitência, de misericórdia, e de imitação de Cristo. As emoções contidas encontrariam em grandeza a libertação que pedem, o emprêgo que lhes falta, o ideal que quanto mais alto mais convém ao coração do povo. Lembrai-vos de Sancho quando dizia ser impossível que nenhumas circunstâncias pudessem separá-lo do seu amo a não ser a pá e a enxada do coveiro. Êste nosso mundo de hoje, que é como Sancho abandonado por seu amo, reclama a volta de D. Quixote, por sentir que sem êle a sua vida não teria sentido. De todos os lados, sob o mais diversos nomes e as mais contraditórias aparências, o que o homem dos nossos dias pede e reclama, o que ansiosamente espera – é o retorno de D. Quixote. Eis a razão pela qual, mais do que se estivesse vivo e presente entre nós, D. Quixote é hoje de maior atualidade do que era para os seus contemporâneos, quando percorria os insolados caminhos da Espanha." Em: CAMPOS, Francisco. **Atualidade de D. Quixote**. Belo Horizonte: Publicações da Secretaria de Educação de Minas Gerais, Coleção Cultural n.º 1, 1951, pp. 83-86.

305 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 20.

modelos liberais. Ou seja, os sistemas políticos liberais não souberam lidar com as novas e mais complexas questões que se colocaram perante os governos pós-revolução industrial, pois essas são questões complexas e distantes das emoções da opinião pública. Daí defende o autor, foram sendo estreitados os campos de atuação dos processos típicos de deliberação democrática (voto-Parlamento).[306]

Assim, por considerar a irracionalidade e a ineficiência dos processos típicos de deliberação democrática,[307] Francisco Campos defende a necessidade de um deslocamento do centro de decisão política do Parlamento para o Executivo.[308] Os órgãos de colegiado se caracterizariam pela irresponsabilidade e incapacidade de ação.[309] Não só o parlamento, mas mesmo os partidos políticos (considerados um perigo para a ordem pública)[310] são deixados de lado em favor da necessidade de reforçar a autoridade executiva.[311]

Quando Azevedo Amaral afirmou que o Estado Novo teria sido uma resposta natural à realidade nacional de então[312], estava, em boa medida, reverberando o argumento campista de que o Brasil, cansado de um parlamento capaz apenas de gerar intranquilidade e confusão, reclamava paz e direção.[313] Por isso é que afirmava o espírito da reforma como consistente no abandono da política paliativa de medidas parciais.[314]

---

306 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 29-31.

307 O autor chega afirmar que "para as decisões políticas, as salas do parlamento têm hoje a mesma importância que uma sala de museu." Em: CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 34.

308 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p.33-34.

309 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 48-49.

310 "Envenenado por uma lei eleitoral propícia à fragmentação e proliferação de partidos destituídos de substância, o País perdia, sem remédio, a confiança em instituições a tal ponto inadequado ao seu temperamento e às suas tradições. É, aliás, o resultado infalível das democracias de partidos, que nada mais são virtualmente do que a guerra civil organizada e codificada. Não pode existir disciplina e trabalho construtivo num sistema que, na escala dos valores políticos, subordina os superiores aos inferiores e o interesse do Estado às competições de grupos." CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 43.

311 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 42-46.

312 AZEVEDO, Amaral. **O Estado autoritário e a realidade nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados/Ed. Universidade de Brasília, 1981, esp. Cap. I (Antecedentes do Estado Novo).

313 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 37.

314 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 50.

E nesse cenário, no qual haveria uma espécie de apoio nacional à reforma proposta por Francisco Campos, autoritária e centralizadora, se mostra mais plausível pensar no desinteresse do eleitor comum com a coisa pública, em vista de que os problemas contemporâneos são complexos e sobejamente técnicos. O que se espera do governo central, portanto, seriam os resultados efetivos no bem-estar do povo.[315]

Essa narrativa facilita o argumento de que ao sufrágio deva ser reservado um espaço secundário na vida política. O sufrágio como mito[316] é quase irrelevante para o funcionamento da democracia autêntica do pensamento autoritário. O Estado Novo e, portanto, a sua carta política, a Constituição Federal de 1937 é, assim, profundamente democrática. E isso, pois o problema a ser solvido por um regime autenticamente democrático é, afastando a superada e inútil ideia de liberdade individual, criar novos deveres ao poder público, especialmente no que diz com a necessidade de se assegurar ao cidadão o gozo de bens e serviços.[317]

Esse seria o verdadeiro propósito da democracia autêntica. Considerando que o Estado Liberal foi incapaz de instaurar o verdadeiro regime democrático, Francisco Campos argumenta que cabe ao Estado Autoritário atuar pautado pelos valores democráticos: bem-estar do povo e o gozo e fruição de direitos materiais e morais. E a realização desses valores independe das formalidades ("maquinismos") da democracia liberal; e além, os instrumentos dessa democracia formal, tal como o sufrágio universal, representação direta e duração rápida do mandato presidencial são prejudiciais ("funestas") aos ideais democráticos.[318]

Mas, tal como defende o autor, para atender essas novas exigências democráticas, um governo necessita, além de unidade técnica, ideológica e de propósito, também de controle efetivo de todas as atividades sociais, tais como a economia, a política, a educação e a imprensa.[319]

Essas são, pontualmente, as características do pensamento autoritário brasileiro e, no específico, da doutrina do Estado Novo de Francisco Campos que, segundo esse autor, logrou, com a Constituição de 1937 e a liderança de Getúlio Vargas, criar uma

---

315 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 53-56.

316 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 51-52.

317 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 56-58.

318 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 74-80.

319 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 69.

ambiência e consciência nacional, unificar a Nação, encerrar as lutas políticas, silenciar a balbúrdia dos partidos políticos e, mais importante, atendeu aos valores materiais e morais da Nação. [320] O modo como esse "desenho" ideológico-político-institucional irá operar o sistema jurídico – vale dizer: qual será o papel do Direito nessa democracia autoritária? – será visto no tópico seguinte.

Há, por fim, um último registro que nos parece pertinente. Não tentamos, com a presente passagem, traçar um perfil psicológico, ideológico ou político individual. Mas, antes, apontar o contexto cultural e ideológico que perpassou um marco histórico específico. Sobre a possibilidade desse apontamento, recorremos a Dumont, especialmente no que refere que, do mesmo modo que se mostra problemático falar em "espírito" de um povo ou de uma cultura de modo geral, também seria possível, em princípio, afirmar que não deveria haver – ou que não seria possível aferir – uma configuração comum de ideias e valores ao longo de um determinado processo histórico. Contudo, nada obstante essa problemática inicial, o estudo da História e da experiência – sugere Dumont – nos ensina que em alguma medida é possível verificar uma continuidade histórica de determinadas linhas de pensamento.[321]

Assim, em determinado texto de determinado autor, as relações que as ideias têm entre si representam uma determinada configuração. Evidente, conforme afirma Dumont, que essas configurações variam entre si quando comparadas sua abordagem de um para outro autor, mas, nada obstante, nada há que nos impeça de ao menos tentar ver o que elas têm em comum em cada nível de generalização.[322]

Ainda sobre o ponto, Tzvetan Todorov[323], refletindo sobre a temática, nos autoriza a pensar sobre a história das ideias. Aqui especificamente sobre a atualidade das ideias autoritárias, especialmente no seu impacto sobre o modo que se entende o papel do Direito e do sistema jurídico nacional em determinado contexto histórico. O enfoque, portanto, tal como indica Tzvetan Todorov, pode ocorrer a partir do exame de "ideias anônimas situando-as não no contexto sincrônico em que foram concebidas por alguém, mas na série diacrônica, composta de outras formulações da mesma ideia."[324]

---

320 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 80-81.

321 DUMONT, Louis. **O individualismo**: uma perspectiva antropológica de uma ideologia moderna. Trad. Álvaro Cabral. Rocco: Rio de Janeiro, 2000, p. 22.

322 DUMONT, Louis. **O individualismo**: uma perspectiva antropológica de uma ideologia moderna. Trad. Álvaro Cabral. Rocco: Rio de Janeiro, 2000, p. 23.

323 TODOROV, Tzvetan. **Nós e os outros**: a reflexão francesa sobre a diversidade humana. Vol. I, Trad. Sergio Goes de Paula, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

324 TODOROV, Tzvetan. **Nós e os outros**: a reflexão francesa sobre a diversidade humana. Vol. I, Trad. Sergio Goes de Paula, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 15.

Desse modo, considerando o que até aqui foi dito, é possível concluir que o período histórico no qual estava culturalmente imerso José Carlos Moreira Alves foi conformado sob a influência do pensamento ideológico autoritário que, concorrendo com outros tantos, se desenvolveu com bastante vigor no Brasil.

2.2 O papel do Direito no pensamento autoritário brasileiro.

Em uma das configurações ideológicas do *individualismo*[325] o indivíduo não apenas precede, mas também se antecipa hierarquicamente em relação com a sociedade. E, como a outra face da mesma moeda, a sociedade se valora coletivamente (em abstrato) de modo a valorar o indivíduo.[326]

Sob essa perspectiva, o pensamento autoritário (também antiliberal) brasileiro se posiciona de forma diametralmente oposta. Ou seja, os pensadores autoritários, e em especial Francisco Campos, procuram enquadrar a sociedade (Nação) em posição de franca precedência em relação aos indivíduos.[327] Toda representação individualista – assim como toda tentativa de fragmentar ou descentralizar o poder central – será criticada pelo pensamento autoritário. A partir do pensamento autoritário a cisão ou contraposição entre Estado-Indivíduo é diluída em favor de uma espécie de fusão: a unidade nacional.[328]

O papel do Judiciário tal como o vemos hoje, como uma quase espécie de "poder moderador" do século XXI, simplesmente não existe na democracia autoritária campista. Se hoje falamos em acesso irrestrito do Judiciário (inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal), especialmente se pensamento na análise da constitucionalidade das leis, a posição institucional desse poder no Estado Novo estava totalmente revista.

---

325 Sobre o tema do "individualismo" como categoria ou configuração ideológica, ver: DUMONT, Louis. **O individualismo**: uma perspectiva antropológica de uma ideologia moderna. Trad. Álvaro Cabral. Rocco: Rio de Janeiro, 2000.

326 DUMONT, Louis. **O individualismo**: uma perspectiva antropológica de uma ideologia moderna. Trad. Álvaro Cabral. Rocco: Rio de Janeiro, 2000, pp. 47-ss.

327 Apenas para que não se deixe passar em branco, não nos escapa a compreensão de que a categoria "indivíduo" não é representada de forma uniforme pelos autores autoritários – especialmente no que refere ao indivíduo triste de Paulo Prado, representação que não se reflete no indivíduo do Estado Novo. Entretanto, esse não é o enfoque aqui. O relevante está na relação dicotômica entre Estado-Indivíduo e de que forma essa dinâmica opera na ideologia autoritária; consideração que é fundamental para a compreensão do papel do Direito a partir dessa ideologia.

328 "O poder, na Constituição de 10 de novembro, tem unidade. Há vários poderes e um só poder; onde há vários poderes e não existe um só poder, não há governo, porque governo é um só pensamento e uma só ação." CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 69.

Se o poder é uno e concentrado na figura do líder (carismático – *Mito/César*), não era dado ao Poder Judiciário, a partir da subjetividade e da filosofia política individual ("preconceitos") de seus juízes, influenciar os desígnios econômicos, sociais e políticos do governo da nação.[329]

A visão de democracia defendida por Francisco Campos tem como uma de suas premissas a de que a ideia de *liberdade individual* não seria capaz de resolver os problemas do homem.[330] O indivíduo cidadão tem determinados direitos previstos na Constituição de 1937 (bens materiais e morais), mas a liberdade individual (tal como pensada hoje) não estava entre eles.

Essas são posições político-ideológicas que, derivando diretamente da forma como o pensamento autoritário percebe a relação dicotômica entre Estado-Nação/Cidadão-Indivíduo, inevitavelmente reverberam no papel do Direito (sistema jurídico) nesse tipo de sistema político. A ideia de *irretroatividade da lei* também é moldada e condicionada por essas posições. Se hoje percebemos a irretroatividade da lei como um elemento essencial da segurança jurídica[331], um dos princípios basilares e fundantes do nosso sistema jurídico, é vista pelo pensamento autoritário como exagero (um mito) do individualismo jurídico e um inadequado limitador da atuação do Estado na relação dos indivíduos, especialmente no que refere a questões econômicas.[332]

Afirmar que o indivíduo só tem direitos quando seus interesses não colidem com os interesses do Estado é uma consequência lógica da "integração total" de que fala

---

329 "Ora, a interpretação não dispõe de processos objetivos e infalíveis e, por isto mesmo, está sujeita à influência do coeficiente pessoal do juiz. Não há, portanto, nenhuma razão para aceitar como decisiva ou definitiva, no plano em que se acham em jogo os maiores interesses da nação, uma interpretação que não dá nenhuma garantia objetiva do seu acerto. Aos juízes não será, em conseqüência, permitido, a pretexto de interpretação constitucional, decretar como única legítima a sua filosofia social ou a sua concepção do mundo, desde que essa filosofia ou concepção obstrua os desígnios econômicos, políticos ou sociais do governo, em benefício da nação." CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 59.

330 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 62-63.

331 BASTOS, Celso. Ribeiro. **Dicionário de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 43; TORRES, Heleno. O Princípio de Segurança Jurídica na Construção do Estado Democrático de Direito. In: LUCCA, Newton de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (coords.). **Direito constitucional contemporâneo**: homenagem ao Professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 413-428.

332 "A não retroatividade das leis, postulada como proibição ao Poder Legislativo, não passava de um exagero do individualismo jurídico e, sobretudo, do individualismo econômico, que reclamavam rigorosa neutralidade do Estado, no domínio do comércio jurídico. Mas o Estado, ante as novas condições de vida do mundo, não pode continuar a ser um simples espectador que se limite a assistir às lutas da competição individual. A indiferença que lhe impusera o liberalismo vinha acarretando a escravização dos fracos pelos fortes. Assim o Estado, para garantir o bem geral, passou a influir diretamente nas relações dos indivíduos entre si, principalmente no domínio econômico." CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 82-83.

o pensamento autoritário. Se hoje falamos claramente na figura do cidadão e na sua contraposição em relação ao Estado e frente ao qual tem uma série de direitos e garantias, na integração total do sistema autoritário é propriamente a tentativa de unificar (integrar) a figura do cidadão ao Estado, que assim acaba diluído no conceito de Estado Novo. Não há cidadão.

Exatamente por isso que o *César* do Estado Novo afirmou em discurso público realizado em São Paulo: "*o Estado Novo não reconhece direitos de indivíduos contra a coletividade. Os indivíduos não têm direitos, têm deveres! Os direitos pertencem à coletividade!*"[333]

A ciências criminais[334] sofreram especial impacto desse peculiar papel a ser desempenhado pelo Direito na democracia autoritária. O vasto catálogo de garantias processuais, afirmava Francisco Campos, induzia a criminalidade. Assim, o interesse da justiça penal como repressora da criminalidade, não poderia ficar submetido por meras formalidades (garantias processuais penais).[335] A figura do indivíduo diluído e incapaz de ser atendido por um catálogo de direitos também aparece na análise campista sobre o as ciências criminais: "*Urgia abolir semelhante critério de primado do interesse do indivíduo sobre o da tutela social*."[336] Não por outra razão que o sistema de nulidades processuais-penais, que, segundo o autor, desde "sempre foram o instrumento da chicana, das dilações e dos retrocessos processuais"[337] receberam do regime Estado Novo um regime jurídico estrito, de forma que, satisfeito, Francisco Campos afirmava que "*o projeto remove, de modo inteiramente satisfatório, uma das causas mais importantes de desmoralização do processo e uma das fontes mais abundantes das insídias, surpresas e injustiças em que era tão rico o processo tradicional*."[338]

Especialmente quanto à norma criminal substancial (direito penal), Campos aponta que o princípio que o fundamenta é o da defesa social, pois era necessário, segundo

---

333 VARGAS, Getúlio. **A Nova Política do Brasil**, volume V. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941, p 311. Disponível em: www.biblioteca.presidencia.gov.br. Acesso em: 11/09/2020.

334 Lembramos que o Código Penal e o Código de Processo Penal atualmente em vigor, são leis editadas, respectivamente, em 1940 e 1941, em pleno regime do Estado Novo.

335 "As nossas leis vigentes de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão terá de ser deficiente, decorrendo daí um indireto estímulo à criminalidade. [...] O interesse da administração da Justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos." CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 121-123.

336 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 121.

337 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 175

338 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 176.

indica, defender a comunhão nacional. A legislação penal se propunha a proteger o direito dos grupos, da sociedade e da família.[339]

Essa era, em suma, o papel do Direito (sistema jurídico) no pensamento autoritário de Francisco Campos. Como é possível observar, a posição ideológica proposta pelo ideólogo do Estado Novo tem um impacto fundamental na forma de se entender o Direito e o papel do sistema normativo na sociedade.

Ilustrativo é a forma como se entende o indivíduo nessa dinâmica sociopolítica: não se admite que tenha interesses contrários aos da nação e, se os tiver, o Direito não se presta a atender interesses contrários ao próprio estado-nação; o indivíduo nada é em si; o regime apenas o considera coletivamente, ocasião em que se integra (*integração total*) com o estado nação. A integração total é o fetiche do Estado Novo, e nele ao Direito não é dado conhecer aquilo que não seja a nação.

No pensamento autoritário brasileiro que, segundo presente análise, perpassou boa parte do século XX – ao menos até o final dos anos 70, início dos 80 –o Direito assume o seu papel tal como descrito por Pierre Bourdieu. Trata-se de uma criação, uma construção intelectual e instrumental, que cria e força o mundo. É uma imposição[340] que, sob o intelecto de Francisco Campos, forçava o amálgama da integração total.[341] Aí que, sem disputar espaço político com o chefe do Executivo, a autoridade jurídica exercia – também é possível dizer – a violência simbólica legítima[342] a favor da concepção de unidade de desígnios do Estado (integração total).

Especificamente com relação ao Supremo Tribunal Federal nesse período histórico de meados do século XX, nomeadamente as décadas anteriores à abertura democrática nos anos 80 (oitenta), é de se concordar com Martins Alves Jr. quando afirma que o país viveu verdadeira "mixórdia jurídica"[343]. Esse cenário decorreu da utilização, pelo regime militar, dos chamados "atos institucionais", figuras normativas desconhecidas pelo ordenamento jurídico da época e que fugiam a qualquer controle judicial.

---

339 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 124-125.

340 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz, 2. Ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, Cap. VIII.

341 Sobre a necessidade de integração total na visão de Francisco Campos analisada especificamente a partir da exposição de motivos dos Códigos de Processo Civil, ver: GUEDES, Jefferson Carús; PÁDUA, Thiago; OLIVEIRA, Clarice. Os Códigos de Processo Civil Brasileiros e Suas Exposições de Motivos como Promessas Milenaristas: Cruzada, Esperança, Fé e Salvação no Direito Processual. Em: **Civil Procedure Review**. v.9, n.2: may.-aug., 2018.

342 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz, 2. Ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, Cap. VIII.

343 ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, pp. 323-365.

Seguindo a pauta político-ideológica do pensamento autoritário, a edição dos atos institucionais foi concentrando e centralizando cada vez mais o poder no chefe do Executivo federal ao passo que foram esvaziadas as garantias institucionais dos poderes Legislativo e Judiciário. E é nesse contexto histórico e institucional que "a figura do Poder Judiciário aparece tímida e tacanha".[344]

Por fim, é de se reconhecer que nada obstante as grandes dificuldades impostas pelo regime militar e seus atos institucionais, fato é que, no dizer de Martins Alves Jr., o Supremo Tribunal Federal exerceu nessa "primeira fase do Golpe (31/3/64 até 13/12/68) (...) a jurisdição constitucional das liberdades"[345]. O autor cita, entre outros tantos, casos julgados pela Corte e que foram do desagrado dos setores militares, tais como o *habeas corpus* n. 40.910/1964 (relator ministro Hahnemann Guimarães), no qual a ordem foi concedida por se reconhecer a liberdade de expressão e de cátedra de um professor da Universidade Católica de Pernambuco, da cadeira de introdução à economia, e que havia distribuído aos seus alunos um panfleto com apoio às ideias comunistas; também o *habeas corpus* n. 41.296 (relator ministro Gonçalves de Oliveira), concedido em favor do Governador de Goiás, Mauro Borges, um desafeto do regime e que estava prestes a ser deposto por crime de responsabilidade sem a necessária e prévia avaliação por parte da Assembleia Estadual; também serviu de exemplo o *habeas corpus* n. 42.108 (relator ministro Evandro Lins e Silva), concedido em favor do ex-Governador de Pernambuco, Miguel Arraes, representativo líder das esquerdas e aliado de João Goulart.

Nada obstante esses exemplos de decisões do Supremo Tribunal Federal a impor verdadeiros "obstáculos ante a ação revolucionária"[346] e a afirmar sua jurisdição e a força do direito perante o regime militar em defesa de garantias básicas da cidadania, fato é que após a edição do ato institucional n. 5 (AI-5), recrudesceu a ditadura e a Corte foi posta em situação ainda mais dramática, notadamente com a aposentadoria compulsória de três de seus ministros.

Não apenas as aposentadorias compulsórias, que são reflexos evidentes do momento vivido, mas, de modo geral, o referido ato institucional suprimiu o poder da Corte e, nas palavras de Evandro Lins e Silva: "o Supremo – a expressão será muito forte – foi

---

344 ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 334.

345 ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 336.

346 ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 362.

castrado no seu poder de órgão que compõe o sistema dos três poderes independentes e harmônicos entre si."[347] Também um reflexo ilustrativo – e quase folclórico – do momento vivido pelo país foi o ato praticado pelo ministro Adauto Lúcio Cardoso que, ao final do julgamento da Reclamação n. 849, levantou-se, jogou a toga ao chão e abandonou o Supremo.[348] [349]

2.3 A visão de Moreira Alves sobre o Direito.

No dia 29 de maio de 1985 o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Moreira Alves, proferiu palestra na Escola Superior de Guerra com o título "Poder Judiciário no Brasil (problemas e soluções)"[350]. Na ocasião, lembrou que a crítica direcionada aos Tribunais é milenar[351] e que, muito embora os principais problemas dessa função pública já tenham desde há muito sido diagnosticados, até o momento não se lhes havia dado solução adequada.

Nada obstante essa constatação verdadeira, atualíssima e desanimadora, tentou, então, apontar algumas sugestões tendentes a melhorar o funcionamento do Judiciário. Inicialmente lembrando que não pode esse Poder seguir sendo o único caminho para

347 LINS E SILVA, Evandro. **O salão dos passos perdidos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, Ed. FGV, 1997, p. 407

348 ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 363; LINS E SILVA, Evandro. **O salão dos passos perdidos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, Ed. FGV, 1997, p. 407.

349 O rompante do ministro Adauto Lúcio Cardoso também foi narrado por Recondo e Weber, mas em um contexto comparativo com as discussões causadas no Supremo Tribunal Federal a conta da dura liderança exercida pelo ministro Moreira Alves. Nesse sentido, disseram: "Com Pertence, os embates eram corriqueiros. Moreira era um juiz conservador, indicado para o STF pelo governo militar, um civilista que interpretava a Constituição a partir do Código Civil. Dizia-se que era uma âncora que impedia que o Supremo evoluísse na concretização da nova Constituição. Já Pertence era um homem de esquerda, que a ditadura afastara do cargo de professor na Universidade de Brasília; tentava empurrar o tribunal na consolidação dos novos princípios e direitos previstos na Carta de 1988. Eram diferentes visões de mundo e de tribunal que se descortinavam. "*Nos meus primeiros meses no Supremo, cogitei ir embora*", lembrou Pertence. "*Até que um dia eu perdi mais a estribeira. Ele* [Moreira Alves] *me negou um aparte. Pedi data vênia. Ele disse que não tinha data vênia. Então eu disse que ele ia ouvir sem data vênia mesmo*", relatou. Tendo dito o que tinha a dizer, levantou-se, jogou a capa sobre a bancada e deixou o plenário. Moreira Alves se assustou. Logo lhe veio à cabeça a célebre cena do ministro Adauto Lúcio Cardoso, que em 1971 abandonou o plenário deixando a toga sobre o espaldar da cadeira e renunciando ao mandato. "*Eu só tinha ido fumar*", recordou Pertence. Terminada a sessão, Moreira voltou a seu gabinete e, ao fim do dia, telefonou para a casa de Pertence." Cf. RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, pp. 255-256.

350 A referida palestra foi publicada por jornal de grande circulação nacional, cf.: MOREIRA ALVES, José Carlos. O Poder Judiciário no Brasil (Problemas e soluções). **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 13 jul 1985, p. 28.

351 Lembrou o ministro do gênio cômico de Aristófanes que, em "As Vespas", tinha em Philócleon uma personagem que consubstanciava o protótipo do juiz ridículo. Citou, da referida obra, a seguinte passagem: "Que há de mais feliz, de mais afortunado, do que um juiz? Que vida é mais deliciosa que a sua? Que vim é mais temido, sobretudo quando idoso?"

a solução dos conflitos de interesses, razão pela qual entendeu pertinente a promoção da arbitragem como método de resolução de conflitos, notadamente para conflitos empresariais de alta complexidade.

Especificamente sobre temas processuais, sugeriu a revisão do sistema recursal então em vigor (1985), pois havia "recursos em demasia". Do mesmo modo entendeu necessário o aperfeiçoamento dos meios de comunicação processual, de modo que citações, intimações e cartas precatórias pudessem correr com maior agilidade. Em matéria de nulidades processuais, defendeu uma releitura desse sistema a partir do reforço do princípio *pas de nullitè sans grief*. No mesmo sentido, também entendeu necessário, de modo a contribuir com o desafogo da justiça, o encarecimento das despesas processuais como um fator de inibidor do ajuizamento de causas acompanhado com um sistema de seguros – citou como exemplo o caso do sistema judiciário alemão – capaz de afastar o argumento de que esse encarecimento traria uma espécie de denegação do acesso à justiça. Por fim, ainda em temas de processo, defendeu a imperativa necessidade de que juízes e tribunais de todo o país se pautem pelos precedentes[352] pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Algumas medidas podem reforçar a ideia de um perfil conservador (redução do sistema recursal e releitura do sistema de nulidades, por exemplo[353]) ao passo que outras sugerem um Jurista bem-informado sobre as necessidades de seu tempo e com olhos voltados ao futuro, como no caso da arbitragem e nos métodos alternativos de resolução de conflito que hoje são realidade bem difundida no sistema judicial brasileiro.

Fato é que todas essas sugestões – apresentadas antes mesmo do regime de 1988 – estão direcionadas intencionalmente para a melhora e racionalização dos trabalhos judiciais. Racionalização essa que assume maior importância quando, tal como fez o ministro Moreira Alves, se entende o Poder Judiciário como garantidor da segurança jurídica, viabilizadora da geração de riquezas de um país. Nomeadamente por essa

---

352 Não ignoramos que de modo geral o tema dos precedentes e da jurisprudência, a rigor, não é um tema processual, mas, antes, de teoria geral do direito e, ainda mais especificamente, de fontes do direito. Nada obstante, citamos o tema dos precedentes e da jurisprudência como um tema processual pois, no Brasil, há certo deslocamento dessa temática para dentro do processo civil. Deslocamento que parece ser definitivo com o advento do Código de Processo Civil de 2015, especialmente em seus artigos 926 e 927.

353 Sobre o tema do pensamento autoritário brasileiro e de estruturas processuais compatíveis como esse enquadramento político-ideológico, já tivemos oportunidade de escrever em: GUEDES, Jefferson Carlos Carús; FERREIRA, Fábio Luiz Bragança. A atualidade do pensamento autoritário no Brasil no caso das 10 (dez) medidas contra a corrupção: uma visão do direito a partir de Francisco Campos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Minas Gerais: Belo Horizonte (No Prelo – Aceito para Publicação).

razão que defendeu a importância em destinar recursos suficientes para o adequado aparelhamento estrutural do Judiciário.

Por fim, como último argumento apresentado na referida palestra, manifestou pela necessidade de que se compreenda o Supremo Tribunal Federal não como instância revisora, mas como verdadeiro "Tribunal da Federação" e que deveria adotar método similar ao da Suprema Corte norte-americana para julgar apenas as questões que entendesse efetivamente relevantes para a preservação da unidade do direito nacional e a viabilização do Estado federal.

Ainda sobre a visão do ministro Moreira Alves sobre o Supremo, é célere a passagem do voto do ministro Paulo Brossard por ocasião do mandado de segurança n. 20.941/DF (relator ministro Aldir Passarinho), na qual, em explicação de voto, questiona a afirmativa de que o Supremo Tribunal Federal está acima dos demais Poderes. Observe-se:

> Não vou discutir o caráter criminal do impeachment, como assevera S. Exª. É ponto de vista seu, e não é original. São conhecidas as opiniões nesse sentido. É velho e já foi exaustivamente refutado. Mas o eminente Ministro MOREIRA ALVES, fez uma assertiva que me parece duvidosa. S. Exª. diz que o Supremo Tribunal está acima dos demais Poderes. Não está. Creio que cada um dos Poderes, no tocante à sua competência privativa, é superior aos demais, exatamente porque a competência é dele e não dos outros Poderes.

Na ocasião, o ministro Paulo Brossard se colocava contrário ao pedido apresentado na ação mandamental pois entendia consistir em pretensão de que "o Judiciário pratique ou mande praticar ato que é da exclusiva competência da autoridade legislativa praticar, parece-me manifestamente injurídico." Daí a concluir: "entendo que o Judiciário deve ser cauteloso ao aproximar-se de um terreno, que não é o seu."

A discussão, portanto, quedou-se em saber se o Supremo Tribunal Federal teria ou não jurisdição para o caso de um mandado de segurança em que, considerando o fato de que o Presidente da Câmara dos Deputados deixou de receber denúncia contra o Presidente da República, pediu-se a segurança para garantir o prosseguimento do processo de impeachment.

A bem da verdade, muito embora a assertiva do ministro Paulo Brossard de que o ministro Moreira Alves teria dito que o Supremo estaria acima dos demais Poderes, fato é que não encontramos, na íntegra do acórdão do MS 20.941, nenhuma passagem na qual isso tenha sido dito, ao menos de forma expressa como seria de se imaginar. O que efetivamente foi defendido pelo ministro Moreira Alves foi a existência de

jurisdição do Supremo Tribunal Federal na hipótese dos autos, como se observa da seguinte passagem:

> O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES: - Sr. Presidente, entendo que temos jurisdição, quando se trata de verificar se a constituição foi, ou não violada.
> No caso, conheço do presente mandado de segurança porque tem ele por objeto garantia individual que se defende perante esta Corte. Então, acho que podemos examinar o mandado de segurança para verificar – aí, sim – se há legitimação ativa, e se é caso de o Supremo Tribunal Federal realmente poder determinar se se trata, ou não, de ato político; se há problema de mero procedimento, ou não.
> O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: - Não afasta, sequer, a impossibilidade jurídica do pedido?
> O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES: - Não. Isso é outro problema!
> O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: - É um passo além, mas muito próximo.
> O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES: - Entendo que temos jurisdição para examinar o mandado de segurança, para dizer se já uma impossibilidade jurídica, para ver até onde vai o nosso poder de guarda da Constituição.

Ao final, acompanhando o ministro Octávio Gallotti, o ministro Moreira Alves concedeu em parte a segurança para invalidar o despacho do Presidente da Câmara dos Deputados sob o argumento que teria sido proferido mediante invasão da competência do Plenário daquela Casa Legislativa.

Nada obstante essa ressalva feita com relação ao mandado de segurança n. 20.941, fato é que 10 (dez) anos antes, por ocasião o mandado de segurança 20.257/DF, efetivamente o ministro Moreira Alves afirmou a superioridade do Supremo Tribunal Federal face aos demais Poderes quando no exercício de suas funções de guarda e observância da Constituição. O que fez nos termos a seguir:

> E cabe ao Poder Judiciário – nos sistemas em que o controle de constitucionalidade lhe é outorgado – impedir que se desrespeite a Constituição. Na guarda da observância desta, está ele acima dos demais Poderes, não havendo, pois, que falar-se, a esse respeito, em independência dos Poderes. Não fora assim e não poderia ele exercer a função que a própria Constituição, para a preservação dela, lhe outorga.

Posição essa que, segundo nossa leitura, não diverge, em essência, do argumento defendido pelo ministro Paulo Brossard no sentido de que cada um dos Poderes, no

tocante à sua competência privativa, é superior aos demais, exatamente porque é competência dele e não dos demais.

A afirmativa – que nada tem de polêmica – de que o Supremo Tribunal Federal excede aos demais Poderes quando da guarda e interpretação da Constituição, nos leva até um outro ponto que nos parece relevante na forma em que Moreira Alves vê e compreende não só o Direito, mas como o próprio exercício da jurisdição constitucional deve ser exercido. Nos referimos à ideia de "prudência" que permeou sempre o exercício da sua jurisdição constitucional. A esse propósito, veja-se passagem de breve artigo escrito por Rodrigo Kaufmann[354]:

> É difícil encontrar colocações assertivas de Moreira Alves sobre sua visão de Constituição. Não era constitucionalista e, portanto, não achava adequado ou útil formulações muito teóricas nesse tema. A construção de sua mentalidade, portanto, é mais viável por meio de sua postura diante dos casos, de suas próprias preocupações institucionais, de sua posição consequencialista e prudente e de afirmações soltas em plenário (já que nunca falava à imprensa ou em ambiente não acadêmico ou jurisdicional). Mas o desenho é claro: a Constituição é um garantidor de instituições, um instrumento para se conservar aquilo que a história e a tradição nos entregaram como legado. A estabilidade política e a segurança são os valores que devem servir como linha mestra da interpretação constitucional, deixando para o espaço democrático e político a dimensão maior da discussão acerca de novos direitos e deveres. Em matéria de Constituição – e, por consequência, de Supremo Tribunal Federal – palavras como "prudência", "cautela", "estabilidade", "instituições" tinham muito mais pertinência e primazia do que termos como "justiça", "direitos", "princípios", "valores". Era certamente uma visão conservadora. Como símbolo dessa concepção de que "justiça" ou "direitos" não fazia parte do núcleo da atividade da corte, Moreira Alves dizia com frequência, especialmente quando queria explicar a famosa Súmula 400 do STF que "*No Supremo, não se faz justiça quando se quer, se faz justiça quando se pode*." [355]

Prudência essa que não foi empecilho para a implementação no Supremo Tribunal Federal, sob a liderança de Moreira Alves, de uma consistente jurisprudência constitucional que solidificou e deu os contornos fundamentais para um sistema de

---

354 Não se sabe até que ponto tem relevância o fato de Rodrigo Kaufmann ter exercido a função de Chefe de Gabinete do ministro Moreira Alves. Nada obstante essa dúvida, a proximidade e relação de confiança que tradicionalmente existem entre ministros e agentes políticos de modo geral e seus respectivos chefes de gabinete é circunstância que sugere uma leitura mais atenta sobre as manifestações desses últimos.

355 KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. A grande dicotomia: o STF entre as visões de Moreira Alves e Sepúlveda Pertence. **Revista Consultor Jurídico**, 24 ago 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-ago-24/grande-dicotomia-stf-entre-moreira-alves-sepulveda-pertence; último acesso em: 02.03.2021.

controle de constitucionalidade que, mesmo após a Constituição de 1988, era ainda muito incipiente.

Sobre o tema, temos a incontornável obra de Gilmar Mendes intitulada "Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil"[356] na qual o constitucionalista, após uma longa introdução em que analisa as especificidades do nosso sistema de controle de constitucionalidade sob a luz das decisões do Supremo Tribunal Federal, apresenta um apanhado de precedentes a partir dos quais a jurisprudência sobre determinados temas foi se conformando e desenvolvendo, sempre com especial participação e liderança do ministro Moreira Alves.

Apenas a título exemplificativo, veja-se alguns dos temas que são desenvolvidos na referida obra doutrinária: a identificação da natureza objetiva do processo do controle de constitucionalidade abstrato (Rep. n. 1.016/SP, rel. min. Moreira Alves, DJ 26.10.1979; Rep. n. 1.405/AC, rel. min. Moreira Alves, DJ 1.7.1988); a omissão inconstitucional (MI n. 107, rel. min. Moreira Alves, DJ 2.8.1991; e MI n. 232, rel. min. Moreira Alves, DJ 27.2.1992); a definição da eficácia *erga omnes* da decisão proferida em controle abstrato (Parecer do ministro Moreira Alves, de 11.11.1975, DJ 16.5.1977); a interpretação conforme e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (Rep. n. 948, rel. min. Moreira Alves, DJ 18.3.1977; ADI n. 319, rel. min. Moreira Alves, DJ 30.4.1993); o controle de constitucionalidade de lei municipal nos planos federal e estatual (Rcl. n. 383, rel. min. Moreira Alves, DJ 21.5.1993); a ação declaratória de constitucionalidade (QO-ADC n. 1, rel. min. Moreira Alves, DJ 16.6.1995); a utilização da razoabilidade e da proporcionalidade como parâmetro de constitucionalidade de leis (Rep. n. 1.077, rel. min. Moreira Alves, DJ 28.9.1984), tema que posteriormente assumiria grande relevo na dogmática em torno da restrição de direitos fundamentais.

Como se vê, são todos temas da mais absoluta relevância para a doutrina do controle de constitucionalidade e que, em maior ou menor medida, tiveram contribuição da jurisdição constitucional de Moreira Alves. Contribuição feita sempre a partir de um perfil por muitos considerado mais técnico e menos político – político no sentido de não ser alinhado a nenhuma corrente política.[357]

---

[356] MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

[357] FONTAINHA, Fernando de Castro; PAULA, Christiane Jalles de; ALMEIDA, Fábio Ferraz de (orgs.) **História oral do Supremo** (1988-2013), v.13: Moreira Alves. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 51.

2.4 Conclusões parciais

Temos aqui como premissa que a compreensão sobre o Direito e seu papel no desenho institucional no país durante o período que antecedeu a redemocratização estava perpassado por uma concepção "estatizante", no sentido de que o funcionamento das instituições deveria viabilizar a unidade de desígnios do Estado (integração total).

A chamada abertura democrática, que teve na Assembleia Nacional Constituinte e na nova Constituição seu ponto máximo, representou um período delicado de transição e pressupôs que, de uma hora para a outra, a composição da Corte passasse a ter um novo norte: a Constituição de 1988. Sabe-se, inclusive, que os membros da Corte acompanhavam de perto e participavam dos diálogos institucionais; alguns, inclusive, manifestando ressalvas sobre a condução ou necessidade da Constituinte.[358]

Essas circunstâncias históricas e institucionais certamente exigiram maior cuidado e prudência do Supremo Tribunal Federal no manuseio da nova Carta. Cuidado e prudência que, naturalmente, acompanham os ministros no decorrer de suas carreiras constitucionais, não sendo adequado imaginar que em um "virar de chaves" ou um virar a página do calendário seja suficiente para que toda uma experiência histórica seja repaginada de acordo com o novo regime.

Assim, consideradas essas circunstâncias, perde muito de sua força a afirmativa de que o ministro Moreira Alves seria "uma âncora que impedia que o Supremo evoluísse na concretização da nova Constituição."[359] Talvez melhor seja considerá-lo como uma força que, pelas peculiaridades de seu perfil pessoal e do contexto histórico no qual

---

358 "Os ministros do STF adotavam posições de centro às de direita ao encarar com reservas a Constituinte. Visavam preservar o STF de mudanças mais profundas e retomar a liderança que eles tinham perante os demais juízes ao promover as próprias demandas. Em fevereiro de 1985, falavam em "possíveis reformas constitucionais", com as quais os juízes deveriam colaborar junto às autoridades políticas, num "momento de reencontro do país com a plenitude do direito e com as aspirações democráticas"10. O novo presidente do STF, Moreira Alves, considerava o momento "delicado", pois o país ingressava em "nova fase política", na qual se apresentavam todo tipo de dificuldades, aspirações, expectativas. Ressaltava a excelência do STF e reafirmava a agenda das últimas décadas: o problema era a crise do STF causada pelo número excessivo de processos, contra o qual as reformas adotadas teriam resultado positivo. O STF tinha a visão integral do Judiciário, cujos problemas "não se enfrentam com diletantismos, muito menos com experimentações, jamais com os olhos postos no aplauso imediato". Em maio de 1985, o ministro Oscar Corrêa considerava injustificada a Constituinte, pois não havia ruptura da ordem jurídica. Seria justificada apenas a reforma da Constituição, pois o problema central não era o texto, mas sim sua inexecução. A proposta de constituinte deveria ser desmistificada, como um slogan com fins ideológicos e demagógicos. O ministro Néri da Silveira adotava a perspectiva da continuidade ao lembrar que o STF poderia ser provocado para julgar a legitimidade jurídica da convocação da Constituinte. O Estado existente poderia se opor à elaboração de Constituição nova até esta que fosse promulgada, quando seria a completa desconstituição de todos os poderes constituídos." Cf. KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. **Lua nova**: revista de cultura e política (88), 2013.

359 RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 197; ver, também, na mesma obra, p. 255.

estava imerso, liderou a Corte de forma segura, técnica e sem permitir a abertura de espaços para arroubos institucionais.

3. O Brasil e o STF na judicatura de Ayres Britto

Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto nasceu em 18 de novembro de 1942, na cidade de Propriá, Estado de Sergipe. Filho de João Fernandes de Britto e D. Dalva Ayres de Freitas Britto.

Iniciou na advocacia tão logo bacharelou-se em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe, em 1966. Chegou a integrar o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, de 1993 a 1994, sendo membro da Comissão de Constituição e Justiça do órgão nos períodos de 1995/1996 e 1998/1999.

Tornou-se mestre (1982) e doutor (1998) em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Em seu estado natal, exerceu uma série de cargos públicos, entre os quais destacamos: Consultor-Geral do Estado (15/3/1975 a 15/3/1979); Procurador-Geral de Justiça (15/3/1983 a 27/4/1984); Procurador do Tribunal de Contas (1978 a 1990); e Chefe do Departamento Jurídico do Conselho de Desenvolvimento Econômico do Estado – CONDESE (1970 a 1978).

Dedicou-se à docência. Foi professor de Direito Constitucional da Faculdade Tiradentes, em Aracaju, de 1980 a 1983; professor de direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe - UFS, de 1973 a 1976 e de 1990 em diante; professor de direito administrativo da mesma faculdade, de 1976 a 1983; professor de direito constitucional, como assistente do professor Michel Temer, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP, em 1981; professor de teoria do estado, de 1993 a 1999, e de ética geral e profissional, em 2000 e 2001, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe. Também deu aula em pós-graduações, entre as quais na Universidade Federal de Sergipe (1993 a 2000), no mestrado da Universidade Federal do Ceará (1999), em alguns cursos de especialização da Universidade Federal de Santa Catarina, em convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil. Participou de bancas de mestrado e doutorado em diversos Estados da federação, especialmente no Paraná, na Bahia, em Sergipe, no Ceará e no Distrito Federal. Atualmente é professor do mestrado e do doutorado do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Participa ou já participou, como sócio fundador, de diversos institutos, tais como: o Instituto de Defesa das Instituições Democráticas (IDID), a Associação Brasileira

de Constitucionalistas Democratas (ABCD), do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC), do Instituto Sergipano de Estudos da Constituição (ISEC) e do Instituto Sergipano de Direito Administrativo (ISDA). É sócio, também, do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) e do Instituto Brasileiro de Direito Municipal (IBDM).

Publicou uma série de obras jurídicas, entre os quais destacamos: a Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais, em parceria com Celso Ribeiro Bastos (1982, Editora Saraiva), O Perfil Constitucional da Licitação (1997, Editora ZNT, Curitiba), Teoria da Constituição (Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003), e O humanismo como categoria constitucional (Fórum, 2012). Entre os artigos jurídicos, destacamos: "A Supremacia do Poder Executivo da União na Partilha Constitucional de Competências", Revista Vox Legis, pp. 17/25, 1980; "Distinção Entre Controle Social do Poder e Participação Popular", Revista de Direito Administrativo da FGV, vol. 189, 1992; "Inconstitucionalidade do Plebiscito sobre a Pena de Morte", Revista de Direito Público, vol. 100, RT, 1991; "Direitos Subjetivos e Prerrogativas Constitucionais", Revista de Direito Público, vol. 90, RT, 1990; "Direito de Propriedade", Revista de Direito Público, vol. 91, RT, 1990; "A Privatização das Empresas Estatais à Luz da Constituição", Revista Trimestral de Direito Público, vol. 12, pp. 125/133, 1995; "Regime Constitucional da Correção Monetária", Revista Trimestral de Direito Público, vol. 14, pp. 5/18, 1986.

Realizou conferências e palestras sobre matéria jurídica no país e no exterior, havendo participado de uma infinidade de simpósios e congressos, também no Brasil e no exterior.

É membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, ocupando a cadeira de n. 17. Também é membro da Academia Sergipana de Letras, havendo publicado os seguintes livros de poesia: Teletempo (Ed. do autor, 1980); Um lugar chamado luz (Ed. do autor, 1984); Uma quarta de farinha (Editora ZNT, Curitiba, 1998); A pele do ar (Gráfica e Editora J. Andrade, Aracaju, 2001); Varal de borboletras (Gráfica e Editora J. Andrade, Aracaju, 2003) e Ópera do Silêncio (Editora Fórum, Belo Horizonte, 2005).

Muito embora não conste que tenha ocupado cargo eletivo, é digno de registro o fato de ter sido o candidato do PDT a prefeito de Aracaju, em 1985, e do PT a deputado federal, no ano de 1990. Em 2002 tentou, mas nas convenções não obteve a inficação do partido (PT) para a candidatura ao Senado Federal. Circunstâncias que

levaram a Folha de São Paulo a qualificar o então recém indicado ao Supremo Tribunal Federal como de "forte perfil político"[360].

Foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, por decreto de 5 de junho de 2003, na vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Ilmar Galvão. Aposentou-se por Decreto de 14 de novembro de 2012. Exerceu a Presidência do Supremo Tribunal Federal para o biênio de 2012-2014, não chegando a encerrar o período por conta da aposentadoria.

3.1 A construção do pensamento democrático constitucional brasileiro: o caminho de uma teoria político ideológica

Como visto acima, o final do século XX e início do século XXI foi particularmente importante para o desenvolvimento e ascensão de Ayres Britto ao Supremo Tribunal Federal, o que ocorreu em 2003. Assim, do mesmo modo que no item 1.1 acima, aqui também se parte da premissa de que a vivência nesse período histórico deixou suas marcas e influências naqueles que nele tenham efetivamente vivido e se desenvolvido. Nossa hipótese, seguindo a mesma lógica, é de que a referida quadra histórica foi marcada por uma corrente de pensamento político e ideológico marcadamente democrática e que tem início antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988. Corrente essa que se forma em um caldo cultural que tomou força a partir das reações promovidas ao regime militar ditatorial (autoritário) que antecedeu ao então novo regime de 88.

Antes de avançar sobre o cerne do presente tópico (elementos conceituais da ideologia da democracia constitucional) é pertinente fazer um comentário sobre um questionamento que, é de se confessar, nos pegou de surpresa. Entre os textos consultados nos deparamos com publicação de 1979 na qual se transcreveu o diálogo travado em mesa-redonda presidida por Djacir Menezes e composta pelos debatedores Silvio Meira, Machado Paupério e Antônio Paim, que, na ocasião, se propuseram a responder a seguinte questão: "*a democracia é uma ideologia?*"[361]

Surpresa, pois, nada obstante algumas dissidências, a tese central defendida foi a de que a democracia não poderia ser considerada uma ideologia. O argumento, no

[360] PERFIL: Advogado tentou vaga de deputado pelo PT em 1990. **Folha de S. Paulo**: São Paulo, 07/05/2003. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0705200310.htm; último acesso em: 30/06/2021.

[361] MENEZES, Djacir; et alli. A democracia é uma ideologia? **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, 22(4), out./dez., 1979, pp. 3-22.

mais das vezes, foi pela adoção de um conceito pejorativo de ideologia: "está a filosofia democrática calcada em postulados que são a própria honra do homem e sua mais alta razão de existir. A ideologia prostitui, porém, tais princípios. Ideologias políticas são assim fascismo, bolchevismo e quaisquer outros regimes totalitários (...)" [362]

Não se desconhece a dificuldade e falta de consenso que existe em torno da conceituação de ideologia.[363] Nada obstante essa circunstância – que não pode ser paralisante –, temos aqui como premissa que, mesmo sem o qualificador *constitucional*, nos parece fora de dúvida que democracia pode sim ser tida como uma forma de ideologia. Temos, acaso se queira utilizar classificação de *ideology* proposta por David Easton, que existe uma linha de interpretação desse conceito no sentido de se reconhecer como um conjunto de ideias legitimantes e que se destina a sustentar o regime político, assim como o direito de governar que é dado aos governantes.[364] Classificação conceitual que acomoda sem maiores problemas o pensamento democrático.

Também se pode adotar a classificação de Mario Stoppino, a partir da qual é possível distinguir o significado forte e o significado fraco de ideologia. Sendo este último um sistema de crenças políticas, de ideias e valores que dizem respeito à ordem pública e que tem como função orientar o comportamento público coletivo. [365] Trata-se, sob esse significado específico, de um conceito que prescinde do caráter mistificante e deletério para compreensão da palavra ideologia e que, justamente por essa razão, permite o enquadramento do ideal democrático como uma forma de ideologia, de um pensamento ideológico e político. Sistema de ideias que se fundamenta, basicamente, a partir do reconhecimento, por parte dos Poderes constituídos, da vigência plena da soberania popular e na qual se instituem mecanismos aptos a dar funcionamento para essa soberania, tais como o voto direto, secreto e com igual peso para todos,

---

362 PAUPÉRIO, Machado; et alli. A democracia é uma ideologia? **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, 22(4), out./dez., 1979, p. 10

363 "It is common for sociological discussions of ideology to begin by acknowledging, if not bemoaning, the plurality of different ways of using the term "ideology" (Eagleton 1991). Marx and Engels used it to denote the most abstract conceptions that populate an imaginary world of ideas independent of material life; later Marxists often used it to denote a conspiratorial ideational wool pulled over the eyes of the masses; political scientists use it to denote packages of positions, often believed to be unifiable in a single preferred optimal state, and, of course, many of us use it to denote the beliefs, attitudes and opinions of those with whom we disagree.
A conventional solution in sociology to these problems comes from our nominalist epistemology—that is, we tend to assume that general theoretical terms must be created by the analyst and are heuristic devices used to greater or lesser success in particular analyses. Thus we assume that each investigator is basically free to choose how to define his or her terms, and the worst that we can say regarding a particular case is that the definitions didn't help much." Ver: MARTIN, John Levi. What is ideology? **Sociologia, problemas e práticas**, n. 77, 2015, pp.9-31

364 EASTON, David. **A systems analysis of political life**, New York 1965, pp. 285-292.

365 STTOPINO, Mario. Verbete: Ideologia. Em: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**, v. 1, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11 ed., 1998, pp. 585-597.

os plebiscitos, os referendos e iniciativa popular; sistema que, do mesmo modo, vê como imprescindível o pluralismo político, que opera a partir da livre organização dos partidos políticos, que servem como instrumentos de expressão, de organização e de canalização da vontade popular, e que, enfim, deverá conviver com regramentos que pretendem proteger a normalidade e legitimidade das eleições (*v.g.* a lei complementar n. 64/1990, que regulamenta as hipóteses de inelegibilidades).[366]

Assim, o pensamento ideológico e político democrático faz parte não só da história recente do país, mas, em alguma medida, de todo o nosso desenvolvimento. História que, como bem pontua Gildo Marçal Brandão ao escrever sob as perspectivas da nossa formação nacional, demonstra que a vida ideológica brasileira, muito embora descontínua e sujeita a ciclos, possui uma gama de correntes reconhecíveis ao longo do tempo. Correntes essas que, a partir de um grau razoável de generalização, possuem um sentido e configuram, cada uma a seu modo, um sistema, uma linha de pensamento político.[367]

Daí a nossa afirmativa de que o pensamento democrático e, ainda mais especificamente, o pensamento democrático constitucional brasileiro, marcado – como se verá – por determinados elementos identificadores claros e reconhecíveis, pode ser considerado uma corrente de pensamento político ideológico e que, desde a década de 80 do século passado vem se sagrando vencedora e estabilizadora do nosso sistema político como um todo.

Utilizar a expressão "constitucional" para qualificar a democracia implica em uma série de consequências. A democracia, que de modo geral – e a partir de seus princípios e valores fundantes – opera a partir da regra da maioria, ao ser adjetivada de constitucional deve se conformar com um regramento que irá racionalizar a vontade das maiorias a partir da lógica da proteção e da promoção dos direitos fundamentais. Essa imersão valorativa (constitucional) que é feita com a democracia pode receber o nome de constitucionalismo, cuja ascensão no século XX, como bem apontado por Bruce Ackerman, trouxe a promessa de limites ao exercício do poder (*limited government*).[368]

---

366 SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 288-289.

367 BRANDÃO, Gildo Marçal. Linhagens do pensamento político brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 48, n. 2, 2005, pp. 244-245.

368 Especialmente sobre os limites ao exercício do poder (governo) como a principal promessa do constitucionalismo, diz o constitucionalista norte-americano: "Turn back the clock sixty years, and glimpse into the future: What were the prospects for constitutionalism as they might have appeared in the late 1930s? What was the potential for judicial reviews? Grim. The Weimar Constitution had crumbled, as had Austria's ingenious experiment with judicial review. Neither the French nor the English ever had much faith in the power of written constitutions to constrain democratic politics. Nor did a century of Latin American experience suggest anything

A doutrina brasileira segue, de modo geral, o mesmo raciocínio ao apontar o constitucionalismo como um movimento cuja expectativa era estruturar uma forma de controlar racionalmente e a partir de determinados princípios axiológicos o exercício do poder. Vejamos o que, com certo tom blasé, afirma José Afonso da Silva:

> Não raro se fala em constitucionalismo da Antiguidade e constitucionalismo medieval, mas essas expressões constituem abuso de um conceito que é moderno e preciso. Por "constitucionalismo" só se deve entender o movimento político, filosófico, cultural, voltado para a conquista de documentos constitucionais em que se fixam princípios liberais-democráticos. O constitucionalismo, pelo visto, nasceu como meio de limitar a ação do poder e garantir a vigência dos direitos da pessoa humana, por meio de uma constituição escrita. O modo de ser do Estado, assim, ficava caracterizado racionalmente pelas formas que lhe desse uma constituição escrita como lei suprema.[369]

Limitar o exercício do poder e garantir da vigência dos direitos humanos (imprescindível para a proteção das minorias) a partir de uma lei suprema (constituição) que a todos submete. Esse parece ser o núcleo inegociável do constitucionalismo e, portanto, das democracias constitucionais contemporâneas. Trata-se de tema que aprofundaremos com mais detalhe no tópico seguinte. Por ora, basta registrar que a doutrina brasileira já demonstrava preocupações com o sistema constitucional que estava em gestação. Sobre a Constituição "democrática", vejamos o que dizia Geraldo Ataliba quando já em funcionamento a Assembleia Nacional Constituinte:

> A Constituição verdadeiramente democrática há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais que isso – por mecanismos que assegurem representação proporcional –, deve atribuir um relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas.
> (...)
> Na democracia, governa a maioria, mas – em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo, não pode oprimir a minoria. Esta exerce também função política importante, decisiva mesmo: a de oposição institucional, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas.
> O principal papel da oposição é o de formular propostas alternativas às

hopeful. Since Bolivar, generations of liberals south of the border had sought to copy the North American model - only to see its promise of limited government dissolve in caudillismo and class war. And in the United States, the Supreme Court was reeling and would not recover a sense of direction for more than a decade." Cf. ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitucionalism. **Virginia Law Review**, vol. 83, n. 4, 1997, p. 771.

369 SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 66.

> idéias e ações do governo da maioria que o sustenta. Correlatamente, critica, fiscaliza, aponta falhas e censura a maioria, propondo-se, à opinião pública, como alternativa. Se a maioria governa, entretanto, não é dona do poder, mas age sob os princípios da relação de administração.
> (...)
> Daí a necessidade de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, liberdade de ação e influência da minoria, para que se tenha verdadeira república.
> Pela proteção e resguardo das minorias e sua necessária participação no processo político, a república faz da oposição instrumento institucional de governo.
> (...)
> Se a maioria souber que – por obstáculo constitucional – não pode prevalecer-se da força, nem ser arbitrária nem prepotente, mas deve respeitar a minoria, então os compromissos passam a ser meios de convivência política.[370]

Mesmo antes do movimento de redemocratização constitucional dos anos 80 a doutrina nacional, ciente que um sistema democrático não prescinde de regulamentações à regra da maioria, já reconheciam que esse sistema de governo deve ser perpassado por princípios valorativos (axiológicos normativos), tais como a liberdade e a igualdade, assim como imprescindíveis mecanismos de proteção das minorias. Nesse sentido, afirmava Pinto Ferreira:

> A verdadeira idéia da democracia corresponde, em geral, a uma síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e dominação da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas, sem o que não se compreende a verdadeira democracia constitucional.
> A dominação majoritária em si, como o centro de gravidade da democracia, exige esse respeito às minorias políticas vencidas nas eleições. O princípio majoritário é o pólo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu pólo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia.
> O princípio democrático não é, pois, a tirania do número, nem a ditadura da opinião pública, nem tampouco a opressão das minorias, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas com o devido respeito aos direitos das minorias políticas, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia.
> A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar

[370] ATALIBA, Geraldo. Judiciário e minorias. **Revista de informação legislativa**, v. 24, n. 96, out./dez. 1987, p. 189-194.

> a natureza da democracia. STUART MILL já reconhecia essa impossibilidade, ainda no século transato: 'Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma opinião, não estaria a humanidade mais justificada em reduzir ao silêncio tal pessoa, do que esta, se tivesse força, em fazer calar o mundo inteiro'. Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas 'Considerations on Representative Government', quando fala da verdadeira e da falsa democracia ('of true and false Democracy'): 'A falsa democracia é só representação da maioria, a verdadeira é representação de todos, inclusive das minorias. A sua peculiar e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante entre maioria e minoria.[371]

Também nos anos 70 do século passado, Bruce Ackerman, em texto aqui já citado e no qual procurou fazer uma análise do constitucionalismo sob uma perspetiva ocidental e além América do Norte, comentando, nesse escopo, também sobre o contexto europeu e latino-americano, afirmava que a segunda metade do século XX trouxe uma fé iluminista nas constituições escritas. Sentimento esse que correu o mundo (*sweeping the world*)[372] e que, em bom tempo, chegou ao Brasil.

Independente da discussão sobre quem teria tido a iniciativa para a abertura democrática[373], fato é que se tratou de um processo lento e gradual, muito embora não tão seguro – como pretendiam os generais Ernesto Geisel e Golbery do Couto e

---

371 FERREIRA, Pinto. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 5 ed., tomo I, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971, pp. 195-196.

372 "Amidst all this wreckage, only England and its overseas dominions offered glimmers of light. In Canada and Australia, New Zealand and South Africa, Westminster democracy was not a lifeless form but a living reality. Yet the lessons to be learned from these successes were bittersweet. The English had never indulged the Enlightenment conceit that a formal constitution was necessary for modern government. It was their culture of self-government, their common sense and decency, that distinguished their evolving commitment to democratic principles - not paper constitutions and institutional gimmicks like judicial review. It took Englishmen centuries to evolve this culture at home, and only Englishmen had managed to transplant it to foreign shores. Indeed, most thoughtful Americans suspected that this Anglo-Saxon heritage largely accounted for their own success and that the elaborate contraption designed in Philadelphia was, if anything, na impediment to further democratic development.

Sixty years later, and how the world has turned. Even the British are debating the need for a newfangled constitution. It is almost politically incorrect to suggest that America's success is rooted in its Anglo-Saxon legal traditions. The Enlightenment faith in written constitutions is sweeping the world. Constitutional courts are powerful forces in Germany and France, Spain and Italy, Israel and Hungary, Canada and South Africa, the European Union, and India. Are we at the giddy top of a bull market or on the brink of world-wide hegemony?" Em: ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitucionalism. **Virginia Law Review**, vol. 83, n. 4, 1997, pp. 772-773.

373 "Logo depois de ser empossado na presidência da República, 1974, o general Ernesto Geisel deu indicações de que estava disposto a promover um lento retorno à democracia. São complexas as razões para o que se chamou de "abertura" política. Discutiu-se muito se ela partiu dos militares ou da pressão. Há evidência suficiente para se admitir que a iniciativa partiu do general e dos militares a ele ligados." Em: CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 19 ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 177.

Silva – e que, como era de se esperar, gerou grande desgaste não apenas nas oposições políticas e na sociedade civil organizada, mas dentro do próprio corpo militar.[374]

Nesse contexto em que se somam, por um lado, a chegada ao país com mais vigor da chamada fé iluminista que a comunidade internacional ocidental depositou nas constituições escritas (Bruce Ackerman) e, por outro, o tensionamento político-social que inevitavelmente se verificava após mais de 20 anos de ditadura civil-militar, é que Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, no dia 05 de outubro de 1988, afirma: "*temos ódio à ditadura. Ódio e nojo.*"[375]

Um período difícil da nossa história recente estava ficando para traz. Um novo ciclo se iniciava e eram, como se nota, enormes as esperanças depositadas na Constituição de 1988. Documento esse que carrega em si um traço ideológico muito próprio e

---

374 Sobre os conflitos internos nas Forças Armadas ao longo do processo de abertura, relatam Mota e Lopez o seguinte: "Geisel representava o grupo ilustrado da "Sorbonne militar" e tinha como proposta, explicitada em seu discurso de posse, a abertura "lenta, gradual e segura" do regime. Até porque a luta armada, os movimentos de guerrilha e as facções de esquerda já estavam liquidadas ou desarticuladas, e a pressão internacional e nacional em defesa dos direitos humanos aumentava a cada dia. Tal processo, em suas implicações a detalhes, foi examinado com acuidade e rigor por Elio Gaspari.
Abertura lenta e gradual proposta pelo presidente Geisel sofreu, entretanto, sério revés quando do assassinato do jornalista e professor Vladimir Herzog, em outubro de 1975, nos porões da ditadura em São Paulo, morte seguida, no início de 1976, pela do operário Manuel Fiel Filho, ambos os crimes cometidos em dependências do serviço de segurança do Exército (na rua Tutoia, em São Paulo). Jornalistas importantes foram barbaramente torturados e aviltados, como Duque Estrada, Rodolfo Konder e Paulo Markum, entre outros. Do mesmo modo, sofreu as maiores crueldades uma personalidade excepcional, como o mineiro Marco Antônio Coelho, membro do Partido Comunista e expoente de seu grupo-geração.
O fato é que as forças da extrema-direita mostravam-se vivas e muito bem articuladas, revelando sua frontal discordância das iniciativas do Palácio do Planalto, e até desafiando os gerentes da "abertura" Geisel e Goubery. Desagradava-lhes até mesmo o fato de Geisel ter sido o responsável pela retirada da censura dos jornais (o *Estado de São Paulo*, por exemplo, ficou seis anos sob censura). Momento culminante de um processo crescente de violências, aquela sequência de prisões, torturas e mortes provocou ampla mobilização da sociedade civil contra o regime.
Avizinhando-se o momento da sucessão do presidente Geisel, surge a articulação do ministro do Exército general Sílvio Frota, da chamada "linha dura". Foi sumariamente demitido por Geisel, com apoio das tropas, incluindo os paraquedistas comandados pelo general Hugo Abreu, chefe da Casa Militar. Frota acusara Geisel de coalescente com a subversão e publicou uma lista de 95 "comunistas" infiltrados no governo, entre eles, Delfim Neto..." Cf. MOTA, Carlos Guilherme; LOPEZ, Adriana. **História do Brasil**: uma interpretação. 5 ed., São Paulo: Editora 34, 2016, pp. 783-784.

375 "Chegamos! Esperamos a Constituição como o vigia espera a aurora. Bem-aventurados os que chegam. Não nos desencaminhamos na longa marcha, não nos desmoralizamos capitulando ante pressões aliciadoras e comprometedoras, não desertamos, não caímos no caminho. Alguns a fatalidade derrubou: Virgílio Távora, Alair Ferreira, Fábio Lucena, Antônio Farias e Norberto Schwantes. Pronunciamos seus nomes queridos com saudade e orgulho: cumpriram com o seu dever. A Nação nos mandou executar um serviço. Nós o fizemos com amor, aplicação e sem medo. A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério. A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia. Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina." Em: CÂMARA DOS DEPUTADOS. Íntegra do discurso do presidente da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: www.camara.leg.br; Acesso em: 19/04/2021.

que, no dizer de Sérgio Araújo, foi "uma resposta ao regime ditatorial vigente no país durante vinte anos (1964-1984)".[376] Traço ideológico que, no dizer do mesmo autor, é demonstração de fé no regime democrático e o estabelecimento de uma sociedade fraterna e sob a qual se faz necessária, com pleno respeito às liberdades individuais, uma atuação e intervenção de um Estado forte capaz não só de proteger, mas também de promover direitos do cidadão, notadamente os sociais.[377]

Ideologia constitucional que, ainda com Sérgio Araújo, impõe a tolerância – com o perdão do paradoxo. Nesse sentido, afirma o jurista mineiro: "Impõe-se a necessidade da formação de partidos políticos sólidos e com densidade ideológica em que são veiculadas posições e propostas dos mais variados matizes ideológicos. É a ideia de convivência amena, da tolerância religiosa, da liberdade intelectual (...) sem o execrável patrulhamento ideológico."[378]

Mais recentemente, Luís Roberto Barroso escreveu sobre o constitucionalismo democrático como sendo a "*ideologia vitoriosa do século XX*". Na ocasião, apontou que o conceito de democracia constitucional sintetiza em um único contexto teórico e político a ideia de soberania popular e governo da maioria (democracia) com a tradição liberal e seu ideal de poder limitado e de respeito aos direitos fundamentais (constitucionalismo). Defendeu a tese de tratar-se de ideologia vitoriosa ao compará-la com os regimes naufragados ao longo do século vinte, especialmente o marxismo-leninismo, o fundamentalismo islâmico e os regimes militares latino-americanos. [379]

A ideologia vitoriosa, prossegue Barroso, tem na Constituição o seu documento político-jurídico central e que não apenas limita o exercício do poder, mas impõe deveres de atuação. Especialmente no que refere ao caso brasileiro, o constitucionalista fluminense apontou três grandes conquistas dela decorrentes: (i) estabelidade institucional; (ii) estabilidade monetária; e (iii) inclusão social.[380]

Especificamente sobre a jurisdição constitucional e o papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal, destacou que nos primeiros anos de vigência da Constituição de

---

376 ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. O Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. **Revista de Informação Legislativa**, n. 143, jul/set, 1999, p. 6.

377 ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. O Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. **Revista de Informação Legislativa**, n. 143, jul/set, 1999, pp. 10-11.

378 ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. O Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. **Revista de Informação Legislativa**, n. 143, jul/set, 1999, p. 12.

379 BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 14-36.

380 BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 20-22.

1988 o Tribunal foi relutante em assumir seu papel de intérprete maior do texto constitucional. Vejamos:

> O regime militar se estendeu de 1964 a 1985. Nesse período, sobretudo após o Ato Institucional nº 5, o direito constitucional deixou de ter qualquer papel relevante. Com a redemocratização e a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, teve início a luta pela conquista de efetividade pelas normas constitucionais. Como dito, parte do problema institucional brasileiro era a existência crônica de um constitucionalismo de fantasia, que incluía na Constituição promessas que não seriam cumpridas.
> Os primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 envolveram o esforço da teoria constitucional para que o Judiciário assumisse o seu papel e desse concretização efetiva aos princípios, regras e direitos inscritos na Constituição. Pode parecer óbvio hoje, mas o Judiciário, mesmo o Supremo Tribunal Federal (STF), relutava em aceitar esse papel. Ao longo da década de 90, essa disfunção foi sendo progressivamente superada e o STF foi se tornando, verdadeiramente, um intérprete da Constituição.[381]

Até aqui nos basta para ter como bem sedimentada a tese exposta no início do presente tópico no sentido de que a democracia constitucional brasileira consubstancia uma viga do pensamento político e ideológico brasileiro com contexto histórico e com elementos conceituais e teóricos próprios.

Por fim, lembramos que Paulo Bonavides, em conferência perante a Academia Piauiense de Letras, ocorrida em 27 de julho do ano de 2000, ao ponderar que a Constituição Federal de 1988 é "a melhor das Constituições brasileiras de todas as nossas épocas constitucionais", concluiu que o constitucionalismo tem sido a "grande jornada do pensamento político"[382] dos povos vocacionados aos regimes e governos democráticos e representativos.

Desse modo, considerando o que até aqui foi dito, é possível concluir que o período histórico no qual estava culturalmente imerso Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto foi conformado sob a influência do pensamento ideológico democrático constitucional que, concorrendo com outros tantos, se desenvolveu com bastante vigor no Brasil e – e nisso é evidente a concordância com Barroso –, até o momento, é a ideologia vitoriosa não só no século vinte como também nessas primeiras décadas do século XI.

---

[381] BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 19-20.

[382] BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos Avançados**, v. 14, n. 40, p. 155-176, 2000. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9553. Acesso em: 25 jul. 2021.

3.2 O papel do direito na contemporânea democracia constitucional brasileira

Se nos for permitida a digressão, é pertinente iniciar rememorando um conceito histórico de democracia decorrente da sabedoria de Heródoto, o grego, suas primeiras fontes. Passam por Platão (*A República/Político*) e Aristóteles (*Política*), até que, na Idade Média, Renascimento e Idade Moderna a classificação trifásica (*monarquia / aristocracia / democracia*) das formas de governo torna-se tradicional entre quem pensa o assunto. Isso é o que nos ensina Abbagnano.[383]

Se as reflexões sobre democracia como forma de governo são tão antigas quanto a *ágora*¸ a "democracia dos modernos" tem imposições estruturais, como a necessidade de um sistema representativo, e exigências bem específicas quanto à necessidade de visibilidade do Poder (*publicidade/transparência*) pela liberdade de imprensa, pela acesso público às sessões parlamentares, pelas manifestações dos representantes políticos veiculadas em mídia de massas, tudo a emprestar graus de legitimidade democrática ao corpo de representantes eleitos.[384]

A própria etimologia da palavra democracia indica o exercício da cidadania[385] pelo *povo* como um de seus elementos fundantes, pois não apenas qualifica o indivíduo como participante ativo (integrado) da vida pública, mas também sugere que o "funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. " [386]

Aieta indica alguns princípios fundamentais que, a despeito do feixe conceitual, estariam em qualquer definição contemporânea de democracia, quais sejam: a valorização do indivíduo e da personalidade humana, a existência e proteção (efetiva, acrescentamos) aos direitos fundamentais, e a tolerância à diversidade política.[387] Em outras palavras: democracias são aqueles regimes em que o texto constitucional sobrevive com a manutenção das regras do jogo, com a alteração do poder e a impessoalidade a garantir a atuação dos diferentes grupos sociais e políticos sem que os derrotados sejam *eliminados* do debate público, tudo isso da forma menos coercitiva

383 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 486-488.

384 AIETA, Vânia Siciliano. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Coord. Vicente de Paulo Barreto. Verbete: Democracia. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 192.

385 Sobre o exercício da cidadania pelo *povo* como fator de robustecimento da legitimidade de regimes democráticos, ver: FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade**: uma introdução à Política do Direito. São Paulo: Editora Perspectiva, 1978, pp. 62-ss.

386 SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 676.

387 AIETA, Vânia Siciliano. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Coord. Vicente de Paulo Barreto. Verbete: Democracia. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 193.

possível.[388] Goyard-Fabre, por sua vez, apresenta os *parâmetros fundamentais* para a formação da instituição democrática: trata sobre os procedimentos de representação política, sobre o exercício de um poder que não pode existir sem a anuência do povo, e sobre a Constituição da liberdade que, delimitando os poderes públicos, garante o respeito da legalidade.[389]

Sobre a questão da representação política afirma que, não obstante reconhecer que não exista identidade perfeita entre democracia e representação, o entendimento de que governantes devem agir no lugar e em benefício dos governados, de quem recebem seu mandato, é um dos axiomas centrais da teoria democrática.[390] Desenvolvendo suas reflexões, afirma que há uma espécie de identidade jurídica entre povo-nação e os representantes eleitos, de modo que a representação política serve como um mecanismo mediador entre governados e autoridade governante.[391] Em suma, nas palavras de Duhamel, "todas definições de democracia passam pela livre escolha dos governantes pelos governados, dos detentores do poder pelos cidadãos. Certas definições ultrapassam este princípio, nenhuma delas o afasta. "[392] Sobre o ponto converge Pisier ao afirmar que o sistema representativo é indissociável da construção democrática moderna.[393]

Nessa perspectiva é possível concluir, portanto, que as eleições configuram, além da viabilização do sistema de representação política, a forma mais básica de estabilização dos sistemas políticos com a obtenção do consenso, servindo na mesma medida para evidenciar a importância dos eleitores e de sua respectiva participação no debate público em direção ao consenso político.[394] Trata-se de permitir que todo e cada um dos indivíduos de respectiva comunidade democrática seja um partícipe ativo (ainda que perdedor) da construção da ordem jurídica, criando-se um sistema normativo fundante que estipule quem terá autoridade legítima para tomar decisões coletivas e quais são os processos para essa tomada de decisão política, com a consequente solução

388 FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade**: uma introdução à Política do Direito. São Paulo: Editora Perspectiva, 1978, p. 62.

389 GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia?** *:* a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 126-141.

390 GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia?** : a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 127.

391 GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia? :** a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 131-132.

392 DUHAMEL, Olivier. As eleições. Em: DARTON, Robert; DUHAMEL, Olivier [Orgs.]. **Democracia**. Trad. de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 183.

393 PISIER, Evelyne. Montesquieu e Rousseau: dois batedores da democracia. Em: DARTON, Robert; DUHAMEL, Olivier [Orgs.]. **Democracia**. Trad. de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001, pp. 112-113.

394 FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade**: uma introdução à Política do Direito. São Paulo: Editora Perspectiva, 1978, pp. 66-67.

dos desacordos morais; entendimento que em boa medida já constava na doutrina política de H. Kelsen. [395]

Retornando aos *parâmetros fundamentais* de Goyard-Fabre, além de um sistema representativo, a instituição democrática deve contar também com a anuência ao poder, ou seja: o consentimento do povo. É no vínculo voluntário e desimpedido que a sociedade civil empresta aceitação às leis positivas da instituição democrática, legitimando a autoridade legislativa para que determine o ordenamento jurídico que a todos protegerá.[396] Desse modo, o sistema representativo aliado ao consentimento do povo ao exercício do poder legítimo "equivale dizer que cabe ao povo decidir, por si mesmo, sobre seu destino político. "[397]

A "Constituição da liberdade" se soma ao sistema representativo e à anuência do povo para fechar o tripé de *parâmetros fundamentais* da instituição democrática de Goyard-Fabre. Compõem o que ela chama de Constituição da liberdade o equilíbrio constitucional entre os poderes, como característica própria dos governos moderados e autolimitados; o pluralismo partidário, considerando que a liberdade na diversidade de opiniões é um fator que limita a autoridade de um poder central; e a virtude cívica, como forma de manifestação comportamental dos indivíduos que compõem a sociedade civil em direção ao bem público[398], trata-se, segundo entendemos, de uma espécie de conscientização política do povo.

Há, portanto, o que Bobbio chamou de *conteúdos mínimos* inerentes a um Estado Democrático, tais como: garantias dos principais direitos de liberdade, pluralidade de partidos políticos em franca concorrência, eleições periódicas via sufrágio universal, decisões coletivas ou concordadas tomadas a partir da regra majoritária e sempre após um debate desimpedido entre os contendores ao posto político.[399] Bolzan e Streck lembram ainda que sociedades democráticas são verdadeiramente históricas (abertas ao tempo), pois benevolentes com transformações em direção ao novo, e aquelas aonde conflito é legítimo – e no mais das vezes a disputa de interesses acaba sendo

---

395 KELSEN, Hans. **A Democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 137-205. No mesmo sentido: AIETA, Vânia Siciliano. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Coord. Vicente de Paulo Barreto. Verbete: Democracia. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 193-195.

396 GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia?** : a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 133-134.

397 GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia?** : a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 135.

398 GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia? :** a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 136-140.

399 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, 4 ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 37.

institucionalizada em forma de direitos que devem ser devidamente atendidos e respeitados.[400]

Diante dessas considerações conceituais propedêuticas já é de se cogitar que o exercício da jurisdição constitucional – como veremos com vagar no capítulo seguinte do trabalho – deve seguir algumas premissas estruturantes que tornem a metodologia da jurisdição não apenas transparente, mas, em boa medida, previsível e intersubjetivamente controlável.

Insistindo sobre um ponto que entendemos nevrálgico na nossa compreensão do método jurídico, é de se considerar a utilização do livre convencimento[401] pelo Poder Judiciário como forma de "envernizar"[402] decisões discricionárias e arbitrárias configura circunstância antidemocrática. Entendemos por decisões judiciais discricionárias e antidemocráticas, na esteira do que defende Georges Abboud,[403] aquelas que se fundamentam em maior ou menor medida no enfraquecimento da autonomia do Direito e na mitigação da normatividade da legalidade constitucional. [404]

A primeira premissa do raciocínio é a de que regimes autoritários e, em especial, regimes totalitários são a *antítese da democracia*.[405] A segunda premissa que devemos considerar é a de que os regimes totalitários têm como marca registrada a utilização de mecanismos e teorizações jurídico-políticas que enfraquecem o poder coercitivo/normativo da lei.[406] Desse modo é possível concluir que, nas hipóteses em que um juiz dispõe da legislação sem consistentes razões constitucionais que o respaldem, ele não apenas está proferindo uma decisão inadequada sob a perspectiva teórica ou filosófica.

---

400 STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN, Jose Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 8 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, pp. 111-112.

401 Sobre o tema do livre convencimento, ver: ARONE, Ricardo. **O princípio do livre convencimento do juiz**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996; WILD, Rodolfo. **O princípio do livre convencimento no CPC/2015**; e FERREIRA, Fábio Luiz Bragança. **A possibilidade de superação da discricionariedade judicial positivista pelo abandono do livre convencimento no CPC/2015**, Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

402 Utilizamos a expressão *envernizar* no sentido de que a categoria "livre convencimento" é utilizada de modo a dar aparência (meramente superficial) de adequação jurídico-constitucional para decisões discricionárias/arbitrárias.

403 Relevante anotar que, conforme entendemos, Abboud desenvolve seu raciocínio dentro da perspectiva teórica da CHD (Crítica Hermenêutica do Direito) de Lenio Streck, notadamente quanto às reflexões sobre jurisdição constitucional. Ver: ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

404 ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 354-361.

405 STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN, Jose Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 8 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, pp. 136-139.

406 ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial:** o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 355.

Trata-se, de fato, de uma decisão antidemocrática e politicamente insustentável, pois usurpa o espaço de construção democrática do Direito.

É papel do direito, portanto, garantir um ambiente institucional em que as decisões judiciais sejam tomadas sempre dentro do próprio direito, considerando sua autonomia, especialmente considerando-se as possibilidades semânticas dos textos normativos. Não ignoramos e nem se defende a ilusão de que não existam casos absolutamente excepcionais. De todo modo, o fato é que, regra geral, afastar a incidência do texto normativo por razões alheias à gramática constitucional e sua principiologia é antidemocrático. Sobre o ponto, Georges Abboud apresenta uma perspectiva histórica para a questão ao lembrar que no regime totalitário nazista as decisões judiciais se baseavam na posição política do regime, no entendimento do *Führer* e não no direito positivo. [407] Nesse mesmo contexto afirma Mario Losano que o nacional-socialismo levou ao extremo as críticas à vinculação do Estado ao direito positivo; conforme afirma, "o direito anterior a 1933 foi esvaziado, obrigando juízes a interpretá-lo segundo os princípios nazistas: os juízes eram liberados da servidão da norma, para ficar subjugados ao poder político. " [408]

É evidente que não se trata aqui de diminuir o papel do Judiciário, mormente em sede de jurisdição constitucional, tampouco de reduzir o sistema democrático e constitucional brasileiro à regra majoritária ou outros parâmetros prioritariamente procedimentais. E é nesse contexto que, indo além dos elementos discursivos que se sedimentaram na composição do conceito de democracia, nessa altura da história do pensamento ocidental, o estudo sobre o papel da democracia como forma de governo não pode estar dissociado daquela que é condição de possibilidade da legitimidade institucional no Brasil: a Constituição Federal. Vale dizer, no caso brasileiro o estudo da democracia deve estar aliado e em paralelo com o entendimento do Constitucionalismo Contemporâneo.

Essa é uma circunstância relevante primeiro para que as reflexões sobre democracia não fiquem historicamente descontextualizadas e, em um segundo momento, para que se reafirme, como dito, a importância fundamental do exercício da jurisdição

---

[407] ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 355.

[408] LOSANO, Mário G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. Vol. II. Tradução de Luca Lamberti, rev. de trad. de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 185.
Cass Sunstein também tece considerações sobre a teorização jurídica no período do nacional-socialismo alemão na qual a aplicação do Direito pelos juízes era feita prioritariamente por políticas; sempre que o direito positivado bloqueasse avanços do pensamento político predominante, o texto legal era simplesmente deixado de lado. Ver: SUNSTEIN, Cass R. Must formalism be defended empirically?, 1999, **The University of Chicago – The law school**. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/publications>. Acesso em: 20.03.2015.

dentro dos parâmetros que entendemos como adequados ao sistema constitucional brasileiro. E isso, pois o chamado constitucionalismo, no geral, e o sistema brasileiro, no particular, têm no Poder Judiciário um garante dos seus dois elementos fundamentais: controle ao exercício do poder (controle judicial dos atos administrativos e controle de constitucionalidade) e defesa dos direitos fundamentais.

Como diz Amar, o texto constitucional *é* muito além de um simples texto. É um *constituindo*.[409] Ou: *a Constituição constitui*, para utilizar expressão de Streck.[410] Constitui uma comunidade fundada sobre os princípios que, ao serem acolhidos pelo texto constitucional, ganham densidade como direitos fundamentais de natureza deontológica.[411] As primeiras considerações sobre o tema já demonstram que o *Constitucionalismo Contemporâneo*, muito embora convergente com diversos pontos do pensamento democrático, constrange, em alguma medida, um dos pilares fundamentais da teoria tradicional da democracia: o princípio majoritário.

A existência de uma Constituição rígida afasta ou, quanto menos, dificulta bastante o acesso do debate político a determinados temas que, portanto, estão fora do alcance das maiorias ocasionais. Essa reflexão é antiga[412] e constava já, por exemplo, no caso *State Board of Education vs. Barnette*, (319 U.S. 624 - 1943), julgado pela Suprema Corte estadunidense, ocasião em que o Justice Robert Jackson, ao entregar a *opinion of the Court*, afirmou que o propósito mesmo de uma declaração de Direitos é o de retirar alguns temas dos percalços do debate político, transformando-os em princípios de Direito que deverão ser aplicados pelos tribunais.[413]

---

409 AMAR, Akhil Reed. **America's constitution**: a biography. New York: Random House Trade Paperbacks, 2005, p. 05.

410 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, *passim*.

411 CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *O***s direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito:** a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 157-162; DWORKIN, Ronald. The concept of unenumerated rights: wether and how Roe should be overruled. *University of Chicago Law Review*, v. 58, n. 1, 1992, pp. 381-ss.

412 Evidente que a relação entre constitucionalismo e democracia é muito mais antiga que o acórdão da Suprema Corte norte-americana que citaremos a seguir, proferido dos anos 40. Como tudo o que é político, trata-se de debate antiquíssimo. Stephen Holmes afirma que reflexões sobre essa questão remontam ao século XVIII, quadra histórica em que Putney afirmou que todos os homens e todas as nações têm liberdade e poder para alterar suas constituições e suas leis se as considerarem frágeis; ou na qual Thomas Jefferson afirmou que é direito do povo abolir qualquer forma de governo que tenha se tornado destrutivo da liberdade e da vida, e que nenhuma instituição e nenhuma lei, por fundamental que seja, era irrevogável. Tratava-se, como se vê, de manifestações contundentes contra o comprometimento (*precommitment*) e limitação de uma geração pelos seus antepassados. Constrição típica da teoria mais tradicional acerca do constitucionalismo – costumeira em usar a metáfora de Ulysses para justificar o fato de que, no pensamento político-constitucional, a geração *constituinte* castre, em alguma medida, as gerações futuras. Ver: HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. Em: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia.** México: Fondo de Cultura Economica, 2003.

413 Trecho da opinion do Justice Jackson no caso State Board of Education vs. Barnette, (1943, n.º. 591): "The

Trata-se, em uma primeira análise, de uma contraposição ao fundamento básico da democracia de que aos cidadãos deve ser dada oportunidade de participar, via regra majoritária, da votação das questões relevantes para a comunidade na qual está inserido. Mas o caminhar dos estudos sobre o tema, tal como já tivemos ocasião de mencionar[414], pode indicar conclusão diversa.

Nesse sentido são as interessantes reflexões de Holmes. O autor afirma que um dos principais mitos do pensamento político moderno está em imaginar que exista qualquer contradição entre democracia e constitucionalismo.[415] Para o autor, o regramento constitucional não deve ser visto pura e simplesmente como uma limitação ao debate público; antes, o regramento constitucional deve ser entendido como um instrumento governamental que, separando poderes e delimitando competências, pode direcionar o governo e o país em direção ao bem comum, dando-lhes mais eficiência e senso de objetivo, uma direção comum.

Assim, ainda com Holmes, temos que as regras constitucionais em geral são capacitadoras, de modo que seria equivocado identificar o constitucionalismo simplesmente como uma limitação ao poder. A democracia, nessa perspectiva, não é simplesmente o governo do povo, é mais que isso. É o governo do povo via procedimentos predeterminados e que tenham como escopo a manutenção do regime e a proteção e promoção de direitos e liberdades. Sob a perspectiva material, afirma que são legítimas todas as limitações ou restrições que sirvam substancialmente ao axioma democrático da liberdade e que viabilizem ao cidadão e a comunidade alcançar determinados valores. Dá exemplos tais como a imposição legislativa que torne obrigatório o uso do cinto de segurança nos automóveis, como forma de atingir um desiderato aceito pela comunidade e de que outra forma seria difícil de ser alcançado; ou a legislação trabalhista que impede que o trabalhador de ser contratado por valor inferior ao salário mínimo, como forma de facilitar que o cidadão obtenha o que quer; ou o estabelecimento de regulações que protejam e organizem o debate público, evitando censuras e monopólios. Em suma: a proibição de que o cidadão se venda

---

very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections." [Argued: March 11, 1943 / Decided: June 14, 1943 Mr. Justice JACKSON delivered the opinion of the Court].

414 FERREIRA, Fábio Luiz Bragança. **A possibilidade de superação da discricionariedade judicial positivista pelo abandono do livre convencimento no CPC/2015**, Salvador: Editora Juspodivm, 2018, pp. 143-153.

415 HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. Em: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia.** México: Fondo de cultura Economica, 2003.

como escravo implica na aceitação de um compromisso prévio e superior com a própria liberdade.[416]

Avançando sobre essa questão, lembramos que Ronald Dworkin defende o argumento de que devemos abandonar a ideia de que a existência de políticas e de uma legislação defendida votada pela maioria seria condição suficiente para garantir a existência e manutenção de um regime democrático.[417] Sobre o ponto, o constitucionalista estadunidense menciona a intervenção do constitucionalismo na construção e defesa do que chamou de direitos antidiscriminatórios individuais, tais como liberdade de expressão, direitos econômicos que previnem que determinada parcela de indivíduos vivam em extrema miséria, e as liberdades de consciência. Por essa razão é que excluir do jogo político o debate sobre a necessidade de existência (ou não) dos direitos mencionados seria, no entender de Dworkin, garantia de viabilidade e manutenção do sistema democrático, e não o contrário.[418]

Retornando para a doutrina nacional, é pertinente citar Lenio Streck quando afirma que, na atual quadra histórica, a contraposição entre democracia e constitucionalismo configura perigoso reducionismo. Nesse sentido, argumenta que o desenvolvimento do direito público que seguiu ao segundo pós-guerra colocou as constituições escritas como condição de possibilidade do exercício do regime democrático.[419]

Como bem adverte Évelyne Pisier, a *invenção democrática* é constantemente necessária, pois as coisas nunca estão definitivamente conformadas e concluídas.[420] Democracia é história,[421] é um vir-a-ser,[422] democracia é experiência que se desenvolve dentro daqueles padrões aceitos pela *tradição* do pensamento político. Seguindo-se a tradição das culturas ocidentais contemporâneas, é possível concluir que os conceitos de democracia e constitucionalismo se entrelaçam.

---

416 HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. Em: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia.** México: Fondo de Cultura Economica, 2003.

417 DWORKIN, Ronald. Direitos fundamentais: a democracia e os direitos do homem. DARTON, Robert; DUHAMEL, Olivier [Orgs.]. **Democracia**. Trad. de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 159.

418 DWORKIN, Ronald. Direitos fundamentais: a democracia e os direitos do homem. DARTON, Robert; DUHAMEL, Olivier [Orgs.]. *Democracia*. Trad. de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001, pp. 160-162.

419 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 87.

420 PISIER, Evelyne. Montesquieu e Rousseau: dois batedores da democracia. Em: DARTON, Robert; DUHAMEL, Olivier [Orgs.]. **Democracia**. Trad. de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 110.

421 STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN, Jose Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 8 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 112.

422 STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN, Jose Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 8 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 126.

Desse modo, se é correta a afirmação de Aieta[423] de que uma das grandes dificuldades teóricas hoje é a determinação do que não seja democracia¸ afirmamos, com segurança, que estarão em falta de sintonia com o sistema democrático constitucional o exercício da jurisdição que, sob o álibi teórico do *livre convencimento*, do *decidir conforma a consciência* – ou de qualquer outro exercício retórico, a esse propósito – desconsideram não apenas a autonomia, integridade e coerência do Direito, mas a legislação democraticamente votada, e, quando não, o próprio texto constitucional.

Tal como já tivemos ocasião de apontar,[424] o chamado Constitucionalismo-Contemporâneo[425] consubstancia movimento de feição especialmente jurídica e política que, tendo se desenvolvido com maior força na segunda metade do século XX (pós-guerra), tem como principais esteios principiológicos a limitação do poder (público e privado) e a previsão de um elenco de direitos e garantias individuais e de cidadania. São as chamadas exigências "dupla-face" do Constitucionalismo Contemporâneo a demandar instrumentos de fomento ao exercício da cidadania e, do outro lado, instrumentos de garantia dos direitos individuais e coletivos com limitações claras ao exercício do Poder.

Em síntese, estamos a tratar de um movimento jurídico e político no qual se busca, por mecanismos legais e constitucionais, garantir tanto o exercício da cidadania como a limitação do exercício do Poder.[426] A referência que se faz é o referido movimento jurídico-político propôs uma cultura (tradição) de limites ao exercício de um Poder que vincula – impondo limites e obrigações – todos seus nichos ao texto constitucional.[427]

---

423 AIETA, Vânia Siciliano. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Coord. Vicente de Paulo Barreto. Verbete: Democracia. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 192.

424 Ver especialmente: FERREIRA, Fábio Luiz Bragança. **A possibilidade de superação da discricionariedade judicial positivista pelo abandono do livre convencimento no CPC/2015**, Salvador: Editora Juspodivm, 2018; FERREIRA, Fábio Bragança. Decisão judicial e políticas públicas: o juiz, a lei e o termômetro. Em: **Constituição, Economia e Desenvolvimento – Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2015, vol. 7, n. 13, jul.-dez. p. 476-495; FERREIRA, Fábio; PÁDUA, Thiago Aguiar de. Entre o Tribunal e o Parlamento: a atualidade das lições dos casos de verticalização e fidelidade partidárias no contexto do papel das instituições na reforma política. Em: **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 14, n. 04, p. 231-270, out./dez. 2015.

425 Na feliz síntese de José Afonso da Silva: "Por 'constitucionalismo' só se deve entender o movimento político, filosófico, cultural, voltado para a conquista de documentos constitucionais em que se fixam princípios liberais-democráticos. O constitucionalismo, pelo visto, nasceu como meio de limitar a ação do poder e garantir a vigência dos direitos da pessoa humana, por meio de uma constituição escrita. O modo de ser do Estado, assim, ficava caracterizado racionalmente pelas formas que lhe desse uma constituição escrita como lei suprema." Em: SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014., p. 66.

426 STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 47; mais especificamente sobre as conformações teóricas possíveis e necessárias à existência de um Constitucionalismo latino-americano, ver, na mesma obra: pp. 428-450.

427 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, *passim*.

O que se quer afirmar com essas notas pontuais é que o Constitucionalismo Contemporâneo – particularmente reconhecido pelo debate público jurídico como sendo o mais adequado e "normalizado" ao nosso atual estágio de evolução jurídico-político – não convive com atos de força desregulados que, não apenas pretendem uma supressão de direitos e garantias individuais, mas que, também, se justifica ideologicamente como forma de esgotamento da noção de indivíduo. Ora, se os movimentos e os textos constitucionais dos séc. XX e XXI se fundamentam na limitação do poder e na previsão de direitos e garantias individuais, sua tendência é evoluir com a previsão de outros direitos, tais como os chamados direitos positivos, de prestação, de viés social.

E se é bem verdade que o nosso sistema de democracia constitucional em cujo DNA está esse movimento jurídico-político que chamamos de Constitucionalismo Contemporâneo não convive bem com atos de força desregulados e com tentativas de restrição aos direitos e garantias fundamentais, é certo que o não está imune contra o que Gabardo chama de "moralismo político"[428], em razão do qual o próprio Poder Legislativo, impulsionado por movimentos e pressões populares, arremeteria contra os direitos fundamentais como forma de atender demandas moralistas de suas bases eleitorais. O projeto legislativo que aqui discutimos, por simbolizar um consciente coletivo que só consegue encontrar estratégias de combate à corrupção em medidas de restrição aos direitos fundamentai, pode ser definido como um projeto moralista, nos termos descritos por Gabardo e Vianna [429]

Um exemplo de movimentos e pressões populares a impulsionar projetos que podemos interpretar como moralistas, tal como já tivemos ocasião de mencionar[430], é a acolhida da proposta legislativa epitetada de "dez medidas contra a corrupção" de perfil nitidamente autoritário[431] e que possuem o potencial de reforçar um cenário de

[428] GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017, pp. 75-78.

[429] GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017; GABARDO, Emerson; VIANA. Ana Cristina Aguilar. Crítica à primeira proposta do projeto "dez medidas contra a corrupção": a questão do accountability. In: PINTO, Amanda Luiza Oliveira; BERTOTTI, Bárbara Mendonça; FERRAZ, Miriam Olivia Knopik (orgs.). **Reformas Legislativas de um Estado em Crise**. Curitiba: Editora Íthala, 2018.

[430] GUEDES, Jefferson Carus; FERREIRA, Fábio Bragança. A atualidade do pensamento autoritário no Brasil no caso das 10 (dez) medidas contra a corrupção: uma visão do direito a partir de Francisco Campos. Em: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, texto admitido para publicação (no prelo).

[431] Novamente, insista-se, lembramos que a conceituação de determinado pensamento político ideológico ou determinada política pública ou proposição legislativa como "autoritário" não significa, em absoluto, a pressuposição de uma feição pejorativa a esse qualificativo. Autoritário, como pretendemos haver demonstrado no tópico anterior, significa uma determinada roupagem conceitual específica, decorrente de um contexto histórico

"moralismo judicial", nos termos do que descrito e criticado por Salgado.[432] A autora, em dura crítica ao Poder Judiciário – com a qual coadunamos – aponta casos tais como os julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal no caso da lei da ficha limpa (ADC nº 29 e 30), da anulação de nomeação de ministro de Estado pela Presidente da República Dilma Rousseff (MC em MS 34.070), da determinação de prisão de um senador da República em pleno exercício do mandato (AC 4039) e da determinação de afastamento do presidente da Câmara dos Deputados (AC 4070), para defender o argumento de que estaríamos vivendo já sob uma "gramática de excepcionalidade" na qual uma "sanha moralizadora do Judiciário" teria como consequência a suspensão da Constituição. Cenário que, evidentemente, enfraquece e ofende a democracia constitucional.

Democracia constitucional que referimos sob uma abordagem mais específica dos direitos fundamentais e sua defesa. Afinal, como bem alerta Robert Alexy, os direitos humanos e fundamentais são concomitantemente democráticos e (sob a perspectiva da regra democrática da maioria) antidemocráticos, pois recorrentemente impõem resistência à atuação do poder legislativo[433].

E é nesse contexto que, indo além dos elementos discursivos que se sedimentaram na composição do conceito de democracia, constitucionalismo e direitos fundamentais, nessa altura da história do pensamento ocidental, o estudo sobre o papel da democracia como forma de governo não pode estar dissociado daquela que é condição de possibilidade da legitimidade institucional no Brasil: a Constituição Federal de 1988. Vale dizer, ao se pensar o papel do Direito no atual contexto histórico e político brasileiro, seja sob a perspectiva de proposições legislativas ou, ainda mais especificamente, no que diz com o funcionamento e os métodos da jurisdição constitucional, é preciso contrapor essa reflexão às possibilidades interpretativas (metodológicas) que sejam compatíveis com o nosso texto constitucional.

É esse, portanto, o papel do direito e da jurisdição no contexto das democracias constitucionais contemporâneas, a brasileira incluída. Há um avanço civilizatório evidente quando comparado o atual sistema político com o antecedente. Trata-se, a democracia constitucional, de conformação política vocacionada aos valores liberais e individuais perpassados em sua inteireza por direitos de natureza social em todas

específico e com elementos estruturantes igualmente específicos.

[432] SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 117, p. 193-217, 2018.

[433] ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

as suas gerações. É, certamente, a melhor dentre as opções, pois, com Todorov, ideal mesmo é a opção pelo diálogo, método de obtenção de consensos que evita os extremos do monólogo e da guerra.[434]

3.3 A visão de Ayres Britto sobre o Direito.

A primeira questão que talvez deva ser ressaltada é o entendimento vocalizado de Ayres Britto sobre a possibilidade (quiçá necessidade) de que a Jurisdição ouça os clamores e apelos populares de modo geral. Em uma entrevista concedida em 08 de maio de 2012, enquanto na presidência do Supremo Tribunal Federal, ressalvando sua vocação de jurista e de ter posições sempre ancoradas no texto constitucional,[435] afirmou, após ser perguntado sobre a aprovação da união entre casais do mesmo sexo e se esse teria sido seu melhor momento na Corte, o seguinte:

> Um dos melhores. Logo depois da decisão, foram muitas as demonstrações que recebi. Uma noite, estava tomando cafezinho numa livraria quando um senhor de uns 75 anos me disse: "Sou médico, assisti o julgamento e venho lhe dar um abraço de agradecimento, porque tenho um filho de 40 e poucos anos que é médico e gay. Estávamos assistindo e rezando pela aprovação. Ele ficou tão feliz, a família toda ficou." Isso é conciliar o Direito com a vida.

Em outra passagem, circundando o mesmo tema, afirmou: "abro as janelas do Direito para o mundo circundante. Não para fugir do fundamento técnico, científico. Mas meu olhar sobre o dispositivo jurídico é influenciado pela vida vivida." Alguns anos antes, pouco após o julgamento da Ação Penal 470 ("mensalão"), no mesmo sentido afirmou que muito embora o Supremo tivesse decidido tecnicamente, considerou inegável que "a ambiência psicossocial favoreceu um compromisso ainda mais forte com as exigências éticas" e que, na ocasião do referido julgamento, foi preciso – nas

[434] TODOROV, Tzvetan. **Nós e os outros**: a reflexão francesa sobre a diversidade humana. Vol. I, Trad. Sergio Goes de Paula, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 16.

[435] "Cada qual é como é. Sou um estudioso do Direito, nunca deixo de votar equacionando a causa juridicamente a partir da Constituição. Posso pecar até por excesso, votos alongados, mas todos são rigorosamente fundamentados. Estou convencido de que essa postura humanista não briga com a ciência do Direito. Antigamente se trabalhava muito no direito sem geminação de conceito. Hoje minha área é outra, é de buscar conceitos geminados. Antigamente se dizia: a liberdade de imprensa não é incompatível com a democracia. Não é mais assim, é: não há democracia sem liberdade de imprensa. Antes era: a ciência do direito não é incompatível com o humanismo. Hoje é: não há ciência do Direito sem humanismo." Cf. Ayres Britto, um poeta na alta corte. *Carta Capital*. Caderno: Política, 8 de maio de 2012, disponível em: https://www.cartacapital.com.br/politica/ayres-britto-um-poeta-na-alta-corte-2/, último acesso em: 07 de agosto de 2021.

palavras de Ayres Britto – uma abordagem heterodoxa, criativa e ousada para que a Corte pudesse "sintonizar não com a sociedade, mas com a existência."[436]

Muito já se falou sobre a impossibilidade antropológica de um juiz neutro (Zaffaroni) ou sobre o caráter intersubjetivo da linguagem ou, ainda, sobre a influência que o contexto (social, cultural, político, econômico, entre outros) exerce sobre a definição de qual a melhor na solução jurídica a ser adotada caso a caso. Tudo isso a demonstrar que não se está tentando frisar qualquer suposto equívoco nas referidas manifestações. A intenção é contrastar essa abordagem, essa visão do Direito, com aquela analisada no capítulo anterior da tese a demonstrar, repita-se, uma transição na forma que o Supremo Tribunal Federal vê e entende a melhor forma de exercer suas atribuições, assim como o seu papel no contexto institucional do país. Trata-se, no que aqui convencionamos chamar de Corte Ayres Britto, de uma visão mais proativa, mais dialogada, mais explicitamente aberta às circunstâncias, mais expansiva. Enfim, essas manifestações – somadas às decisões tomadas pelo Tribunal, como se verá – são representativas dessa transição.

Trata-se de uma forma de ver o Direito e o papel das instituições que deverá se coadunar com o que chamou de humanismo, classificado como categoria constitucional e que pode ser compreendido como o esquadro, o referencial teórico, sobre o qual se desenvolve o pensamento técnico de Ayres Britto. Pensamento esse que, explicitamente ou não, guarda estreita relação com os elementos conceituais que acima chamamos de democracia constitucional. É nesse sentido que afirma que "toda essa perspectiva do humanismo até hoje conserva o seu originário caráter político-civil de prevalência *do reino sobre o rei.*" [437] O reino sobre o rei. Estamos diante de síntese que, por sua precisão e clareza, poderia substituir por si só e sem maiores prejuízos muito do que já foi dito sobre esse movimento que chamamos de constitucionalismo. Mais detalhadamente, nos afirma que esse humanismo significa a agregação de três premissas:

> Diga-se mais: toda essa perspectiva do humanismo até hoje conserva o seu originário caráter político-civil de prevalência *do reino sobre o rei*. Que outra coisa não significou senão a consubstanciação de três paulatinas e correlatas ideias-força: a) o Direito por excelência é o veiculado por uma Constituição Política, fruto da mais qualificada das vontades normativas, que é a vontade jurídica da nação; b) o Estado e seu governo existem para servir à sociedade; c) a sociedade

[436] AYRES BRITTO, Carlos. Entrevista da 2ª, Silvana de Freitas. São Paulo: **Folha de S. Paulo**, 03/09/2007, disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0309200718.htm; último acesso em: 05/12/2020.

[437] BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1 ed., 2 reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 21.

> não pode ter outro fim que não seja a busca da felicidade individual dos seus membros e a permanência, equilíbrio e evolução dela própria.[438]

O trecho transcrito é capaz de nos responder à pergunta sobre qual o papel do Direito no pensamento de Ayres Britto. Resposta que, como já afirmado, está em estreita relação com o constitucionalismo democrático. Democracia essa que qualificou de "três vértices", a compor as perspectivas procedimental, substancialista e fraternal. Temos aí, nesses três vértices, a partir da doutrina de Britto, a forma representativa de produção do direito, a descentralização dos âmbitos de tomada de decisão sobre temas de interesse público e as ações distributivas no campo econômico e social, assim como a consagração do pluralismo pela congregação das diferentes visões de mundo.[439]

Sob uma perspectiva mais estritamente interpretativa, defende que a ciência jurídica deve se assumir expressamente pós-positivista, modelo que, segundo compreende, "tem nos princípios jurídicos uma força normativa ainda maior que as regras."[440] Partindo da premissa de que o direito é uma questão de caso concreto no qual o sistema normativo objetivo deverá ser amoldado aos fatos para que se possa encontrar a melhor solução

---

438 BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1 ed., 2 reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 21.

439 "Recolocando a ideia: ***status* civilizatório ou elevado padrão de civilidade de todo um povo é uma terceira dimensão conceitual do humanismo**. A mais recorrente, por sinal. A ser alcançada mediante mecanismos de Direito positivo que já se contém no contemporâneo conceito de democracia. Democracia que em Constituições como a portuguesa de 1976 e a brasileira de 1988 ostentam os seguintes *traços fisionômicos*: I – democracia *procedimentalista*, também conhecida como Estado Formal de Direito ou Estado Democrático de Direito, traduzida no modo popular-eleitoral de constituir o Poder Político (composto pelos parlamentares e pelos que se investem na chefia do Poder Executivo), assim como pela forma dominantemente representativa de produzir o Direito legislado; II – democracia *substancialista* ou material, a se operacionalizar: a) pela multiplicação dos núcleos decisórios de poder político, seja do lado de dentro do Estado (desconcentração orgânica), seja do lado de fora das instâncias estatais (descentralização personativa, como, por amostragem, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular); b) por mecanismos de *ações distributivistas* no campo econômico-social. Vínculo funcional, esse (entre democracia e a segurança social), que a presente Constituição italiana bem expressa na parte inicial do seu art. 1º, *verbis*: "A Itália é uma República democrática fundada no trabalho"; III – democracia fraternal, caracterizada pela positivação dos mecanismos de defesa e preservação do meio ambiente, mais a consagração de um pluralismo conciliado com o não-preconceito, especialmente servido por políticas públicas de *ações afirmativas* que operem como fórmula de compensação das desvantagens historicamente sofridas por certos grupamentos sociais, como os multirreferidos segmentos dos negros, do índios, das mulheres e dos portadores de deficiência física (espécie de igualdade civil-moral, como ponto de arremate de igualdade política e econômico-social). É o quanto basta para a dedução de que o humanismo enquanto vida coletiva de alto padrão civilizatório é aquele que transcorre nos mais *dilatados cômodos* da contemporânea democracia de três vértices: a procedimentalista, a substancialista e a fraternal. Os dois termos (humanismo e democracia) a se interpenetrar por osmose, e não mais por simples justaposição. Donde a metáfora da transubstanciação." Cf. BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1 ed., 2 reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 33-35.

440 BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1 ed., 2 reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 114.

jurídica ao caso[441] e reconhecendo a diferença ontológica entre texto e norma[442], Ayres Britto defende a tese de que essa aproximação entre direito objetivo e caso concreto e essa construção da norma a partir do texto deve ocorrer por intermédio de um senso de justiça, de um chamado à virtude pessoal que chamou de "sensibilidade social *à flor da pele*".[443] É preciso, portanto, para que se chegue ao "direito-justo", que se tenha a "afetividade *a andar de braços dados* com a inteligibilidade."[444]

Essa sensibilidade, que permitirá ao intérprete aplicador desvelar qual a melhor solução ao caso, deve, ainda segundo o autor, ser alcançada ou intuída através do sentimento, da alma e do coração – daí a afirmação que sentença vem de sentir. Todos esses mananciais de compreensão localizados naquilo que chamou de consciência.[445] Nesse contexto é que afirma, sobre a consciência como a melhor forma de reconhecer os valores que permeiam o cerne da nação, o que segue:

> Ainda um tanto é de se comentar sobre a disponibilidade da pessoa humana para o seu lado coração (alma, sentimento, conforme insistentemente anotado). É que esse lado coração tem a propriedade

---

441 "Explico. A justiça em abstrato, aquela que *desfila pela passarela* do Ordenamento legislado (a partir da Constituição), essa costuma ser de boa qualidade em todos os Estados onde vigora o sistema jurídico da democracia de três vértices. E assim em abstrato ou em tese, é justiça que bem corresponde às mais depuradas postulações humanistas. O problema, então, não é esse. O *gargalo* do Direito não está aí, porque nunca se contestou que esse tipo retórico de justiça incorpora, sim, os avanços que têm assinalado a marcha triunfalmente democrática do constitucionalismo ocidental nos últimos 20, 25 anos (tirante a ditadura cubana, não há mais como esconder). Porém, não passa de justiça como discurso legislado ou valor simbólico, insista-se. Por isso mesmo que distante, fria, orgulhosa de sua imperturbável objetividade ("a lei é um padrão objetivo de justiça", escreveu Hans Kelsen). Justiça meramente pensada, por conseguinte, e não propriamente vivida. Necessária referência teórica, é certo, no sentido de que, sendo a justiça das leis, coloca-se como inafastável ponto de partida para a resolução dos casos concretos ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", reza o inciso II do art. 5º da Constituição do Brasil). Não, porém, como necessário ponto de chegada. Ponto de chegada – essa a questão central – é a justiça que quase todo litígio ou caso concreto exige somente para si. Com exclusividade, destarte, porque o mais das vezes *cada caso é um caso* mesmo. E cada caso é um caso, no mais das vezes, devido à irreprimível versatilidade da vida, que é surpreendente e novidadeira por sua própria natureza. *Um arrumar de malas para o infinito*, como no inspirado verso de Fernando Pessoa. Daí porque habitualmente irredutível às formulações jurídico-positivas. Aos esquemáticos enunciados do Direito legislado." Cf. BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1 ed., 2 reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 56-57.

442 "Noutro modo quiçá mais ilustrativo de colocar a ideia: entre o texto legislado e a decisão judicial navega o sentido. Ali, algo significante. Aqui, algo significado. Mas algo significado que pode ser o futuro de idas e vindas do intérprete entre o texto referente e o caso referido, se a relação entre ambos caracterizar-se por uma tão mútua como irresistível influência. É quando o dever-ser do Direito se concilia com o ser da vida e aí já não há descompasso entre a justiça como formulação meramente objetiva e a justiça material do caso entre as partes." Cf. BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1 ed., 2 reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 60.

443 BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1 ed., 2 reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 66.

444 BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1 ed., 2 reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 74.

445 BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1 ed., 2 reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 71-76.

> de mais fortemente interagir com a esfera dos valores. **Assim entendidos os bens coletivos que se aninham nas regiões ônticas do civismo, da ética, da verdade, da estética e da bondade. Mais: a interação com o mundo onde se hospeda, num momento da mais intensa luminosidade, a decisão justa para o caso concreto**.
> (...)
> Essa propriedade que tem o sentimento de nos *catapultar* para o mundo dos valores é, portanto, a que mais intrinsecamente qualifica a existência.
> (...)
> Fácil perceber que são eles, os valores, usinas de comportamentos sociais convergentes, porque internalizados como bens coletivos; quer dizer, **bens que favorecem a todos**.
> (..)
> Aqui, plasmado o caráter coletivo e se tornando fator de coesão nacional (renove-se a proposição). Ali, injetando no moral de cada indivíduo a seiva da alegria e da paixão sem soberba por uma persobalidade que deixa de ser filha do acaso para se tornar uma obra de arte.
> (...)
> E se trouxermos essas noções para o campo da decisão judicial, deduziremos que a fundamentação da sentença tem que ser uma obra de ciência, enquanto a respectiva conclusão (parte dispositiva), uma obra de arte.[446]

Ao fim e a partir dessas perspectivas, propõe que a proteção e promoção do humanismo constitucional depende em boa medida de um Poder Judiciário consciente dos seus deveres e de uma magistratura que "se assuma como reverente, entusiasmada e orgulhosa escudeira de uma Carta Política não por eufemismo chamada de Constituição cidadã", e que, do mesmo modo, o sistema judicial brasileiro é dotado de virtudes emancipatórias que aguardam "aplicadores que se disponham a auscultá-lo com o tensiômetro da consciência (...) que tem como ponto de partida o sensível e ao mesmo tempo destemido coração de cada juiz."[447]

3.4 Conclusões parciais

Trata-se, sem dúvida, de uma nova forma de se compreender o Direito e o seu papel. A experiência do Direito já não está mais centralizada sob o funcionamento do

[446] BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1 ed., 2 reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 77-80.
[447] BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1 ed., 2 reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 116.

Estado e respaldada pela noção de supremacia do interesse público[448], já não é mais "estatizante", tal como visto acima ao abordar o tema da reabertura democrática.[449] O escopo do Direito se desloca e passa a residir, essencialmente, no controle do exercício do poder, na garantia da democracia e, especialmente, na proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Temos, é bom notar, não só um novo tempo na forma como compreendemos o papel do Direito, mas, também, temos o avanço e consolidação do pensamento democrático e da democracia brasileira propriamente dita, que já dura mais de 30 (trinta) anos. Soma-se a isso a visão pessoal de Ayres Britto sobre o fenômeno jurídico que, como se verá, foi fundamental para a modificação da jurisprudência em temas sensíveis e de grande estatura constitucional, tais como liberdade de expressão, fidelidade partidária e uniões entre pessoas do mesmo sexo.

---

448 Sobre essa transição da compreensão do papel do Direito nas sociedades democráticas contemporâneas, ver interessante análise de Gustavo Binenbojm: "O Direito Administrativo é tradicionalmente explicado a partir da precedência da sociedade sobre o indivíduo, do público sobre o privado, ou da autodeterminação coletiva sobre a autodeterminação individual. Categorias como a *supremacia geral* do Estado sobre os cidadãos, ou a *sujeição* geral destes àquele, são tributárias de concepções coletivistas, costumeiramente aceitas de maneira acrítica por força da tradição, de preferências ideológicas e – desconfio até – por certa preguiça mental. (...) A bem dizer, democracia e direitos fundamentais são elementos *cooriginariamente* constitutivos e legitimadores do Estado democrático de direito. Isso significa que existe uma equiprimordialidade entre as autonomias pública e privada, eis que elas guardam entre si uma relação de mútua pressuposição. Em outras palavras, o exercício da autonomia pública pressupõe cidadãos emancipados por direitos fundamentais que lhes confiram autonomia; mas os contornos de tais direitos estão atrelados à constituição de um procedimento deliberativo por cidadãos independentes. (...) A invocação da *supremacia do interesse público sobre os interesses particulares* constitui-se, portanto, em recurso retórico inapto, em qualquer Estado democrático de direito, para equacionar adequadamente as distintas situações que envolvem as dimensões individuais e transindividuais da existência humana." Cf. BINENBOJM, Gustavo. Ainda a supremacia do interesse público. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 236-240, set.-dez., 2019, pp. 235-237.

449 Ver item. 2.4, conclusões parciais sobre o Brasil e o STF na judicatura de Moreira Alves.

4. Contenção da jurisdição constitucional no período da corte Moreira Alves

4.1 Tema 01. A licença gestante na Corte Moreira Alves. Paradigma: RE 197.807/4-RS.

4.1.1. Colocação do tema em análise

Trata-se de recurso extraordinário manejado pelo Estado do Rio Grande do Sul em face de decisão do Tribunal Superior do Trabalho e no qual se discutiu a aplicação e o âmbito normativo do inc. XVIII do art. 7º da Constituição Federal.

Nas instâncias ordinárias, em sentença e em acórdãos do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região e do Tribunal Superior do Trabalho, o entendimento foi pela possibilidade de concessão da licença gestante para mães adotivas.

O acórdão do Tribunal Regional do Trabalho fundamentou sua posição no fato de que mesmo a guarda e responsabilidade provisórias no contexto de adoção já são suficientes para o pleito de licença gestante, pois o art. 24 do Código de Menores (Lei 6.697/1979)[450] conferia ao menor a condição de dependente para todos os fins, inclusive previdenciários. Argumentou que "o direito é uma realidade dinâmica que está em perpétuo movimento" e que deve adaptar-se "às novas exigências e necessidades da vida."

Com vistas ao texto constitucional e destacando os aspectos sociais da matéria em debate, especialmente no que concerne a proteção da criança, mencionou o art. 201; art. 203, inc. I; e art. 227, de modo a ilustrar o caráter assistencialista e protetivo da nossa Constituição. No entender do Tribunal Regional do Trabalho a interpretação

[450] O Código de Menores foi revogado e substituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e o art. 24 da legislação revogada encontra reflexo no art. 33 da atual legislação. O dispositivo em vigor possui a seguinte redação: "Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. § 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. § 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários."

sistemática dos referidos dispositivos constitucionais permite perquirir sobre "a verdadeira intenção do legislador Constituinte", qual seja, a de que o inc. XVIII do art. 7º, além de assegurar o direito da mãe gestante, também visa proteger a criança recém-nascida "a fim de proporcionar-lhe todas as condições necessárias à adaptação ao mundo exterior".

Mencionou o Estatuto dos Funcionários Civis da União que em seu art. 210 prevê o benefício da licença em favor da servidora adotante, o que significaria "a evolução do direito social brasileiro".

Por fim, destacou que o Direito de Família brasileiro não admite distinção entre filho biológico e filho adotado. Citou precedentes do próprio Tribunal Regional para, mantendo a sentença de primeiro grau, reconhecer o direito da mãe adotante ao gozo da licença gestante prevista no inc. XVIII do art. 7º da Constituição Federal.

O Tribunal Superior do Trabalho confirmou o acórdão do TRT em decisão que, por sua brevidade, transcrevemos para melhor compreensão:

> ***De meritis**, necessário se faz definir o instituto da analogia que consiste exatamente em aplicar à hipótese não prevista especialmente em lei a disposição relativa a caso semelhante. Dessume-se, portanto, que, no caso **sub examine**, corretíssima a aplicação do Enunciado nº 221*[451]*, pois não foi utilizado o citado verbete para afastar a violação do Texto Constitucional, mas, tão somente, indicar a interpretatividade que se reveste a matéria. A analogia, por si só, afasta a hipótese de violação literal.*
> *Assim, concluo restarem intactos os art. 3º, do CPC e 7º, inc. XVIII, da Constituição Federal. No tocante à afronta aos preceitos insculpidos nos incisos II, XXV, LIV e LV, da Carta Magna, a alegação não impulsiona o apelo, por falta do necessário prequestionamento.*
> ***Ex positis**, nego provimento ao agravo.*

Ato contínuo, o Estado do Rio Grande do Sul interpôs Recurso Extraordinário, ocasião em que argumentou que a hipótese de mãe adotiva não se enquadra na *ratio* da licença gestante prevista no inc. XVIII do art. 7º da Constituição Federal.

Postulou pela impossibilidade de utilização de analogia ao caso concreto por considerar a diferença entre a situação da mãe biológica e da mãe adotante. Nesse

[451] A súmula 221 do TST possui a seguinte redação: RECURSO DE REVISTA. VIOLAÇÃO DE LEI. INDICAÇÃO DE PRECEITO. INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL. I - A admissibilidade do recurso de revista por violação tem como pressuposto a indicação expressa do dispositivo de lei ou da Constituição tido como violado. II - Interpretação razoável de preceito de lei, ainda que não seja a melhor, não dá ensejo à admissibilidade ou ao conhecimento de recurso de revista com base na alínea "c" do art. 896 da CLT. A violação há de estar ligada à literalidade do preceito.

sentido, afirma que "não se sabe de mulher que, após adotar, tenha sentido as mesmas debilitações em que fica a gestante logo após o parto".

Conclui o recorrente que "a violência ao art. 7º, XVIII, da CF/88, decorre de ter ele como *ratio* a debilitação em que ficam as mulheres em função do trabalho de parto", de modo que "foi aplicada a norma a fato sobre o qual ela não incide. A tanto equivale a sua violação."

Instado a manifestar-se o Ministério Público Federal, rechaçando o argumento do recorrente de que o fundamento único da norma em questão seria a necessidade biológica de resguardo pós-parto, considerou que muito embora ponderáveis os dispositivos constitucionais e legais sobre a família, a criança e adolescente, eles não são, por si só, suficientes para autorizar uma interpretação expansiva da regra da licença gestante.

Ressaltou que, a rigor, não há qualquer vedação constitucional à concessão de benefício similar à mãe adotante por intermédio da legislação ordinária ou mesmo por liberalidade da Administração ou do órgão empregador.

Concluiu o órgão ministerial, enfim, que a "interpretação do preceito constitucional há de ser **a melhor**, na dicção do Supremo Tribunal Federal, não aquela tida como razoável, simplesmente." Razão pela qual o Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento e provimento do Recurso Extraordinário.

4.1.2. Dispositivo constitucional sob análise.

O dispositivo constitucional sob análise está inserido no capítulo dos direitos sociais onde, já no art. 6º da Constituição Federal está disposta a proteção à maternidade e à infância. O artigo em discussão está previsto no contexto dos direitos dos trabalhadores e possui a seguinte redação:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

O referido dispositivo, propedêutico em nossa geografia constitucional, encontra reflexos não apenas em outros dispositivos constitucionais (art. 203, que trata sobre assistência social, e art. 227, a tratar da família) mas, igualmente, na legislação infraconstitucional. Na legislação trabalhista temos a proteção à maternidade nos art. 391 ao 700 da CLT (Decreto Lei n.º 5.452/1943), na legislação previdenciária temos

a regulamentação do salário maternidade nos art. 71 e 72 da Lei n.º 8.213/1991, e no Estatuto da Criança e do Adolescente temos nos art. 8º, 9º e 134 a estipulação de objetivos a serem alcançados por políticas públicas em prol da orientação sobre aleitamento materno, alimentação complementar, desenvolvimento infantil e formas de favorecer a criação de vínculos afetivos e de estimular o desenvolvimento integral da criança.

No plano internacional, a Convenção n.º 103 da Organização Internacional do Trabalho traz regras que oferecem proteção à gestante, seja quanto a redução ou cessação das atividades laborais, seja quanto à permanência junto ao recém-nascido.

No plano comparado é de se citar a Constituição portuguesa (art. 59, n. 2, c) que atribui ao Estado a obrigação de dispensar especial proteção ao trabalho das mulheres durante o período de gravidez e após o parto. No mesmo sentido a Constituição uruguaia (art. 42) determina que a maternidade, em qualquer condição que seja, tem o direito de proteção da sociedade e à respectiva assistência em casos de desamparo.

Como se vê, o inc. XVIII do art. 7º da Constituição Federal tem posição central na construção de uma rede de proteção jurídica de natureza previdenciária e social em favor da mulher trabalhadora. Assim, independente das demais ramificações normativas pertinentes ao tema, o dispositivo constitucional garante, por si só: i) o afastamento da gestante das atividades laborais pelo período assinalado; ii) a manutenção do vínculo empregatício; e iii) a manutenção de seus vencimentos.[452]

4.1.3 Posição do Tribunal no tema.

O ministro Octavio Gallotti foi sorteado relator para o acórdão do RE 197.807/RS. O relator inicia seu voto destacando a elementar e incontornável regra hermenêutica que estabelece os limites do ato interpretativo. A exegese gramatical, afirmou o Ministro, "certamente não merece as galas de um método definitivo ou conclusivo de interpretação, mas serve para marcar os limites em que se possa perquirir o resultado dos demais critérios de integração da norma jurídica."

Estabelecida essa premissa interpretativa a ancorar o exercício hermenêutico em um esquadro seguro e previsível, o ministro relator reconhece que o direito à licença está

[452] Para aprofundamento doutrinário sobre o tema, ver: SUSSEKIND, Arnaldo, **Direito constitucional do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; MAGANO, Octavio Bueno; MALLET, Estêvão, **O direito do trabalho na Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1993; FAVA, Marcos; MALLET, Estêvão em: **Comentários à Constituição do Brasil** / J. J. Gomes Canotilho [et al.]; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. (Série IDP), pp. 1149-1151.

vinculado ao fato jurídico gestação. Circunstância que, portanto, impede a extensão do benefício à hipótese da mãe adotante.

A partir dessa premissa e conclusão, o ministro relator Octavio Gallotti pondera: "Fosse a referência constitucional, por exemplo, simplesmente a "mãe" ou a "maternidade", poder-se-ia, ainda, cogitar da assimilação da adotante à gestante."

Na passagem a seguir transcrita o ministro afasta a possibilidade de analogia ao caso e reflete sobre a falta de regulamentação da cogitada licença gestante para a mãe adotante:

> Não há falar, por outro lado, em analogia, ante a diversidade de uma e outra das situações acima enunciadas, sendo o caso de simples inexistência de direito social constitucionalmente assegurado e, dessa forma, relegado ao legislador ordinário, o tratamento da matéria, oportunidade em que seria útil, ademais, prover a fixação do prazo da licença e a limitação da idade do menor, suscetível de ensejar o benefício.

O trecho final da passagem transcrita diz acerca da regulamentação, pelo legislador ordinário, da licença para mães adotantes no contexto do serviço público. Nesse sentido, a norma (art. 210 da Lei 8.112/90), como bem alerta o ministro relator, prevê prazos distintos de afastamento. São 90 (noventa) dias para a servidora adotante ou que obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade. O benefício é reduzido para 30 (trinta) dias caso a criança tenha mais de um 1 (um) ano de idade. Como se vê, prazos diversos daquele de 120 (cento e vinte) dias concedido pela Constituição Federal para as gestante e que, nem por isso, assevera o ministro relator, "se possa acoimar de inconstitucionalidade alguma dessas restrições legais."

Após citar precedentes do próprio Tribunal Superior do Trabalho[453] o ministro relator conheceu e deu provimento ao recurso especial "por contrariedade ao disposto no art. 7º, XVIII, da Constituição."

4.1.4 Ementa do julgado

[453] O precedente citado do TST, Recurso de Revista nº 179.769 (5ª Turma, julg. 8/5/1996), de relatoria do ministro Almir Pazzianoto Pinto, restou assim ementado: "EMENTA: Licença gestante. Mãe adotiva. Art. 7º, XVIII, da Constituição da República. A norma constitucional, ao dispor, sobre licença gestante, garantiu o benefício apenas à mãe biológica, tendo como finalidade precípua proteger a saúde da mãe do recém-nascido, nas semanas que precedem o parto e nas que sucedem ao mesmo. De acordo com o disposto na legislação ordinária (art. 71, da Lei 8.213/91), o salário maternidade é devido nos 28 (vinte e oito) dias anteriores e nos 92 (noventa e dois) posteriores ao parto. A mãe adotiva, não preenchendo o requisito indispensável para garantir a licença gestante (a gravidez), não faz jus, consequentemente, à licença-maternidade. Revista conhecida e não provida."

EMENTA: Não se estende à mãe adotiva o direito à licença, instituído em favor da empregada gestante pelo inciso XVIII do art. 7º, da Constituição Federal, ficando sujeito ao legislador ordinário o tratamento da matéria." (DJ 18.08.2000).

4.1.5 Conclusões.

O entendimento esposado pelo RE 197.807/RS, seguiu fazendo parte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, por vezes e especialmente após a regulamentação de 2002[454], chegou inclusive a afastar pretensões de ampliação da licença gestante para as mães adotantes sob o argumento de que sequer estaria a tratar de questão constitucional.[455]

No que refere especificamente aos argumentos ventilados no RE 197.807/RS é interessante notar que a flexibilização ou a falta de reverência com a literalidade do texto constitucional está associada, no mais das vezes, a argumentos quase *baumanianos*[456] de que o direito é dinâmico e que, tal como afirmado no acórdão do Tribunal Regional do Trabalho, "está em perpétuo movimento".

Tal como visto acima, consideramos um fato inconteste que o inc. XVIII do art. 7º da Constituição Federal está situado no centro normativo de uma rede de proteção jurídica que alcança as mais variadas esferas (trabalhista e previdenciária, por exemplo) de normatividades e que, justamente pela elevada importância do bem jurídico protegido pela norma, vem a encontrar paralelos no direito internacional e comparado.

O fato inconteste pontuado acima deve servir para impor maior normatividade ao preceito constitucional, exigindo de todos – inclusive do Judiciário, frise-se – o respeito ao quanto determinado em seu texto. Não pode a importância do tema, contudo, justificar a irreverência com a literalidade do texto e a inclusão de exceções que, a rigor, não estão contempladas pelo dispositivo.

Andou bem, portanto, o ministro relator Octavio Gallotti ao asseverar que a exegese gramatical, ainda que não definitiva ou exclusiva, serve para que o intérprete consiga

---

454 Lei 10.421/2002, que estendeu à mãe adotiva o direito à licença maternidade, estabelecendo prazos diferenciados a depender da idade da criança adotada.

455 **RE 222560 AgR**, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, Unânime, julg. 27.08.2002, "EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONTENCIOSO DE DIREITO COMUM. I - Distinção entre mãe biológica e mãe adotiva: questão que integra o contencioso de direito comum. II - Agravo não provido."

456 BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

antever com algum grau de segurança os limites interpretativos impostos pelo texto constitucional.

4.2 Tema 02. O depositário infiel na Corte Moreira Alves. Paradigma: HC 72.131-1/RJ.

4.2.1 Colocação do tema em análise.

Trata-se de *habeas corpus* manejado por paciente que havia firmado contrato de alienação fiduciária em garantia com intuito de participar em grupo de consórcio para a aquisição de veículo automotor, Chevrolet Chevette, que foi efetivamente recebido pelo paciente em 1985.

A judicialização da questão ocorreu, na seara civil, após inadimplemento de algumas prestações referentes ao contrato de alienação fiduciária e a transferência, feito pelo consorciado devedor, do bem objeto do contrato. Razões que desafiaram a empresa administradora do consórcio a requerer a coerção contratual consistente na prisão civil. A sentença rejeitou a possibilidade de prisão civil, no que foi reformada por acórdão da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Ato contínuo foi manejado o *habeas corpus* pelo paciente com o fito de obter salvo conduto e impedir eventual mandado de prisão decorrente da decisão do Tribunal de Justiça fluminense. O argumento central é o de que não há que se falar na figura do depositário infiel no contexto do contrato de alienação fiduciária.

Após a correspondente notificação o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem. Argumentou, em síntese, o que segue:

> Embora não haja incompatibilidade entre a nova ordem constitucional e a prisão do depositário infiel, no contrato de alienação fiduciária em garantia, a prisão não se justifica, no caso, pois inadimplente na alienação fiduciária, não teve o paciente preservados os direitos do consumidor, expressamente consignados no Código respectivo.
> (...)
> Como se conclui, por si ou por seus sucessores irregulares, o paciente quitou grande parte das parcelas. Os autos não esclarecem se os direitos do consumidor doram preservados quando da propositura da ação.
> Seria iníqua em tais circunstâncias a prisão do réu.

Foi juntada aos autos intervenção da parte Autora na demanda cível ajuizada, pugnando pela denegação da ordem. Ato contínuo os autos foram conclusos e, em menos de duas semanas liberados para julgamento. A questão, portanto, tratou de estabelecer a interpretação do inc. LXVII do art. 5º da Constituição Federal.

4.2.2 Dispositivo constitucional sob análise.

O dispositivo constitucional sob análise está inserido no capítulo sobre os direitos e deveres individuais e coletivos e compõe o elenco de setenta e oito incisos do artigo que certamente está entre os mais importantes, talvez o mais importante, da nossa recente história constitucional, o artigo 5º. O referido dispositivo possui a seguinte redação:

> **Constituição Federal, art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) **LXVII** - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

Historicamente a vedação de prisão civil por dívida está prevista nas constituições de 1934, de 1946, de 1967 e na Emenda Constitucional de 1969, que reiteradamente excepcionam a hipótese do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de dívida alimentar. Vale dizer, a vedação, no geral, e a possibilidade, no particular, de prisão civil por dívida é matéria antiga na nossa história constitucional.

Ainda sob a perspectiva histórica, é de se registrar que mesmo nas hipóteses em que o texto constitucional deixou de tratar sobre o tema, tal como as Constituições de 1824, 1891, e 1937, a legislação infraconstitucional assegurava a possibilidade de prisão civil. Nos servimos de exemplo, a esse respeito, do Código Comercial de 1850.

No plano internacional, temos o Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica, a tratar do tema da prisão civil. Destacamos essa última que prevê no § 7 do art. 7º que "ninguém deve ser detido por dívida", com a ressalva do § 2 do mesmo art. 7º no sentido de que ninguém será privado de sua liberdade física "salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas." Vale dizer: mesmo nos principais normativos

de legislação internacional que robustecem a proteção dos direitos humanos sob a perspectiva internacional, reconhece-se a possibilidade de prisão civil do devedor.

No plano comparado uma série de Constituições tratam do tema da prisão civil, seja para proibir, para possibilitar ou mesmo para relegar o tema ao plano infraconstitucional. Servindo de exemplo, respectivamente, as Constituições do México (art. 17) e do Uruguai (art. 52), para proibir, a Constituição de Portugal, para autorizar (art. 27, 2), e a Constituição italiana (art. 13), para relegar o tema às hipóteses previstas em lei.

Cuida-se, como se vê, de texto normativo tipicamente proibitivo e que já traz em si próprio suas hipóteses de excepcionalização: responsável por inadimplemento de obrigação alimentar e o depositário infiel. É, portanto, prerrogativa do legislador ordinário concedida pela própria Constituição a de prever e regulamentar a prisão do devedor de alimentos e do depositário infiel.[457]

4.2.3 Posição do Tribunal no tema.

O ministro Marco Aurélio foi sorteado relator do HC 72.131/RJ. A redação do Acórdãoo ficou a cargo do ministro Moreira Alves. As duas posições que dividiram o Tribunal no julgado foram encabeçadas por esses mesmos dois ministros. Este último capitaneando a posição vencedora, que entendeu no sentido de que o contrato de alienação fiduciária não descaracteriza a figura do depositário, razão pela qual se admite constitucionalmente a prisão civil nessas hipóteses.

Sendo duas as principais correntes de entendimento, faremos a descrição de ambas e, no que lhes for complementar, também as manifestações dos ministros que aderiram a uma e outra corrente.

O ministro relator Marco Aurélio, que ao final saiu vencido nesse julgamento, apresentou voto pela concessão da ordem de habeas corpus com alentada fundamentação. Argumentou, inicialmente, que só se afigura possível falar em prisão civil no contexto de contrato de depósito, restando, portanto, afastada por inconstitucional a prisão do devedor em contratos de alienação fiduciária em garantia.

---

[457] NRP. Para maior aprofundamento, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao art. 5º, LXVII, em: **Comentários à Constituição do** Brasil / J.J. Gomes Canotilho [et al.]; outros autores e coordenadores Ingo WolfgangSarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 923-937. AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão civil por dívida**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Sobre a constitucionalidade da prisão do depositário infiel em ação de alienação fiduciária em garantia. **Revista de Processo**, v. 20, n. 79, p. 222-228, jul./dez. 1995; ASSIS, Araken de. **Da execução de alimentos e prisão do devedor**. 9. ed. Rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Salienta o ministro relator que a norma constitucional em comento possui natureza de vedação ao estipular que "não haverá prisão civil por dívida" e que as duas exceções à regra constitucional (devedor de alimentos e depositário infiel) não são "passíveis de elastecimento". Nesse sentido, o art. 4º do Decreto-Lei n.º 911/1969[458], afirma o ministro Marco Aurélio, configura engenhosidade a partir do qual se firma contrato discrepante da realidade, uma alienação fiduciária a consubstanciar fato irreal, "uma simultânea alienação no que voltada, tão-somente, à constituição de uma garantia de dívida."

A seguir, citamos passagem que a despeito da extensão sintetiza o núcleo do raciocínio hermenêutico do ministro relator, circunstância que justifica a citação direta:

> Senhor Presidente, admito a criatividade, quer no campo normativo, quer no da interpretação de regras que compõem a ordem jurídica. Todavia, tudo há de ocorrer mediante estrita observância do Texto Maior, que, no caso, excepciona a proibição de vir-se a ter prisão por dívida civil, fazendo-o de forma limitada. Descabe admitir que a parte final do inc. LXVII do artigo 5º da Constituição Federal encerra caminho aberto a que o legislador cole a contrato de compra e venda – alfim verdadeiro contrato de compra e venda de bem móvel – esse meio coercitivo para o recebimento do preço pactuado, que é a prisão. Não, a exceção contemplada constitucionalmente é imune a enfoques que acabem por nela agasalhar contratos voltados a garantia de dívida, como é o caso da alienação fiduciária, e que distante, muito distante, ficam do contrato de depósito a qualificar, no campo da exclusividade, as figuras do depositante e do depositário. A não ser assim, desprezando-se o fundo, o real, a verdadeira intenção das partes, em benefício do formal, da rotulação, da simples fachada, aberto estará o caminho do elastecimento das hipóteses em que viável a prisão por dívida civil. Suficiente será que norma estritamente legal mascare a realidade e, com desprestígio a institutos, ao verdadeiro sentido de expressões e de vocábulos consagrados pela ordem jurídica, pelo meio acadêmico e julgamentos, dê a uma das partes, como em um passe de mágica – e, para tanto, o vernáculo é pródigo – a qualificação de depositário e, à outra, a de depositante, muito embora não se tenha como objeto em si do contrato, perseguido por uma das partes, a devolução do bem, mas sim o pagamento respectivo, a liquidação de parcelas sucessivas.
> Interpreto a constituição tal como ela se revela, ou seja, como a consubstanciar, no caso, uma garantia constitucional, voltada não à proteção patrimonial de certos credores, como se contemplados com

[458] Dispositivo que à época possuía a seguinte redação: "Art. 4 º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil."

> verdadeiro privilégio, mas à pessoa dos devedores. A prisão por dívida civil somente é viável quando constatada a inadimplência voluntária de obrigação alimentícia ou o descumprimento do contrato de depósito. O contrato de alienação fiduciária não a enseja.

O ministro Marco Aurélio lembrou, também, a clássica regra de interpretação jurídica que determina que textos normativos excepcionais ou restritivos de direito devem ser interpretados restritivamente. Nesse sentido, afirmou que "envolvendo o dispositivo exceção à regra proibitiva de prisão por dívida civil, o termo depositário infiel, ao definir-lhe o alcance, há de merecer interpretação técnica e estrita."

O ministro relator lembrou, ainda, a Convenção Americana do sobre Direitos Humanos, chamada de Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. Nesse contexto em especial, asseverou que havendo sido adotada sem qualquer ressalva e possuindo o referido documento internacional estatura de legislação ordinária, é forçoso conclui que "a única exceção" à vedação da prisão civil "corre à conta de obrigação alimentar."

A partir desses argumentos o ministro Marco Aurélio concedeu a ordem de habeas corpus "para afastar a possibilidade de o Paciente vir a ser preso em virtude da ação de depósito intentada a partir do contrato de alienação fiduciária firmado."

O ministro Francisco Rezek, acompanhando o relator, abriu seu voto apontando não haver qualquer conflito real entre o Pacto de São José da Costa Rica e a Constituição brasileira. E isso, pois, segundo argumenta, o referido pacto possui força de legislação ordinária, sendo esta a que deve ser corrigida a partir da a partir do compromisso internacional assumido pelo Brasil. Nesse sentido, argumenta o ministro:

> Não estou lendo na lei fundamental nada de semelhante a "Prenda-se o depositário infiel!", mas apenas uma autorização para que o legislador ordinário, caso queira, tome esse caminho. O legislador ordinário o tomou. Mais tarde, o Congresso Nacional aprovou a Convenção de São José da Costa Rica, pressuposto da sua ratificação pelo governo brasileiro, e da sua incorporação ao direito interno. (...) Tendo que hoje, pela ausência de conflito real entre a Convenção e a Carta, o problema se resolve de modo sumário. Há uma obrigação internacional que é preciso honrar. Ela não derroga o instituto do depósito, em absoluto, mas tudo aquilo que, na legislação ordinária, facultava a prisão civil do depositário infiel.

O ministro Francisco Rezek festeja a "bendita Convenção" que permite ao Supremo Tribunal rever sua posição. E isso, pois, confessa o ministro, já lhe era "insuportável

conviver em boa fé com a ideia de que o comprador fiduciário, nessas hipóteses, é de fato um depositário infiel."

Lembrou o ministro que o Decreto-Lei 911 foi assinada por membros da junta militar. Essa "obra prima da legislação brasileira", avalia o ministro em tom que parece ser o de ironia. A História, pondera, "há de conduzir à insubsistência de qualquer forma de prisão civil." Forte nas razões acima, o ministro Francisco Rezek concedeu a ordem.

O ministro Carlos Velloso, acompanhando o relator, proferiu interessante voto e que foi permeado por apartes do ministro Moreira Alves. Nesse contexto, acompanhando o relator, entendeu que a figura do depositário infiel previsto no Decreto-Lei 911/1969 se consubstancia em mera "ficção jurídica", vale dizer: a transferência ao credor de domínio resolúvel e posse indireta tornando o devedor fiduciante em depositário seria "mera ficção" promovida pela alienação fiduciária. Assim, o ministro exemplifica:

> Vejamos: alguém compra coisa móvel. O vendedor transfere, pela tradição, ao comprador, o domínio e a posse da coisa objeto da compra e venda. Em certos casos, para garantia do recebimento do preço, a venda se faz mediante contrato de alienação fiduciária em garantia (Lei 4.728/65, art. 66, com a redação do art, 1º do D.L. 911/69). Esse instituto estabelece uma ficação: a alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário (D.L. 911, de 1º/10/1969, que alterou a redação do art. 600 da Lei 4.728, de 14.7.65). E foi mais longe do D.L. 911/69: transformou o comprador ou devedor em depositário do bem, sujeitando-o à prisão civil, vale dizer, equiparando-o ao depositário infiel, sem que exista, na verdade, um contrato de depósito, na forma estabelecida nos arts. 1.265 e seguintes do Cód. Civil, de modo a permitir a prisão civil prevista no art. 1.287 do mesmo Código - esta, sim, autorizada pela C.F., art. 5º, LXVII.

Faz esse arrazoado para então questionar: "a Constituição autorizaria a prisão daquele que se torna depositário em razão de uma ficção jurídica?" Ressalta, ademais e tal qual já fora feito pelo ministro Francisco Rezek, que o Decreto-Lei fora baixado pela Junta Militar.

Daí a concluir que a Constituição Federal não autoriza a prisão civil nos casos como o da alienação fiduciária, pois, segundo o ministro, se não se trata de "depositário, na sua exata compreensão jurídica, não pode ser depositário infiel; noutras palavras, a

Constituição autoriza a prisão civil – art. 5º, LXVII – apenas do depositário infiel, vale dizer, daquele que se tornou depositário mediante contrato de depósito (...)".

No que concerne a Convenção Americana sobre Direitos Humanos assentou que, à exceção do contrato de depósito, todas as equiparações infraconstitucionais com a finalidade de resolver obrigações civis mediante prisão não se sustentam em face ao então novo regramento internacional. Com base nessas razões o ministro Carlos Velloso deferiu o "habeas corpus".

O ministro Sepúlveda Pertence, então Presidente da Corte, o último a votar acompanhando o relator pela concessão da ordem, abre seu voto registrando que por interessante que seja a discussão sobre o Pacto de São José da Costa Rica, iria afastá-la, pois, segundo afirmou, "não preciso dela para o meu convencimento."

É que, segundo seu entendimento, ao legislador ordinário está vedada a ampliação arbitrária do texto constitucional para "além da opção constituinte nele trazida". E que seria justamente isso que teria feito o Decreto Lei 911/69: tentar ampliar a hipótese excepcional prevista no texto constitucional ao autorizar a prisão civil em apenas duas hipóteses (dívida de alimentos e depositário infiel). Assim é que o ministro afirma que tentou demonstrar, com seu voto, "que o verdadeiro proprietário, embora limitado em seu domínio, como o de todo proprietário que tem sobre uma coisa um direito real de garantia do credor, é o devedor, dito alienante fiduciário. E não concebo depositário de coisa própria." Razões pelas quais o ministro Sepúlveda Pertence votou pelo deferimento da ordem.

É essa, portanto, a síntese dos votos dos ministros que votaram junto ao relator ministro Marco Aurélio pela concessão da ordem. A seguir, veremos aqueles que votaram, capitaneados pelo ministro Moreira Alves, pelo indeferimento da ordem.

O ministro Moreira Alves, que capitaneou a posição vencedora no julgado em questão, iniciou seu voto lembrando ao Plenário que "como sabem os colegas, sou autor de uma das monografias que se escreveram a respeito da alienação fiduciária, razão por que, em face de certas afirmações feitas neste julgamento, gostaria de adiantar meu voto."

Iniciou, portanto, fazendo um escorço histórico sobre a análise do instituto da prisão civil por dívida do depositário infiel sob a vigência da Constituição de 1934, da Constituição de 1946, da Constituição de 1967, assim como da Emenda Constitucional n.º 1/69, frisando não se tratar de questão nova. Cita lição de Pontes de Miranda para acentuar a atualidade da referida doutrina, o que faz nos termos que seguem:

> Comentando o artigo 153, § 17, da Emenda Constitucional nº 1/69, Pontes de Miranda, depois de acentuar que "sempre que se trata de "dívida", no sentido estrito, e não de entrega do bem alheio, a prisão por dívida é constitucionalmente proibida. Salvo se por dívida de alimentos", salienta que "o texto emprega a expressão "depositário infiel", mas em sentido genérico. Portanto, não ofende a Constituição de 1967, art. 153, § 17, a regra jurídica sobre prisão civil por se recusar o depositário, extrajudicial ou judicia, devolver o que recebeu, ou aquilo que lhe foi por sucessão, às suas mãos; como também não a infringe a regra jurídica, que a crie ou mantenha, para aqueles casos em que o possuidor ou tenedor de coisa alheia responde como o depositário. Na técnica legislativa responde como depositário que se recusa entrega do bem alheio."
> Essa lição permanece válida diante da redação do art. 5º, LVII, da Constituição de 1988, porquanto a retirada, nele, da expressão "na forma da lei", nada alterou o princípio, uma vez que ela se referia, inequivocamente a, à disciplina da prisão civil, e não à conceituação do que fosse depositário infiel.

Feita essa referência ao magistério de Pontes de Miranda, o ministro Moreira Alves segue fundamentando seu voto agora sob a perspectiva do direito civil lembrando as origens do instituto no direito anglo-saxão e destacando que a propriedade fiduciária resultante da conjugação do contrato de alienação fiduciária com o respectivo arquivamento no Registro de Títulos e Documentos configura garantia real consubstanciada em modalidade de propriedade, "propriedade resolúvel com escopo de garantia", no dizer do ministro.

O Decreto-Lei n. 911[459], por sua vez, segue a fundamentação, derivou de uma necessidade negocial consistente na garantia real para satisfação de créditos resultantes de financiamento para a aquisição de coisas móveis; garantia consistente, por força do referido decreto, nessa transferência de propriedade do devedor para o credor.

Ainda na conceituação dos sujeitos participantes da propriedade fiduciária o ministro Moreira Alves registra que o credor é proprietário fiduciário com posse indireta e o devedor, por sua vez, possui a expectativa recuperar a propriedade plena tão logo pague o débito.

A finalidade social do instituto, destacou, é a de permitir ao devedor que utilize a coisa dada em garantia ao tempo em que pouco a pouco satisfaz o crédito assumido,

[459] O art. 1º do Decreto-Lei 911 deu a seguinte redação ao art. 66 da Lei n. 4.728/65: "A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com tôdas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal." O dispositivo foi revogado pela Lei 10.931/2004.

"muitas vezes, inclusive, como instrumento de trabalho para a obtenção dos recursos necessários ao pagamento do débito."

Assim é que, nesse contexto, é possível falar no direito brasileiro em duas espécies de depósito: o depósito necessário, decorrente de lei e previsto, especialmente, no art. 1.265 do Código Civil de 1914; e o depósito convencional, que decorre, apenas e tão somente, da vontade das partes. Estabelecido esse conceito civilista e retornando ao texto constitucional, o ministro Moreira Alves destacou o inc. LXVII do art. 5º da Constituição não faz distinção entre as espécies de depósito, razão pela qual seja qual for a hipótese do depositário ela se enquadra normalmente na figura do depositário infiel prevista no referido dispositivo constitucional estando, por conclusão óbvia, excepcionado da vedação da prisão civil.

No que refere ao Pacto de São José da Costa Rica é rechaçada a ideia de que a referida carta internacional possa direcionar a interpretação do texto constitucional restringindo o alcance das exceções previstas no dispositivo constitucional em comento e, realça o ministro Moreira Alves, "note-se que essas exceções se sobrepõem ao direito fundamental do devedor em não ser suscetível de prisão civil, o que implica em verdadeiro direito fundamental dos credores de dívida alimentar e de depósito convencional ou necessário."

Ao fim, e ainda sobre o referido Pacto São José, lembra que o referido diploma deve ser interpretado levando em consideração não só o § 7 do art. 7º, mas, também, o § 2 do mesmo artigo que determina que não haverá privação de liberdade física "salvo pelas causas e nas condições previamente fixada pelas Constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas." Essas foram, portanto, as razões que levaram o Ministro Moreira Alves a indeferir o *habeas corpus*.

O ministro Maurício Corrêa, que a propósito foi o primeiro a abrir a divergência, firmou seu entendimento, já no voto proferido perante a Segunda Turma, no sentido de que o Decreto-lei 911 foi recepcionado pela Constituição Federal. Ademais, complementou o ministro, houvesse o referido decreto-lei sido reputado inconstitucional o instituto da alienação fiduciária restaria imprestável; e isso, pois, segundo a fundamentação do ministro, a segurança nas vendas que se processam com essa garantia está atrelada justamente a possibilidade de decretação da prisão.

Nesse sentido, concluiu o ministro Maurício Corrêa: "a jurisprudência do STF é iterativa neste sentido. O Decreto-lei 911, que disciplina as vendas com garantia

fiduciária, muito ao contrário do que sustentado, manteve a prisão civil. Fiel, portanto, a essa orientação mansa e pacífica da Corte, conheço da impetração, mas a indefiro."

Em seu voto levado ao Plenário, o ministro Maurício Corrêa ressaltou não ofertar ao Pacto de São José da Costa Rica a força normativa que por vezes se pretende. Nesse sentido, afirmou que "elevar à grandeza de ortodoxia essa hermenêutica seria minimizar o próprio conceito da soberania do Estado-povo na elaboração de sua Lei Maior."

Reiterou, ainda, o entendimento já esposado pelo Ministro Moreira Alves no sentido de que o inc. LXVII do art. 5º menciona apenas a expressão depositário infiel sem, contudo, diferenciar o depósito voluntário do depósito legal.

Após citar um precedente da Corte e de mencionar a doutrina de Pontes de Miranda, o ministro Maurício Corrêa concluiu não haver "nenhuma razão ou plausibilidade para não acompanhar a jurisprudência consolidada da Corte, antes e depois de 5 de outubro de 1988." Assim, conheceu e indeferiu o *habeas corpus*.

O ministro Ilmar Galvão, por seu turno, também acompanhou a divergência afirmando que o fiel depositário no contrato de alienação fiduciária é figura albergada pelo direito positivo e em cujo contexto não se afigura possível falar me prisão por dívida, pois o adquirente fiduciário ao executar o contrato de depósito está exigindo a restituição do bem, e não o pagamento das prestações vencidas. Assim, "a resistência à restituição é que pode acarretar a prisão, não a inadimplência."

Sobre o Pacto de São José, afirmou que não é possível que por sua força se tenha por revogadas as diversas normas que cuidam do depósito no direito brasileiro. Citou, nesse sentido: os arts. 276 e 284 do Código Comercial de 1859 a tratar do penhor e do depósito mercantil; o art. 774 do Código Civil a tratar do penhor civil; o art. 17 do Decreto-lei 167/67 a tratar do penhor rural; e o art. 28 do Decreto-Lei 413/69 a tratar do penhor industrial.

Ainda, destaca o ministro Ilmar Galvão, em se adotando a proposta do ministro relator o Supremo Tribunal estaria fadando ao desuso, por inútil, não apenas a alienação fiduciária em garantia, mas também o penhor. Circunstância ainda mais discutível no contexto de países em desenvolvimento. Nesse sentido, afirma:

> Trata-se, aliás, da única interpretação razoável suscetível de ser dada à norma sob apreciação, instituída pelo referido Pacto. Pelo singelo motivo de não ser possível admitir que, não apenas o Brasil, mas também os demais países que subscreveram a Convenção de São José, ou a ela aderiram, na maioria subdesenvolvidos, houvessem

> tido a iniciativa de esvaziar de eficácia a garantia representada pelo depósito embutido nos contratos acima enumerados, ao despoja-los do elemento coercitivo que lhe confere o prestígio que tem como garantia, deixando praticamente à míngua de qualquer proteção a instituição do crédito, unanimemente tida como a mola propulsora da atividade econômica e, portanto, do desenvolvimento.

Por fim, registro que nada obstante toda argumentação alinhada em seu voto, estaríamos, no que refere ao Pacto de São José, "diante de norma de caráter geral que não tem o efeito de revogar leis de natureza especial como o são as acima citadas, no que toca à previsão da prisão civil." Razões pelas quais indeferiu o *habeas corpus*.[460]

O ministro Celso de Mello, a sua vez, também acompanha a divergência capitaneada pelo ministro Moreira Alves e abre seu voto referindo que o Pacto de São José da Costa Rica, nada obstante consubstanciar importante ato internacional a reiterar grandes princípios generosamente proclamados pela Declaração Universal, possui "o mesmo plano e grau de eficácia em que se posicionam as leis internas", não havendo que se falar, "em nenhuma hipótese", em superposição ao que prescreve a Constituição Federal. Nesse contexto, afirma o ministro que:

> A ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República.
> (...)
> Não me parece que o Estado brasileiro deva ter inibida a prerrogativa institucional de legislar sobre prisão civil, sob o fundamento de que o Pacto de São José teria pré-excluído, em sede convencional, a possibilidade de disciplinação desse mesmo tema pelo Congresso Nacional.

Ressalta, ainda, o ministro Celso de Mello, a importantíssima razão - que se sobrepõe incontornavelmente ao quanto arrazoado pelos ministros Francisco Rezek e Carlos Velloso – de que a possibilidade jurídica de o legislador ordinário instituir a prisão civil para os casos de depositário infiel está assentada no próprio texto da Constituição, cuja autoridade não se sujeita aos tratados internacionais. Vale dizer: "evidente que a legitimidade jurídica da prisão civil do depositário infiel tem, na própria Constituição

[460] Curioso notar que o ministro Ilmar Galvão não chega a indeferir expressamente o habeas corpus, mas apenas afirma: "São essas, Sr. Presidente, em breves palavras, algumas das razões pelas quais, com todas as vênias, não posso acompanhar os doutos votos dos eminentes Ministro Relator e Francisco Rezek."

- e não em outros instrumentos normativos de inferior qualificação hierárquica -, o fundamento de sua autoridade e o suporte direto de sua validade e eficácia."

Assim, após arrematar seu voto citando doutrina pertinente e fazendo breve menção sobre o regramento da prisão civil (não possui natureza de pena, as pessoas sujeitas à prisão civil não podem ser recolhidas em celas comuns, e.g.), o ministro Celso de Mello indeferiu o habeas corpus.

O ministro Octavio Gallotti acompanhou o voto do ministro Moreira Alves por seus próprios fundamentos e reafirmou "a jurisprudência até aqui firmada pelo Supremo Tribunal Federal, para a qual colaborei e a que me mantenho fiel."

O ministro Sydney Sanches, na mesma linha, lembrou que essa discussão de colocou a primeira vez quando ainda era "Juiz de primeiro grau em São Paulo", que o entendimento desde então é pela recepção do Decreto-Lei 911/69 e pela compatibilidade da prisão civil com a Constituição e com o Código Civil e que, com o advento da Constituição Federal de 1988 "a meu ver, nada mudou a esse respeito." A única novidade, ressalva o ministro, é o Pacto de São José da Costa Rica e que, por trazer normas gerais sobre liberdade não pode revogar normas especiais previstas na legislação brasileira. Assim, valendo-se dos fundamentos apresentados pelos ministros Moreira Alves, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Celso de Mello e Octavio Gallotti, indeferiu o habeas corpus.

O ministro Néri da Silveira, também acompanhando a divergência, lembrou que o Pacto de São José da Costa Rica possui hierarquia de norma ordinária e que, por considerar que norma geral não revoga norma especial anterior, não há que se cogitar de revogação do Decreto-Lei 911/69 pelo mencionado normativo internacional. Conclui o ministro, portanto, que "certo está, assim, que essa Convenção não revogou, com sua entrada em vigor no País, as leis especiais que regulam as figuras de depositário infiel, entre elas, o Decreto-lei n.º 911/1969." Razão pela qual indeferiu o habeas corpus.

4.2.4 Ementa do julgado.

> EMENTA: "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel.
> - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desafigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do art. 5º, LXVII da Constituição de 1988.
> - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de

alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica.
"Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida.

4.2.5 Conclusões.

Andou bem o Supremo Tribunal Federal ao decidir o HC 72.131/RJ e indeferir, por maioria, a ordem de "habeas corpus". E isso, pois, como muito bem salientado na ocasião pelo ministro Néri da Silveira, nada há a justificar qualquer alteração jurisprudencial por parte do Tribunal que não seja a adesão, pelo Brasil, do Pacto de São José da Costa Rica, por força do Decreto n.º 678/1992.

Tratando-se o normativo internacional da única novidade, seja no plano dos fatos, seja no plano do direito, é de se considerar acertada a fundamentação do ministro Celso de Mello no sentido de que a legitimidade (a prerrogativa jurídica) do Congresso Nacional em instituir e regulamentar a prisão civil nos casos expressos pela Carta (dívida alimentar e depositário infiel) decorre da própria Constituição. Vale dizer, a instituição pelo legislador ordinário de prisão civil, dentro das duas hipóteses mencionadas, encontra como fundamento e suporte direto de sua validade e eficácia do texto constitucional. Prerrogativa essa que, portanto, não pode ser nulificada por instrumento internacional de estatura inferior.

É digno de nota que mesmo a concessão da ordem de "habeas corpus" nos termos do voto do relator ministro Marco Aurélio não foi, a rigor, pela flexibilização ou desconsideração do texto constitucional. A fundamentação do voto referido concentrou-se em perquirir sobre o âmbito normativo do texto, em especial no que diz com a definição do que seja, para o direito, "depositário infiel". Assim é que, da forma que seja e ainda que não seja a mais adequada, a nosso ver a fundamentação e interpretação proposta pelo relator se afigura absolutamente legítima, pois questionadora da interpretação do texto em si da Constituição sem romper-lhe o sentido literal e o alcance possível.

Por fim, registro o argumento utilizado pelos ministros Carlos Velloso e Francisco Rezek ao mencionar o fato de que o Decreto-lei 911/69 foi "baixado por uma Junta Militar" sem, entretanto, concluir expressamente quais as consequências jurídicas desse fato. Os normativos "baixados" pelos governos e juntas militares seriam, por essa só razão, inconstitucionais? Teriam sua normatividade mitigada? São questionamentos para os quais encontramos respostas nos fundamentos aduzidos pelos dois ministros.

4.3 Tema 03. A fidelidade partidária na Corte Moreira Alves. Paradigma: MS 20.927-DF.

4.3.1 Colocação do tema em análise.

Trata-se de mandado de segurança interposto pelo terceiro suplente diplomado pela Coligação Aliança Popular (PDS, PFL, PTB). Narrou-se na inicial que após o licenciamento de uma deputada federal e o falecimento de outro deputado federal, ambos titulares, foram chamados, na exata ordem de diplomação, o primeiro e o segundo suplentes. Este último chamado após desligar-se do Partido Frente Liberal, partido pelo qual fora eleito, e filiar-se ao Partido Liberal.

O terceiro suplente, portanto, ingressou com a segurança argumentando que o suplente que se desliga do partido coligado e pelo qual elegeu-se perde a referida condição de suplente, razão pela qual requereu concessão da segurança para a sua própria investidura definitiva no cargo de deputado federal.

Se fez constar como autoridade coatora o Presidente da mesa da Câmara dos Deputados e, como litisconsorte passivo, o segundo suplente que, segundo narrado na ação, houvera praticado infidelidade partidária.

A autoridade coatora, em suas informações, sustenta que nenhum dos dispositivos citados pelo impetrante autoriza a conclusão pela sanção de perda do direito à suplência; aduz, igualmente, que os argumentos apresentados no mandado de segurança não resistem ao fim do princípio da fidelidade partidária decorrente da Emenda Constitucional 25/85 e do art. 55 da Constituição Federal de 1988.

O litisconsorte passivo – segundo suplente – se respaldou na tese de que apenas a justiça eleitoral poderia cassar sua diplomação como suplente, o que deveria ter sido requerido pelo impetrante no terceiro dia do ato de filiação a outro partido e, não o havendo feito, teria se consumado a preclusão.

O Ministério Público Federal, por sua vez, mesmo reconhecendo "não haver dispositivo legal expresso a respeito" opinou por se considerar indispensável para assunção à vaga na Câmara Federal que o suplente mantenha-se filiado ao partido político pelo qual se elegeu, "seja quando a vaga aberta pertence ao próprio partido ou à coligação por ele feita." Citou os artigos 112 e 113, ambos do Código Eleitoral[461],

[461] **Código Eleitoral** (Lei 4.737/1965). **Art.112**. Considerar-se-ão suplentes da representação partidária: I - os mais votados sob a mesma legenda e não eleitos efetivos das listas dos respectivos partidos; II - em caso de empate na votação, na ordem decrescente da idade. (...) **Art. 113**. Na ocorrência de vaga, não havendo suplente

como respaldo normativo ao opinativo. O entendimento do órgão ministerial, portanto, foi pela concessão da ordem.

4.3.2 Dispositivos constitucionais em análise.

São dois os dispositivos constitucionais pertinentes a análise do tema em questão: art. 17, § 1; e art. 55. A seguir o texto dos dispositivos:

> **Constituição Federal, art. 17**. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: (...) § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias.[462]
> **Constituição Federal, art. 55**. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

Trata-se de dispositivos que preveem não apenas as possibilidades e os limites que devem ser observados no ato de criação dos partidos políticos, aos quais se assegura a autonomia para definir sua estrutura interna e funcionamento a determinar que os respectivos estatutos prevejam as normas referentes a disciplina e fidelidade partidárias (art. 17, § 1º), mas, também, prevê as hipóteses nas quais o parlamentar, seja Senador ou Deputado, perderá o seu mandato eletivo (art. 55).

Plano comparado se encontra, sobre a criação de partidos políticos, o art. 77 da Constituição uruguaia; sobre o mesmo tema o art. 10, item 2, da Constituição portuguesa. Sobre a perda de mandato, também a Carta portuguesa a prevê no art.

---

para preenchê-la, far-se-á eleição, salvo se faltarem menos de nove meses para findar o período de mandato.

[462] O parágrafo primeiro do art. 17 foi alterado duas vezes no presente regime constitucional. Pela Emenda Constitucional 52/2006 e pela Emenda Constitucional 97/2017. Atualmente o texto possui a seguinte redação: "**Constituição Federal, art. 17, § 1º**. É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária."

160. No plano internacional, sobre a criação dos partidos políticos, se encontra com rapidez o art. 21 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e o art. 25 do Pacto Universal dos Direitos Civis e Políticos.

Um breve olhar ao art. 17 da Constituição, denota, de plano, a importância dos partidos políticos no nosso desenho constitucional. Tratam-se de instituições com personalidade jurídica com caráter nacional, um grau razoável de autonomia, com acesso aos dinheiros do fundo partidário, que devem prestar contar à Justiça Eleitoral e que estão protegidas do assédio de entidades ou governos estrangeiros.

Configuram, os partidos políticos, a viga mestra do nosso sistema de democracia representativa e na qual o pluralismo político representa um dos fundamentos (princípio fundamental) da República, nos termos do art. 1º da Constituição.[463]

O art. 55 da Constituição, por sua vez, complementa o art. 54. Este estabelecendo vedações e incompatibilidades, aquele estabelecendo a sanção para os casos de desrespeito ao quanto firmado no artigo antecedente, fazendo incluir outras hipóteses. Demonstra, o art. 55, especialmente em complemento com o art. 54, que deve haver responsabilidade e limites no exercício do mandato eletivo, pois é através dele que se implementa a democracia representativa, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Constituição.

Desse modo é que os partidos políticos e os mandatos eletivos estão na base e dão sustentação institucional ao nosso sistema de democracia constitucional representativa. São instituições, portanto, que "viabilizam a canalização das variadas ideologias e concepções políticas (valores éticos, religiosos, econômicos, estéticos, etc.) que pululam numa sociedade marcada pelo pluralismo"[464]

4.3.3 Posição do Tribunal no Tema.

A posição do Tribunal foi a de, por maioria, indeferir o mandado de segurança. Vencidos os ministros Celso de Mello, Paulo Brossard, Carlos Madeira e Sydney Sanches.

---

[463] Para aprofundamento, ver: BISPO SOBRINHO, José. **Comentários à lei orgânica dos partidos políticos**. Brasília: Editora Jurídica; BONAVIDES, Paulo. A decadência dos partidos políticos e o caminho para a democracia direta. **Revista da OAB**, Rio de Janeiro: Conselho Federal da OAB, n. 62, p. 57-67, jan. /jun. 1996; MEZZAROBA, Orides. **Partidos políticos**: princípios e garantias constitucionais Lei n. 9.096/1995 – anotações jurisprudenciais. Curitiba: Juruá.

[464] STRECK, Lenio; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; et alli. Comentário ao art. 55. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva / Almedina, 2018, p. 2061.

O ministro Moreira Alves, sorteado relator para o feito, argumentou em seu voto que a Emenda n.º 1/69, estabelecia, no parágrafo único do art. 152[465], o princípio da fidelidade partidária. Princípio esse que foi alijado do texto constitucional de 1969 pela Emenda Constitucional n.º 25/85. A seguir, para a mais ágil e melhor compreensão, transcrevemos o trecho que traduz, a nosso ver, o núcleo argumentativo do voto do ministro relator:

> Com essa Emenda Constitucional nº 25/85, deixou de existir esse princípio de fidelidade partidária, e, em razão disso, a mudança de Partido por parte de Deputado não persistiu como causa de perda de mandato, revogado o inciso V do artigo 35 que enumerava os casos de perda de mandato.
> Na atual Constituição, também não se adota o princípio da fidelidade partidária, o que tem permitido a mudança de Partido por parte de Deputados sem qualquer sanção jurídica, e, portanto, sem a perda de mandato.
> Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças aos votos de legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, "a"; 58, § 1º; 58, § 4º; 103, VIII). Não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o artigo 55.

Além disso, avança o ministro relator, a vinculação ao partido é condição de elegibilidade, nos termos do § 3º do art. 14 do texto constitucional, mas não condição para a posse do suplente diplomado. O nosso sistema, frisa, não "exige qualquer modalidade de fidelidade partidária para os eleitos". Assim é que é o direito à posse do suplente decorre com exclusividade do diploma que lhe foi conferido pela justiça eleitoral. Razões pelas quais o ministro Moreira Alves indeferiu o mandado de segurança.

---

[465] **Emenda Constitucional n.º 1/1969**, **art. 152**. A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios: (...) **Parágrafo único**. Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmara Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa.

O ministro Celso de Mello, abrindo divergência, votou pela concessão da ordem. Argumentou, o ministro, que as candidaturas políticas se consubstanciam em um monopólio dos partidos políticos, razão pela qual inexiste, nos termos da Constituição, possibilidade de candidaturas extrapartidárias. Os partidos políticos são, portanto, indispensáveis na dinâmica do processo político nacional.

A exigência de fidelidade partidária, portanto, e em vistas da intensa e condicionante vinculação partidária do mandato político, configura "um valor constitucional revestido de elevada significação político-jurídica, a qual se deve dar consequências, sob pena de inibição de seu conteúdo eficacial." Nada obstante, argumenta o ministro Celso de Mello, considerando a taxatividade do art. 55 da Constituição Federal, "não há mais que aludir à perda do mandato representativo por ato de infidelidade partidária." Argumento e conclusão que, destacamos, o ministro empresta apenas ao titular de mandato eletivo. E isso, pois, segundo fundamenta, "outra é a situação do suplente, que, precisamente por não titularizar mandato legislativo, não dispõe das prerrogativas institucionais concedidas aos congressistas e nem sofre as incompatibilidades a estes impostas." Nesse contexto, conclui: "O estatuto dos congressistas reside na própria Constituição. A condição jurídica do suplente é disciplinada por lei."

Feita essa distinção jurídica entre o titular e o suplente, o ministro Celso de Mello afirma que os votos obtidos em eleição são sempre da legenda partidária. "Os votos computados constituem, em nosso Direito positivo, um patrimônio dos partidos políticos." Dessa premissa é que parte para a conclusão de que a atualidade do vínculo partidário com a agremiação política pela qual disputou o pleito eleitoral é condição indispensável para que o suplente possa assumir o mandato. Razão pela qual votou pela concessão do mandato de segurança.

O ministro Sepúlveda Pertence, acompanhando o relator para indeferir a ordem, inicia seu voto refletindo sobre as razões para o reconhecimento da fidelidade partidária no contexto da Constituição de 1988 se baseia "na idealização e no transplante, para o nosso regime positivo de representação proporcional, de uma ortodoxia do sistema, pensada em termos abstratos, que a nossa Constituição não conhece."

Assim é que, afirmando não estar convencido da distinção entre titular e suplente promovido pelo ministro Celso de Mello, o ministro Sepúlveda Pertence afirma a taxatividade das hipóteses de perda de mandato previstas no art. 55, da Constituição Federal, reflete sobre a "falta, em nosso direito constitucional vigente, de base para decretar a perda de mandato de titular" para, então, votar pelo indeferimento da segurança.

O ministro Paulo Brossard, acompanhando a divergência inaugurada pelo ministro Celso de Mello, argumentou que os partidos continuam a ser instrumentos imprescindíveis para a formação dos poderes políticos, em todas as esferas da federação e que a Constituição, ao manter a representação proporcional, manteve também, "agora de maneira implícita, a fidelidade partidária." Sob um ponto de vista mais pragmático, ponderou:

> Um partido que elege vinte deputados, não pode ficar com sua representação reduzida a quinze, dez, cinco ou nenhum deputado, e um partido que tenha eleito um não pode locupletar-se com os eleitos por outro partido e apresentar-se com uma representação que não é sua, de cinco, dez, quinze ou vinte deputados. Ou a escolha do candidato por um partido, o seu registro, a sua eleição, a sua diplomação, enfim, todo o processo eleitoral não vale nada e não passe de mero e grotesco simulacro.

"A questão partidária é séria demais para que se não lhe dê um tratamento igualmente sério", pondera e lembra que deve ser afastado o argumento no sentido de que a Constituição de 1988 não reproduziu explicitamente o princípio da fidelidade partidária, tal como previsto no art. 152 da EC 1/69. E isso, pois, segundo argumenta, à semelhança da Constituição de 1988, também a de 1946 não consagrou explicitamente a fidelidade partidária e, nada obstante, essa circunstância não foi empecilho para que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconhecesse, de forma unânime, o direito ao segundo suplente que se encontrava na mesma situação que o impetrante em caso. Tribunal estadual do qual, frisou o ministro, "faziam parte três futuros Ministros do Supremo Tribunal Federal, os então desembargadores Eloy José da Rocha, Carlos Thompson Flores e Soares Muñoz." O acórdão citado, original do TJRS, fundamentou-se, em grande parte, na tese de que os votos obtidos em eleições configuram patrimônio eleitoral dos partidos políticos.

Assim é que a convocação do suplente que por livre vontade abandonou o partido pelo qual concorreu à eleição e se filiou a outro configuraria, no dizer do ministro Paulo Brossard, "lesão nítida ao partido sob cuja legenda concorrera." Razão pela qual votou pela concessão da ordem.

O ministro Célio Borja, a seu turno, concentrou-se em uma das questões prejudiciais de mérito para concluir que a Mesa da Câmara não praticou qualquer ilegalidade ou abuso de poder, razão incabível o mandado de segurança em questão. Lembrou o ministro que, em prestígio ao princípio da separação dos poderes e a própria criação da justiça eleitoral, que não deve o Poder Legislativo por suas mesas questionar a

legitimidade do título de diplomação dos candidatos eleitos. Por essa razão, concluiu que "a Mesa da Câmara – e não quero sequer invocar a modestíssima experiência que tenho da vida pública e da vida parlamentar – invariavelmente, desde que se criou no Brasil a Justiça Eleitoral, se recusa a fazer esse tipo de exame."

Assim, sendo privativa do Poder Judiciário o exame sobre a legitimidade do título de diplomação, votou pelo indeferimento do mandado de segurança.

O ministro Carlos Madeira, afirmando "que a discussão já vai por demais longa", utilizou como razões de decidir – sem a correspondente transcrição – a fundamentação por ele expendida por ocasião do MS 20.916-DF, que fora julgado na mesma sessão, para a concessão da ordem.

O ministro Octavio Gallotti, segundo o exemplo do seu antecessor, acompanhou o relator para indeferir o mandado de segurança "na mesma linha de argumentação do voto que proferi no precedente cujo julgamento foi concluído na sessão de hoje."

O ministro Sydney Sanches, frisando o § 1º do art. 17 da Constituição Federal, afirma que "a norma impõe o entendimento de que os estatutos não podem dispensar a fidelidade partidária, sob pena de se inviabilizar a representação dos partidos. Se os estatutos não podem dispensá-la, é porque ela é inarredável, no sistema."

Partindo dessa premissa afirmou, parecendo surpreso, que nada obstante "todos nós nos mostramos indignados com a possibilidade de o parlamentar já empossado se conduzir com infidelidade (...) é acatada, agora, pela douta maioria, a extensão do direito à infidelidade." Trata-se, na dicção do ministro Sydney Sanches, de ilogismo constitucional. Razões pelas quais deferiu a ordem acompanhando os ministros Celso de Mello, Paulo Brossard e Carlos Madeira.

O ministro Francisco Rezek inicia seu voto refletindo sobre o contexto histórico no qual a Constituição foi elaborada, e o fez nos termos a seguir:

> A Constituição tem naturalmente um subsolo. Este consiste, basicamente, nas suas circunstâncias, no seu momento histórico. Não foi por acaso que o constituinte de 88 se omitiu de prescrever, com a riqueza vernacular quantitativa que usou em tantos temas menores, sobre a fidelidade partidária. Não quis fazê-lo por acreditar, provavelmente, que não saíamos ainda daquela zona cinzenta em que nos encontramos desde os acontecimentos de 64, ou, mais precisamente, desde quando dissolvidos os antigos partidos políticos – resultando no abandono da vida pública por homens da estatura do nosso antigo colega Oscar Corrêa. Isso é uma realidade que o

> constituinte deve ter querido prestigiar, e ao direito positivo me atenho.

Assim é que ao se ater ao direito positivo o ministro afirma: "Receio não encontrar no direito pátrio, tal como hoje posto, o que me autorize a reclamar do suplente essa postura que levaria, no caso, ao deferimento da segurança." Razão pela qual acompanhou o relator para denegar a segurança.

O ministro Aldir Passarinho, também acompanhando o relator para denegar a ordem, afirmou que não é possível falar em omissão da Constituição, pois o tema sempre esteve presente em nossa história constitucional. Cita a EC 1/69 que expressamente previu o princípio da fidelidade partidária e a Emenda Constitucional n.º 11 que, na sequência, abrandou a regra. Registra sua visão de que, "no nosso sistema, o ideal seria a prevalência da vinculação aos partidos políticos", mas que, nada obstante essa perspectiva do que seja o modelo ideal, "não se encontra na Constituição Federal, nem na legislação pertinente, nada, absolutamente nada, que implique na perda do mandato do deputado ou do senador como, também, na perda de suplência, no caso de mudança de partido."

Por fim, anotando a taxatividade das hipóteses de perda de mandato previstas no art. 55, do texto constitucional, vota pelo indeferimento do mandado de segurança.

O ministro Néri da Silveira, Presidente da Corte e último a votar, lembrou que desde a Emenda Constitucional n.º 25/1985 "não mais se contempla, na ordem constitucional, regra a autorizar a decretação da ineficácia do título pelo fato da desvinculação partidária." Ainda, tal qual o ministro Aldir Passarinho, registra seu entendimento de que, "de lege ferenda" o sistema ideal deveria comportar norma impositiva dessa vinculação. Porém, o texto contido no art. 55, da Constituição Federal não autoriza a impedir o suplente de alcançar o mandato. Razão pela qual acompanhou o relator para indeferir o mandado de segurança.

4.3.4 Ementa do julgado

> EMENTA: - Mandato de Segurança. Fidelidade Partidária. Suplente de Deputado Federal.
> Em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela Justiça Eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido político ou aliança partidária pelo qual se elegeu.
> A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos

parlamentares empossados se estende, no silêncio da Constituição e da lei, aos respectivos suplentes.
Mandado de segurança indeferido.

4.3.5 Conclusões

Andou bem a Corte ao indeferir o mandado de segurança. Por relevantes que sejam os partidos políticos na nossa dinâmica do exercício do poder, a taxatividade do art. 55 da Constituição se afigura intransponível.

Bem ressaltou o ministro Aldir Passarinho que sequer de omissão constitucional se trata. As reformas constitucionais ocorreram, primeiro para abrandar a regra nos termos da Emenda Constitucional nº 11/1978, depois para excluir a regra do texto constitucional a partir da Carta de 1988. Todos os ministros, invariavelmente e inclusive os que votaram pela concessão da ordem, reconheceram que não há na Constituição regra expressa a incluir hipótese de infidelidade partidária como causa para perda do mandato.

Diferente da Constituição portuguesa que expressamente prevê em seu art. 160, 1, c, que perderão os mandatos os deputados que se "inscrevam em partido diverso daquele pelo qual foram apresentados a sufrágio", a Constituição brasileira não trouxe regra expressa nesse sentido. Previu, sim, outras hipóteses de perda do mandato.

Regra semelhante, no nosso contexto constitucional atual, serviria para reforçar a posição institucional dos partidos políticos e, queremos crer, ofertar um pouco mais de estabilidade para a nossa frenética vida política. Trata-se, assim, de inclusão que, "*de lege ferenda*" e tal como fizeram diversos ministros no julgamento em questão, julgamos salutar para a nosso sistema.

Ocorre que o nosso sentimento de como a Constituição deveria ser não pode se substituir à realidade de como ela efetivamente é. Insistimos: "A perda de mandato por ato de infidelidade partidária não está prevista na Constituição de 1988. O art. 55 da Constituição de 1988 enumera uma série de possibilidades que poderiam levar o representante legislativo a perder o seu mandato; porém, em nenhuma hipótese arrolada, está prevista a perda por infidelidade ao partido."[466]. Nem se está a tratar de qualquer sugestão de ortodoxia excessiva na interpretação do texto constitucional, mas, antes, de respeito ao referido texto. É de se insistir que, como já dito, a taxatividade

[466] MEZZAROBA, Orides. Comentário ao art. 17. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva / Almedina, 2018, p. 1374.

das hipóteses de perda de mandato se apresenta incontornável. Inadequado, portanto, cogitar de criação de nova hipótese de perda de mandato, em evidente prejuízo de senadores e deputados, pela via pretoriana. Questão que, de resto e sem pretender esvaziar a complexidade do tema, que é auto evidente, poderia ser resolvida a partir do postulado hermenêutico de que regras restritivas de direito se interpretam restritivamente[467] Parâmetro interpretativo já diversas vezes reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.[468]

4.4 Tema 04. O controle da omissão legislativa na Corte Moreira Alves. Paradigma: QO-MI/DF 107.

4.4.1 Colocação do tema em análise.

Trata-se de mandado de injunção impetrado em face do Presidente da República, objetivando a suspensão do licenciamento do impetrante perante o serviço ativo do Exército brasileiro por contar com mais de 09 (nove) anos de serviço como oficial R/2 da referida instituição militar. O argumento central da ação é o de que a lei referida no § 9º do art. 42 da Constituição Federal previa sobre a necessidade de lei para dispor sobre os limites de idade, a estabilidade e o que mais fosse pertinente à transferência do servidor militar para a inatividade.[469]

---

[467] "Assim, por exemplo, recomenda-se que toda norma que restrinja os direitos e garantias fundamentais reconhecidos e estabelecidos constitucionalmente deva ser interpretada restritivamente. O mesmo se diga para as normas excepcionais: uma exceção deve sofrer interpretação restritiva. No primeiro caso, o telos protegido é o postulado como de tal importância para a ordem jurídica em sua totalidade que, se limitado por lei, esta deve conter, em seu espírito (mens legis), antes o objetivo de assegurar o bem-estar geral sem nunca ferir o direito fundamental que a constituição agasalha. No segundo argumenta-se que uma exceção é, por si, uma restrição que só deve valer para os casos excepcionais. Ir além é contrariar sua natureza." Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação., 7 ed., São Paulo: Atlas, p. 269.
No mesmo sentido: "Interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição, sendo esse o caso daqueles que cerceiam, embora temporariamente, a liberdade, ou as garantias da propriedade." Cf. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 313.

[468] Apenas ilustrativamente, recordamos o ministro Marco Aurélio, que por ocasião do AI 749373 AgR, julg. 18/05/2012, afirmou que "É sabença geral que norma restritiva de direito apenas viabiliza a interpretação estrita."; também o ministro Ricardo Lewandowski, que por ocasião da SL 1028, julg. 09/09/2016, afirmou que "não se revela admissível a imposição da medida drástica prevista no parágrafo único do art. 20 da Lei 8.429/1992, que, sendo norma restritiva de direito, não admite interpretação ampliativa ou extensiva".

[469] Redação que vigorou até a Emenda Constitucional n.º 18, de 1998: "**Art. 42**. São servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares. (...) **§ 9º** A lei disporá sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade."

Foi requerido, em liminar, que fosse suspenso o ato de licenciamento ao autor das fileiras do Exército brasileiro até que se editasse norma regulamentar da matéria, nos termos do texto constitucional.

A questão foi distribuída para a relatoria do ministro Moreira Alves que "tendo em vista, porém, a controvérsia sobre a auto-aplicabilidade, ou não, do mandado de injunção, solicitei, por despacho a fls. 68, parecer da Procuradoria Geral da República.

O subprocurador geral da república, Inocêncio Mártires Coelho, em parecer profundo e exauriente do tema em apreço, opinou pela inaplicabilidade imediata (ou automática) do mandado de injunção com fundamentação que, pensamos, pode ser sintetizada sem prejuízo na passagem a seguir:

> 48. Usando, neste passo, as indicações feitas por Manoel Antonio Teixeira Filho, logo na abertura do trabalho antes indicado, diremos que falta praticamente tudo para que se torne aplicável o preceito constitucional instituidor do mandado de injunção, eis que, a rigor, não se sabe o momento a partir do qual pode ser exercitado o direito de impetrar a injunção; quem se encontra legitimado para requerê-la; qual o seu objetivo; qual a natureza e quais os efeitos do provimento jurisdicional que, através da injunção, se intentará obter; que outros juízos ou tribunais, afora os já indicados na Constituição, poderão processar e julgar os mandados; finalmente, qual o procedimento adequado ao exame da impetração.
> 49. Trata-se, quer se queira, quer não, de ver as coisas como as coisas são: em que pese aos meritórios esforços de todos quantos se têm empenhado em sustentar que o mandado de injunção pode ser prontamente utilizado, para a fruição dos direitos, liberdades e prerrogativas mencionadas no art. 5º, inc. LXXI, da Constituição, não vemos como viabilizar desde logo essa utilização – pelo menos para a fruição direta e imediata de tais direitos, liberdades e prerrogativas – sem a edição de norma infra-constitucional, que lhe trace os contornos mínimos e permita ao Poder Judiciário, com segurança, dar a cada um o que for seu.
> 50. Sem essa regulamentação, de caráter geral, mal grado os atributos de serenidade e lucidez, que são apanágio da nossa magistratura, corremos o risco de, embalados pelo generoso desejo de assegurar imediata utilização a esse auspicioso instrumento, que é o mandato de injunção, acabar por desprestigiá-lo seja pela ineficácia das decisões acaso proferidas sem balizamento legal, seja pela contradição de critérios, que fatalmente ocorreria se o aludido instrumento ficasse entregue à discrição mesmo judiciosa, dos milhares de magistrados que integram o Poder Judiciário do País.
> 51. Assim, impõem-se reconhecer que não é auto-aplicável o preceito constituiconal instituidor do mandado de injunção – o art. 5º, inc. LXXI, da Lei Maior – porque, inobstante o § 1º desse artigo declarar

> que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, inobstante isso, aquele preceito não contém os elementos mínimos que permitam a sua imediata execução.
> (...)
> 53. Diante do exposto, impõem-se concluir, no sentido de que, enquanto não for regulamentado o preceito instituidor do mandado de injunção, este, não poderá ser utulizado, assim como não poderão ser exercidos os direitos e prerrogativas constitucionais, cujas normas consagradoras, os elementos mínimos de que necessitam juízes e tribunais para a emissão de provimentos jurisdicionais.

O procurador geral da república Aristides Junqueira Alvarenga, tecendo loas à fundamentação do parecer de Inocêncio Mártires Coelho, não aderiu, entretanto a conclusão acima referida. Para isso, o procurador geral apontou o que segue:

> Sob esse aspecto, parece que a conclusão no sentido de que o preceito carece de complementação legislativa termina por esvaziar ou, pelo menos, reduzir consideravelmente a utilidade desse instrumento, na finalidade de tornar operante o exercício dos direitos e liberdades constitucionais.
> A grande maioria das questões apontadas pela doutrina, em torno do mandado de injunção, está ligada à própria interpretação do preceito constitucional que institui essa garantia, matéria a ser dirimida pelo próprio Judiciário. De várias interpretações possíveis de uma norma, apenas uma é exata e as demais falsas, não subsistindo, nesse campo, nenhuma margem de discrição política ao legislador.
> Ponto sobre o qual, a nosso ver, recaem as maiores dificuldades é o relativo ao processo para o exercício dessa garantia constitucional. Embora o mandado de injunção, por sua própria finalidade, reclame um processo especial, parece que pode ser adotado, por analogia, o processo estabelecido para o mandado de segurança, como acentua a maioria dos autores (H. L. Meirelles, Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data, 12ª ed., 1988, p. 135; Uderico Pires dos Santos, Mandado de Injunção, 1988, p. 57; Luciano Ferreira Leite, Aplicabilidade Imediata dos Direitos e Garantias Individuais da Nova Constituição, Rev. dos Tribunais, v. 635, p. 18, etc.), ou o procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, aplicável a qualquer ação que não tenha procedimento especial previsto no Código ou em lei especial (Celso Agrícola Barbi, Mandado de Injunção, Rev. dos Tribunais, v. 637, p. 10).

A questão posta no tema, portanto, é saber sobre a auto-aplicabilidade ou não do dispositivo constitucional que previu o mandado de injunção.

4.4.2 Dispositivo constitucional em análise.

Tão inovador é o tema do mandado de injunção visto da perspectiva da Constiuição Federal de 1988 que, fácil observar, não há, em nenhuma das Constituições anteriores da nossa história dispositivos que lhe sejam equivalentes. O referido instituto instrumental, que compõe o elenco de direitos, garantias e liberdades do art. 5º da Constituição, recebeu a seguinte redação:

> **CF, art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) **LXXI** - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Estudos sobre o instituto revelam que sua origem está assentada na necessidade de enfrentar o problema da ineficácia das disposições constitucionais sobre direitos sociais, especialmente aquelas disposições definidoras de obrigações estatais no âmbito da educação pública.[470] Origem que em nada limita o alcance do instituto, especialmente em uma Constituição que, como a nossa, é fortemente prospectiva, mandamental e instituidora de direitos sociais que, à evidência, dependem de atuação dos Poderes constituídos.

A adoção e a utilização prática do mandado de injunção no contexto do processo de controle das omissões inconstitucionais deu espaço para uma grande divergência doutrinária[471]; divergência essa que é trazida às claras nos votos proferidos por ocasião da Questão de Ordem do Mandado de Injunção n.º 107, que ora se analisa.

---

[470] OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes de. O mandado de injunção. **Revista de Informação Legislativa**, ano 25, n. 100, out./dez., 1988, p. 49.

[471] "O conteúdo, o significado e a amplitude das decisões proferidas nesses processos vêm sendo analisados de forma diferenciada pela doutrina e jurisprudência. Alguns nomes da literatura jurídica sustentam que, como as regras constantes do preceito constitucional não se afiguravam suficientes para possibilitar a sua aplicação, ficava a sua utilização condicionada à promulgação das regras processuais regulamentadoras. Outros doutrinadores afirmavam que, sendo o mandado de injunção instrumento dirigido contra a omissão impeditiva do exercício de direitos constitucionalmente assegurados, competiria ao juiz proferir decisão que contivesse regra concreta destinada a possibilitar o exercício do direito subjetivo em questão. Uma variante dessa corrente acentua que a decisão judicial há de conter uma regra geral, aplicável não apenas à questão submetida ao tribunal, mas também aos demais casos semelhantes. Segundo essa concepção, o constituinte teria dotado o Tribunal, excepcionalmente, do poder de editar normas abstratas, de modo que essa atividade judicial apresentaria fortes semelhanças com a atividade legislativa. Para superar as dificuldades que decorrem dessa concepção, procura-se restringi-la, afirmando-se que se o direito subjetivo depender da organização de determinada atividade ou de determinado serviço público ou, ainda, da disposição de recursos públicos, então deverá ser reconhecida a inadmissibilidade do mandado de injunção. Assim, não poderia o mandado de injunção ser proposto com vistas a garantir, *v.g.*, o

Nesse contexto, a questão a ser respondida foi, por muito tempo, saber sobre a auto aplicabilidade do instituto previsto no inc. LXXI do art. 5º da Constituição Federal. Vale dizer: é possível a aplicação direta e imediata do instituto do mandado de injunção independente de quaisquer norma regulamentadora? A indagação, decidida na Questão de Ordem do MI n.º 107, foi finalmente respondida e em definitivo decidida com a edição da Lei n.º 13.300/2016. A minuciosa regulamentação do mandado de injunção pelo referido normativo deixou claro a indispensabilidade de norma definidora de questões incontornáveis, tais como o procedimento, as regras de legitimidade, a natureza e alcance do provimento, entre outros.

Muito embora se trate de instituto inovador no âmbito da nossa história constitucional[472], não se trata de mecanismo de todo original quando olhamos pro plano do direito comparado. Ainda que com diferenças de conformação e alcance, é possível encontrar, tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos o chamado *writ of injunction* (ou *order of injunction*); do mesmo modo na França se encontra a *injonction* (artigos 332, 844 e 862 do Código de Processo Civil francês). A Constituição portuguesa, em seu art. 283, prevê a possibilidade de o Tribunal Constitucional apreciar casos de inconstitucionalidade por omissão. Já em espaço latino, tanto a Argentina, por força da *Ley n.º 16.986*, quanto o Uruguai, por intermédio da *Ley n.º 16.011*,

pagamento do seguro-desemprego." Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13 ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 1368-1369.

472 "Desde o anteprojeto elaborado pela Comissão Afonso Arinos já se previa dispositivo com a função de garantia contra omissões por parte do poder público, designadamente no que diz respeito ao mister de regulamentar a Constituição. A elaboração constituinte do mandado de injunção seguiu sempre a preocupação de buscar meios para assegurar a plena eficácia das normas constitucionais. A ideia da criação do mandado de injunção surgiu quando, no dia 22 de abril de 1987, o constituinte Gastone Righi, na terceira reunião da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, que reivindicava a criação de um instituto pelo qual o cidadão pudesse exercitar um direito social previsto pela nova Constituição, a despeito da ausência de regulamentação. A seguir, o constituinte Lisâneas Maciel propôs dois mecanismos: um, na forma propugnada por Righi, no artigo 3º do seu anteprojeto, pelo qual o povo exerceria a soberania mediante um instituo instituto chamado "mandado de garantia social por inexistência ou omissão de normas, atos jurisdicionais ou administrativos"; outro, no artigo 40, através do qual, na falta de regulamentação para tornar eficaz a norma constitucional, o Ministério Público ou qualquer interessado poderia requerer ao Poder Judiciário a aplicação do direito assegurado. Delineava-se, assim, naquele momento, nos moldes do Direito anglo-americano, o futuro mandado de injunção. Ao lado da Subcomissão dos Direitos Políticos, Direitos Coletivos e Garantias, a Subcomissão dos Direitos Individuais e Garantias do Homem e da Mulher trabalhava no mesmo sentido, destacando-se a atuação do relator, Darci Pozza, que propunha a inclusão de um dispositivo visando permitir que a letra constitucional, à falta de regulamentação, por lei complementar ou ordinária, se tornasse realmente autoaplicável. Esse dispositivo foi chamado por Pozza de mandado de injunção, cuja nomenclatura foi buscar da sugestão constituinte n. 367-1, de autoria do constituinte Ruy Bacelar, que dizia o seguinte: "Os direitos conferidos por esta Constituição e que dependem da lei ou de providências do Estado serão assegurados por mandado de injunção, no caso de omissão do Poder Público". Assim, consideradas algumas variações, foi esta a linha seguida pelas demais proposições, que acabaram por culminar com a atual redação, que assim permanece desde o texto original." Cf. STRECK, Lenio L.; SARLET, Ingo W. Comentário ao art. 5º, LXXI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F. _____ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 952-953.

adoram a chamada *acción de amparo* que objetiva, em ambos os casos, enfrentar atos ou omissões de autoridade pública que restrinja, altere ou ameace direitos previstos explícita ou implicitamente nas respectivas Constituições. De todo modo, ainda que existam instrumentos no direito comparado cujo escopo seja o controle das omissões, fato é que "o mandado de injunção, à vista das peculiaridades do perfil que lhe foi outorgado pela CF de 1988 e pela evolução jurisprudencial e doutrinária subsequente, segue sendo instituto típico brasileiro e sem equivalente exato" e que, do mesmo modo, não existe "previsão de instituto diretamente correspondente nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil."[473]

O que temos, enfim, é uma garantia constitucional de tipo instrumental (processual) cujo processamento pressupõe omissão inconstitucional por parte dos Poderes constituídos capaz de impedir o exercício de direitos e garantias constitucionais, especialmente no que concerne aos inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O controle das inconstitucionalidades por omissão assume maior relevo em países em desenvolvimento e que, tal como o nosso, possuem uma Constituição robusta e, como dito anteriormente, é prospectiva e programática. O mandado de injunção, portanto, é instrumento que se propõe a enfrentar o problema da força normativa e da supremacia constitucional.[474]

4.4.3 Posição do Tribunal sobre o tema.

O ministro Moreira Alves, sorteado relator, iniciou seu voto frisando que não possui caráter absoluto a regra estipulada pelo § 1º do art. 5º da Constituição Federal que determina que as normas que definem direitos e garantias fundamentais devam ter aplicação imediata. Isso, pois, há uma série de incisos do próprio art. 5º que remetem à regulamentação pela lei as normas enunciadas.

---

473 STRECK, Lenio L.; SARLET, Ingo W. Comentário ao art. 5º, LXXI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F. _____ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 954.

474 Para maior aprofundamento, ver: CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito processual constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público.** Em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental de efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004; DANTAS, Ivo. **Mandado de injunção**: guia teórico e prático. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org). **Ações Constitucionais**. 3ª ed. Salvador: Editora Podivm, 2008; HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília-Jurídica, 1999; SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Para melhor compreensão do tema, o ministro relator, após transcrever o art. 5º, LXXI; art. 102, I, "q"; art. 102, II, "a"; art. 105, I, "h"; art. 121, § 4º, V; todos da Constituição Federal e que fazem referência ao instituto, afirmou ser possível utilizar de três premissas: i) o mandado de injunção é uma ação; ii) ação a ser proposta por quem, no caso concreto, lhe seja outorgado direito ou liberdade constitucionais, ou prerrogativa inerente à nacionalidade, soberania ou cidadania, que não possam ser exercitáveis sem norma regulamentadora; e iii) ação ajuizável perante órgão do Judiciário competente em razão do Poder, do Órgão, da Entidade ou da Autoridade cuja omissão torna inviável o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa referidos no dispositivo.

Lembrou, ainda, o ministro relator, que a Constituição não traz, de forma expressa, nada quanto à legitimidade passiva (contra quem se propõe a ação), quanto à natureza, quanto aos efeitos ou quanto ao procedimento do mandado de injunção.

De modo a avançar no tema, o ministro referiu que existem duas orientações básicas para solucionar a questão da auto-aplicabilidade do mandado de injunção. Duas orientações que diferem, basicamente, quanto à espécie e natureza do provimento judicial concedido ao impetrante.

A primeira orientação caminha no sentido de que o mandado de injunção se destina a obter uma sentença que declare a ocorrência da omissão inconstitucional, ou que marque prazo pra que isso não ocorra e que se adotem as providências necessárias.

A segunda orientação, por sua vez, entende que o mandado de injunção é ação que culmina com sentença constitutiva em favor do autor, viabilizando, em concreto, o exercício do direito com a sua correspondente regulamentação.

Assim, é que questiona o ministro Moreira Alves: "qual dessas orientações é compatível com os textos constitucionais relativos ao mandado de injunção?"

O argumento central em favor da segunda orientação é o de que os direitos e garantias previstos no dispositivo constitucional apenas serão efetivamente viabilizados por intermédio do mandado de injunção caso o Judiciário tenha condições de efetivamente regulamentar a questão posta e, assim, proferir sentença constitutiva em favor do autor. Ocorre que, como alerta o ministro relator, "isso, porém, não sucede na maioria das hipóteses de falta de regulamentação." Para tanto, transcreveu trecho da doutrina de Calmon de Passos (Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data – Constituição e Processo, item 20.7m págis. 112-113), na qual se lê:

> Entendemos, entretanto, descaber o mandado de injunção quando o adimplemento, seja pelo particular, seja pelo Estado, envolve a organização prévia de determinados serviços ou a alocação específica de recursos, porque nessas circunstâncias se faz inviável a tutela, inexistentes os recursos ou o serviço e construir-se o mandado de injunção como direito de impor ao Estado a organização de serviços constitucionalmente reclamados teria implicações de tal monta que, inclusive, constitucionalmente, obstam, de modo decisivo, a pertinência do mandamus na espécie. Tentarei um exemplo. O seguro-desemprego. Impossível deferi-lo mediante o mandado de injunção, visto como ele é insuscetível de atribuição individual, sem todo um sistema (técnico) instalado e funcionando devidamente. (...) A competência deferida ao Judiciário, de substituir-se ao Legislativo para edição da norma regulamentadora, não derroga todos os preceitos que disciplinam a organização política do Estado, sua administração financeira, as garantias orçamentárias e a definição de políticas e de estratégias de melhor aplicação dos dinheiros públicos alocados para atendimento das necessidades de caráter geral.

Ainda sobre a segunda corrente, lembra que, "claramente", não foi dado ao Supremo Tribunal Federal ou a qualquer outro Tribunal do país, a esse respeito, o poder de legislar. Regra essa posta "em respeito ao princípio da separação dos Poderes." Razões pelas quais essa corrente encontra "obstáculos constitucionais intransponíveis".

A primeira corrente, ao seu turno, ao sugerir que o mandado de injunção de presta a obter sentença declaratória de omissão inconstitucional por meio da qual se assinale prazo para que a situação seja assinalada, não encontre "qualquer óbice de natureza constitucional", afirma o ministro Moreira Alves. Nesse sentido, afirmou o ministro relator:

> A única objeção que se opõe à solução adotada pela primeira corrente relativa ao mandado de injunção, embora para ela se encaminhem todos os elementos de interpretação que se podem colher dos textos constitucionais pertinentes, é a de que, na prática, a decisão dele decorrente poderá não ser cumprida, pela impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal atuar coercitivamente contra os Poderes do Estado omissos. Essa objeção, porém, não leva em conta que o mesmo ocorre – e na mesma medida – com relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que visa, no que diz respeito à omissão regulamentadora, a "tornar efetiva norma constitucional" (art. 103, § 2º)

Sobre o argumento de que a primeira corrente esvaziaria a eficácia prática do mandado de injunção o ministro Moreira Alves advertiu que a decisão a ser proferida na referida

ação não estará limitada ou restrita a cientificar o Poder omisso para que adote as providências cabíveis. Além disso, a decisão, em sendo o caso, poderá determinar que, enquanto a omissão inconstitucional não for sanada, que "se suspendam os processos judiciais ou administrativos – o que alcançava, evidentemente, até a ameaça de sua instauração - de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se aquele direito fosse exercitável." Por essa razão é que conclui no sentido de que "não há, assim, como pretender-se que o mandado de injunção (...) não tenha eficácia prática."

Forte nessas razões o ministro relator Moreira Alves votou no sentido de que é o mandado de injunção "auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber."

O ministro Celso de Mello, por sua vez, iniciou seu voto lembrando que os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte foram realizados com consciência da realidade jurídica brasileira, "sempre pontuada por situações configuradoras de inconstitucionalidade por omissão." Assim é que o mandado de injunção significa reação do então novo ordenamento jurídico, que tem, nesse instrumento, uma forma de impedir o desprestígio do texto constitucional. O referido instrumento é, portanto, um promotor da supremacia constitucional.

Registrou que o mandado de injunção não autoriza provimentos judiciais que se proponham a substituir "a faltante norma regulamentadora sujeita a competência, não exercida, dos órgãos públicos". Nessa mesma toada, ressaltou que a excepcionalidade desse instrumento impõe ao Poder Judiciário o dever de observância ao princípio constitucional da separação de Poderes. Razões pelas quais acompanhou o relator.

O ministro Sepúlveda Pertence, já adiantando entendimento para acompanhar o relator, destacou que a previsão, nas Constituições, de direitos a prestações positivas por parte do Estado acabou por inviabilizar dar efetividade plena ao texto constitucional, razão pela qual asseverou que "ele será sempre um projeto ou, na melhor das hipóteses, uma ordem aos poderes constituídos para desenvolverem os princípios da Constituição, de modo a implementá-la no mundo da realidade."

Fez referência à doutrina de Calmon de Passos para, dela discordando, apontar que nada na Constituição permite ao intérprete concluir pela necessidade de atuação legislativa por parte do Poder Judiciário ao julgar mandados de injunção. Esse seria, no dize do ministro Sepúlveda Pertence, "o mais sério obstáculo." Sobre essa questão,

a saber sobre uma espécie de atividade legiferante subsidiária do Judiciário, afirmou o que segue:

> Essa questão, repito, foi posta perante a Assembléia Nacional Constituinte. Lembro-me do anteprojeto do nobre Deputado Egídio Ferreira Lima, Relator da Comissão dos Poderes, no qual se estatuía que, declarada a omissão, na ação direta, o Supremo Tribunal Federal assinaria prazo ao Poder comperente e, exaurido esse prazo, supriria, mediante resolução, a omissão normativa com eficácia de lei, se fosse o caso.
> Ora, esse poder normativo do Supremo Tribunal, proposto e aprovado nos primeiros passos da Assembléia Nacional Constituinte, veio a ser suprido, a partir da Comissão de Sistematização e não logrou voltar ao texto constitucional. Tratou-se de uma decisão política da Assembléia Constituinte.
> E digo, sinceramente, decisão política, que me parece absolutamente coerente com a inspiração democrática da Constituição.

Lembrou que a competência dos órgãos políticos para a regulamentação infraconstitucional é indeclinável, pois exige adoção de opções políticas novas, e não simples repetição do quanto determinado pelo texto constitucional. Sobre essa questão, que reputamos da maior importância, o ministro Sepúlveda Pertence afirmou o que segue:

> Na verdade, supor que, por decisão judicial se pudesse dar, de fato, efetividade concreta a todos os avanços de uma Constituição de conteúdo prospectivo e transformador, como é a Constituição de 88, é, na verdade, um ilusionismo político, no mínimo; é exigir do Poder Judiciário o que ele não pode dar sob esta ou aquela forma processual, porque são conquistas, são avanços que dependem necessariamente de jogo político, em particular, da tensão entre pressões contraditórias da sociedade civil sobre os órgãos de definição das prioridades da ação estatal; dependem, enfim, da ambivalência de lutas e de pressões contrapostas, que é a ambiência da democracia.

Ao fim, lembrando que o voto do ministro relator significa a salutar medida necessária para que o instituto do mandado de injunção dê seus primeiros passos, vota para acompanhá-lo.

O ministro Paulo Brossard, frisando que a questão não sendo nova, nova é, nada obstante, a solução oferecida pelo ministro relator. Solução que aderiu tendo em vista tratar-se de "uma construção harmoniosa, fundamentada, equilibrada, sem arroubos, nem exageros; judiciosa, dentro das possibilidades atuais e nos limites da função judiciária."

O ministro Célio Borja, registrando estar o Tribunal vivendo, na tarde do julgamento ora comentado, um de seus grandes momentos, aderiu ao dispositivo do voto apresentado pelo relator ministro Moreira Alves.

O ministro Carlos Madeira, elogiando o voto do relator e apontando que dele "ressai a índole mandamental do mandado de injunção, afastando as sugestões de sua natureza constitutiva, bem como fixando sua auto aplicabilidade", votou por acompanhar o relator.

O ministro Sydney Sanches, apontando que considerando o caráter mandamental do mandado de injunção, não é lícito pressupor que a necessidade de regulamentação eventualmente apontada pelo Poder Judiciário venha a ser ignorada pelos Poderes constituídos, especialmente tendo em vista o "princípio constitucional da independência e harmonia entre os Poderes e aos que garantem, por todas as formas e meios, o respeito institucional à coisa julgada." Concluiu acompanhando o voto do ministro relator por seus próprios fundamentos.

O ministro Aldir Passarinho iniciou registrando as inúmeras dificuldades trazidas pelo novo instrumento constitucional. Dificuldade que se apresenta na conceituação da ação de mandado de injunção, no seu campo de abrangência e na sua natureza. Concentrando nos referidos percalços hermenêuticos, afirma que "não estipulam nem que seja fixado prazo para expedição da norma omitida, nem que o órgão judicial a expeça, ele mesmo, suprindo a omissão, o que parece não poderia mesmo ser possível, sob pena de substituir-se o Judiciário ao legislador e ao Executivo."

No mesmo sentido já pisado pelo ministro relator, sobre a eficácia da ação injuntiva, afirmou:

> Embora não seja possível, pelas razões apontadas no voto do Sr. Ministro Relator, que o Judiciário supra a omissão do órgão legislativo ou do Executivo, expedindo a norma regulamentadora faltante para que os direitos assegurados na Carta Magna possam ser exercidos, o mandado de injunção não perde toda sua importância, posto que, por decisão judicial, pode ficar expresso, não só a necessidade da expedição do ato regulamentador, mas, sobretudo, a declaração de que o órgão legislativo ou executivo tem a obrigação de elaborar ou de baixar a regulamentação indispensável ao exercício dos direitos constitucionais previstos.
> (...) declarando-se a mora do órgão competente e, em consequência, suspender o ato que possa atingir direito constitucional potencialmente existente, mas ainda inexercitável, exatamente por falta da norma regulamentadora necessária.

Ressaltando novamente que o voto trazido pelo ministro relator prestigiava, dentro dos limites constitucionais, a eficácia da ação de mandado de injunção e que, na ocasião, se estava diante de uma "inovação constitucional, uma fase promissora para asseguração dos direitos constitucionais", votou acompanhando o relator.

O ministro Néri da Silveira, último a votar, em poucas linhas e apenas reconhecendo a auto aplicabilidade e a natureza mandamental do mandado de injunção, acompanhou o ministro relator.

4.4.4 Ementa do julgado.

> EMENTA: Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não.
> - Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXII, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão(art. 103, § 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional.
> - Assim fixada a natureza jurídica desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte – que está devidamente definida pelo art. 102, I, q –, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber.
> Questão de ordem que se resolve no sentido da auto aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator.

4.4.5 Conclusões.

A leitura do inc. LXXI combinada com o parágrafo primeiro, ambos do art. 5º da Constituição Federal, indicam a necessidade de uma interpretação que não permita a diluição da normatividade constitucional, de uma interpretação concretizadora da supremacia constitucional, no geral, e dos nossos direitos, garantias e liberdades, no particular.

Concordamos, portanto, com a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem no Mandado de Injunção n.º 107, que, como bem apontado pelo ministro Sepúlveda Pertence, serviu para que o instituto promovesse seus primeiros passos.

Nossa ressalva, muito por influência da força argumentativa contida parecer do então subprocurador geral da República Inocêncio Mártires Coelho, fica a cargo do entendimento pela possibilidade de "auto aplicabilidade" do instituto. Na ocasião, afirmou o subprocurador que "falta praticamente tudo para que se torne aplicável o preceito constitucional instituidor do mandado injunção". Vale dizer, ficou demonstrado, no referido parecer, que se afigura juridicamente impossível ao Poder Judiciário a aplicação direta, de forma autônoma e independente, do instrumento processual – pois é isso, afinal, que se entende por "auto aplicabilidade" nos termos postos na questão de ordem do Mandado de Injunção n.º 107.

O Supremo Tribunal, ao recorrer à lei do mandado de segurança para viabilizar a efetiva aplicação do instrumento injuntivo, acaba por, em silêncio, acolher o referido parecer e reconhecer que, de fato, o mandado de injunção, nos termos postos pela Constituição, não pode ser considerado auto aplicável. Necessita, fica evidente, de intermediação (regulamentação) infraconstitucional. A edição de lei própria (Lei n.º 13.300) em 2016 acaba por encerrar em definitivo essa questão: por importante que sejam os institutos e instrumentos constitucionais colocados à disposição do cidadão brasileiro, eles exigirão, no mais das vezes, de complementação legislativa para seu adequado funcionamento. Imprescindível, portanto, a intervenção dos Poderes (Legislativo e Executivo) representativos e vocalizadores das pretensões e anseios populares.

Por fim, se é bem verdade que, como já afirmamos, a leitura dos dispositivos constitucionais afetos à hipótese exige uma interpretação que não permita a diluição da normatividade constitucional, também é bem verdade que essa interpretação não pode ser levada a efeito desconsiderando tudo o mais que é estipulado pela nossa Constituição, incluído aí o nosso sistema de divisão de Poderes (art. 2º da Constituição). Pretender, como fizeram alguns em sede doutrinária, que o Supremo Tribunal se auto concedesse poderes legislativos é sugestão incompreensível e que foi muito bem afastada pela Corte.

A solução alcançada pelo Tribunal foi, ao fim, a de que era, desde então, possível a aplicação e implementação do mandado de injunção e que, para tal, o Poder Judiciário utilizaria, "no que couber", a lei do mandado de segurança. Concordando com o

resultado da votação na Questão de Ordem aqui analisada, é oportuno registrar que melhor seria se o Supremo Tribunal Federal houvesse aportado a essa conclusão após o reconhecimento da necessidade de intermediação infraconstitucional para aplicação do instituto injuntivo (vale dizer: reconhecendo que o inc. LXXI do art. 5º da Constituição não é autoaplicável), apontando a importância e normatividade do parágrafo primeiro do art. 5º da Constituição Federal (as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata) e recorrendo ao Decreto n.º 4.657/1942, determinar, por analogia[475], a aplicação, no que couber, da regulamentação do mandado de segurança. Também por analogia penso ser possível que a Corte houvesse, na ocasião, aplicado o parágrafo 2º do art. 103 da Constituição Federal para dar ciência ao Legislativo de sua omissão quanto à regulamentação de tão importante instrumento.

4.5 Tema 05. O princípio da razoabilidade na Corte Moreira Alves. Paradigma: ADI 958/RJ.

4.5.1 Colocação do tema em análise.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Partido da Reedificação da Ordem Nacional (PRONA) e no qual pleiteou a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n.º 8.713/1993, especialmente no que refere às restrições impostas aos partidos políticos quando da indicação de candidatos à Presidência da República e à Vice Presidência da República caso – esses partidos – tenham obtido menos de cinco por cento dos votos apurados na eleição de 1990 para a Câmara dos Deputados, distribuídos em pelo menos um terço dos estados, ou aos partidos que contem, na data da publicação da lei, com representantes titulares na referida Casa Legislativa em número equivalente ao mínimo de três por cento da respectiva composição.

O dispositivo legal impugnado possui a seguinte redação:

---

475 "Principiemos pelos procedimentos quase-lógicos. Entre eles destaca-se a *analogia*. Não há acordo nem entre juristas nem entre lógicos sobre uma definição uniforme de analogia. Em geral, falasse em analogia quando uma norma, estabelecida com e para determinada *facti species*, é aplicável a conduta para a qual não há norma, havendo entre ambos os supostos fáticos uma semelhança. Define-se também como aplicação extensiva (gerando confusão entre analogia e interpretação extensiva) de princípios extraídos de uma lei a casos juridicamente semelhantes, isto é, que são essencialmente iguais nos aspectos importantes e desiguais nos secundários, tendo em vista uma decisão (Ennecerus-Nipperdey, 1960). Falasse ainda de aplicação de disposições legais positivadas a casos não totalmente conformes e não regulados expressamente, mas que podem ser subsumidos às "ideias fundamentais" daquelas disposições." FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 7 ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 277.

Lei n.º 8.713, de 30 de setembro de 1993. – (...)
Art. 5º Poderá participar das eleições previstas nesta lei o partido que, até 3 de outubro de 1993, tenha obtido, junto ao Tribunal Superior Eleitoral, registro definitivo ou provisório, desde que, neste último caso, conte com, pelo menos, um representante titular na Câmara dos Deputados, na data da publicação desta lei.
§ 1º Só poderá registrar candidato próprio à eleição para Presidente e Vice-Presidente da República:
I – O partido que tenha obtido, pelo menos, cinco por cento dos votos apurados na eleição de 1990 para a Câmara dos Deputados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados; ou
II – o partido que conte, na data da publicação desta lei, com representantes titulares na Câmara dos Deputados em número equivalente a, no mínimo, três por cento da composição da Casa, desprezada a fração resultante desse percentual; ou
III – coligação integrada por, pelo menos, um partido que preencha condição prevista em um dos incisos anteriores, ou por partidos que, somados, atendam às mesmas condições.
§ 2º Só poderá registrar candidatos a Senador, Governador e Vice-Governador:
I – o partido que tenha atendido a uma das condições indicadas nos incisos I e II do parágrafo anterior; ou
II – o partido que, organizado na circunscrição, tenha obtido na eleição de 1990 para a respectiva Assembléia ou Câmara Legislativa três por cento dos votos apurados, excluídos os brancos e nulos; ou
III – coligação integrada por, pelo menos, um partido que preencha uma das condições previstas nos incisos I e II deste parágrafo, ou por partidos que, somados, atendam às mesmas condições.
§ 3º Até cinco dias a contar da data da publicação desta lei, a Presidência da Câmara dos Deputados informará ao Tribunal Superior Eleitoral o número de Deputados Federais integrantes de cada bancada partidária naquela data.
§ 4º Até 31 de dezembro de 1993, o Tribunal Superior Eleitoral divulgará a relação dos partidos aptos a registrar candidatos próprios às eleições para Presidente e Vice-Presidente da República, e ainda daqueles que, em cada Estado e no Distrito Federal, poderão registrar candidatos para Senador, Governador e Vice-Governador.

Em síntese, os argumentos ventilados na ação direta contra o dispositivo legal acima transcrito e a subsidiar o correspondente pleito de inconstitucionalidade, são: transgressão ao direito de votar e ser votado; violação ao princípio da soberania popular; e ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Nesse contexto, registra-se que o art. 17 da Constituição Federal é o principal dispositivo constitucional objeto da suposta ofensa.

Ao pedido de informações promovido pelo relator ministro Marco Aurélio acorreram o Presidente do Congresso Nacional que, pronunciando-se pela constitucionalidade do normativo argumentou pela inexistência de vedação constitucional que impeça o legislador ordinário de estabelecer critérios a serem atendidos por partidos políticos; a Advocacia Geral da União, também em resposta ao ministro relator e em defesa do normativo (CF – art. 103, § 3º), aponta que o dispositivo impugnado tem por escopo a proteção do interesse público; por fim, a Procuradoria Geral da República, também opinando pela constitucionalidade do art. 5º da Lei 8.713/1993 e, por consequência, pela improcedência da ação direta, argumentou que é dado ao legislador ordinário reservar determinados direitos aos partidos políticos que alcance determinados níveis de representação parlamentar, lembrando, inclusive, que o funcionamento dos partidos políticos há de ocorrer em conformidade com o que determina a lei.

4.5.2 Dispositivo constitucional em análise.

Muito embora tangencie outros dispositivos do texto constitucional, a discussão posta na ADI 958-3/RJ acaba por se concentrar no artigo 17 da Constituição e no potencial de contrariedade que a Lei n.º 8.713/1993 pode causar ao referido dispositivo. Vejamos o texto constitucional em questão:

> **Constituição Federal, art. 17**[476]. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:
> **I** – caráter nacional;
> **II** – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;
> **III** – prestação de contas à Justiça Eleitoral;
> **IV** – funcionamento parlamentar de acordo com a lei.
> **§ 1º** É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias.
> **§ 2º** Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.
> **§ 3º** Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.
> **§ 4º** É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

[476] O art. 17 da Constituição Federal foi alterado por duas emendas constitucionais: EC n.º 52/2006; e EC n.º 97/2017. Essa última, interessante notar, tal qual o dispositivo questionado na ADI ora em comento, restringiu acesso dos partidos políticos ao fundo partidário e ao tempo de rádio e televisão.

Como bem lembra Orides Mezzaroba[477], apenas a partir da Constituição Federal de 1967 é que os partidos políticos foram formalmente reconhecidos como atores institucionais ativos no nosso sistema político brasileiro. É, portanto, figura razoavelmente recente na trajetória dos textos constitucionais brasileiros. Sendo certo, entretanto, que a história dos partidos políticos no Brasil remonta à período muito anterior aos anos sessenta, evidentemente. Formaram-se, os partidos políticos tais quais a própria democracia brasileira, a partir de lutas que se desdobraram por todo período moderno iniciando já no século XVII e que, em constante mudança e tentativas de aprimoramento, mais provável é que o funcionamento e participação dessas agremiações na nossa dinâmica política siga mudando, siga acontecendo, em constante tentativa de adaptação e aperfeiçoamento.[478]

No plano comparado a as constituições do Uruguai (art. 77, 11), Portugal (art. 10, 2; art. 51, itens 1 ao 6), Itália (art. 49), Espanha (art. 6), entre outras, reconhecem formalmente a existência e a necessidade de funcionamento dos partidos políticos, que em boa medida ocorre de forma razoavelmente livre. Sob a perspectiva internacional, tanto a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 21) quanto o Pacto Universal dos Direitos Civis e Políticos (art. 25) institucionalizam formalmente e reconhecem a elevada importância que carregam os partidos políticos.

O tema da regulamentação do funcionamento dos partidos políticos certamente é um tema delicado e de fundamental importância para um salutar desenvolvimento da vida política de qualquer país, tal como fica claro nas discussões desenvolvidas por ocasião da ação direta que a seguir se analisa. Delicado, pois pressupõe não apenas organização, mas igualmente restrição na atuação dessas instituições que são fundamentais para a dinâmica política e que, portanto e com mais razão, deve ocorrer sempre respeitando um postulado que é central não só para o Direito mas, igualmente, para a vida em comunidade: a razoabilidade.

4.5.3 Posição do Tribunal sobre o tema.

O ministro Marco Aurélio, sorteado relator para a ADI 958/RJ, iniciou seu voto rememorando considerações feitas por ocasião da decisão liminar, especialmente no sentido de que a Constituição Federal consagra o pluripartidarismo e que, com

---

477 MEZZAROBA, Orides. Comentário ao art. 17. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva / Almedina, 2018, p. 1361.

478 MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **Introdução à história dos partidos políticos brasileiros**. 2 ed., Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

isso, pretende viabilizar a participação dos mais diversos seguimentos da sociedade e, nessa toada, prestigia e viabiliza a integração política das minorias. Nesse sentido, transcrevemos trecho que, sem prejuízo, sintetiza grande parte do pensamento e das razões de decidir do ministro relator:

> As novas disposições, inegavelmente de caráter restritivo considerada a autonomia dos partidos políticos, assegurada constitucionalmente, não podem subsistir. Acabam por impor condição à atividade política a ser desenvolvida pelos partidos, apenas emprestando autonomia suficiente à indicação de candidatos aos postos majoritários de maior importância àqueles que tenham obtido na última eleição – 1990 – determinada porcentagem de votos ou possuam certo número de parlamentares na Câmara dos Deputados. Em última análise, o art. 5º da Lei nº 8.713/93 encerra especificidade limitadora que não se contém no inciso V, § 3º do art. 14 da Constituição Federal, no que dispõe, relativamente à elegibilidade e em homenagem aos partidos políticos, sobre a suficiência da filiação partidária, pouco importando a grandeza numérica da agremiação política, tendo em vista votos obtidos em certa eleição e momentânea representação na Câmara dos Deputados do partido que venha a dar respaldo ao candidato. O art. 17, ao preceituar que é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, assegura-lhes, sem qualquer peia, uma vez criados segundo a legislação em vigor, a participação no processo eleitoral, não cabendo distinguir a espécie de candidatura.
> (...)
> Registro, ainda, que a Carta de 1988 não repetiu a anterior no que condicionava o funcionamento dos partidos políticos ao atendimento de exigências, dentre as quais uma que restou inserta, com quase todas as letras, na nova lei eleitoral – a do desempenho eleitoral na última eleição. Ao contrário, homenageou a autonomia partidária. Indaga-se: diante de tal quadro, era dado ao legislador ordinário impor restrições aos partidos políticos? Cabia-lhe substituir o legislador constituinte, dispondo em sentido inverso ao constante da Lei Básica Federal em vigor, no que não repetiu a pretérita? Mais ainda: fazendo-o, poderia dispor sobre percentuais, número de representantes na Câmara, à livre discrição e com nefastas repercussões em campo sensível que é o da atuação política das minorias, olvidando que a proteção a estas tem dignidade constitucional? Por que 5% dos votos nas eleições de 1990, distribuídos por percentagens de Estados – regra inspirada na Carta de 1969, inc. II do § 2º do art. 152 – ou número de representantes na Câmara dos Deputados igual a dezesseis? Que critérios foram utilizados nessa fixação e quais os efeitos dela decorrentes, consideradas as circunstâncias reinantes?
> As perplexidades que o ato normativo, confrontado com o texto constitucional, gera são enormes (...)

Segue o ministro relator argumentando que a Constituição não autoriza ao legislador ordinário a imposição de limites para a participação dos pequenos partidos nas disputas eleitorais. Vedada, portanto, ao legislador afastar as minorias. Ressaltando, enfim, diferenças da Constituição Federal de 1988 com a Carta de 1969, votou no sentido de "declarar inconstitucionais os seguintes preceitos: § 1º, incisos I, II e III na totalidade e § 2º, incisos I, II e III, também na totalidade do art. 5º da Lei n.º 8.713/93."

O ministro Francisco Rezek, próximo a votar, abriu a divergência e fez incluir na *ratio decidendi* do julgado o critério da razoabilidade na verificação da constitucionalidade da norma em apreço. Argumentou o ministro que do empenho facilitador e sem restrições do art. 17 da Constituição Federal não se pode derivar que seria proibido ao legislador ordinário a imposição de quaisquer limites ao funcionamento dos partidos políticos ao ponto de que "o registro perante a Justiça Eleitoral seria um adereço dispensável." Nesse mesmo sentido, prossegue:

> Quando o legislador maior estabelece regras de extraordinária plasticidade e conforte para que se fundem partidos políticos, o mínimo que se pode esperar é que o legislador ordinário estabeleça limites à participação dessas agremiações no processo eleitoral. Ter como premissa a liberdade ampla de criação de partidos e ao mesmo tempo limitar a prerrogativa do legislador ordinário para estabelecer requisitos de participação efetiva no processo eleitoral, seria lanças a semente de um quadro caótico.
> O que agora se põe em causa, como bem ponderou o relator, é a questão de saber se é lícito o que o legislador ordinário fez ao restringir a participação de micro-partidos no processo eleitoral deste ano.

Assim é que, afirma o ministro Francisco Rezek, quando se alega que o legislador, via texto ordinário teria praticado discriminação incompatível com a disposição de igualdade constitucional, o que, de fato, se está questionando é se essa discriminação – visto que sempre irá tratar de desigualar pessoas e instituições em situações desiguais – ultrapassa os limites da razoabilidade. Daí a concluir que "não estabeleceu o legislador ordinário uma discriminação de algum modo ofensiva à razão, à moral, a qualquer dos valores que o direito se propõe a proteger."

Com relação, portanto, aos parágrafos do art. 5º da Lei 8.713/93, não viu o ministro qualquer quebra à razoabilidade; afastou, assim, alegações de inconstitucionalidade. Já com relação ao final da cabeça do art. 5º – a distinguir os partidos com registro

definitivo dos partidos com registro meramente provisório – refleriu: "não consigo encontrar, no final do **caput** do art. 5º a razoabilidade e a marca do interesse público que me parecem presentes em todos os parágrafos do artigo em questão."

Por essas razões, julgou procedente em parte a ação direta apenas para ter como inconstitucional a expressão final da cabeça do artigo 5º ("desde que, neste último caso, conte com, pelo menos, um representante titular na Câmara dos Deputados, na data da publicação desta Lei.").

O ministro Ilmar Galvão iniciou seu voto referindo que, muito embora louváveis os argumentos apresentados pelo Congresso Nacional, pela Advocacia Geral da União e pela Procuradoria Geral da República, todos em favor do dispositivo questionando, são ponderações que restam em desvantagem quando contrapostos aos argumentos ventilados pela parte autora, notadamente no que refere ao pluripartidarismo, a igualdade, a liberdade na criação dos partidos políticos e a liberdade de voto. Esses últimos são os argumentos que devem prevalecer, pois, segundo o ministro, tratam-se de "verdadeiros postulados consagrados na Carta de 1988." Registrou que, "fosse constituinte", teria promovido limitações aptas a afastar inconvenientes que certamente ocorrerão na eleição que então se avizinhava com um número de candidatos quase ilimitado. Mas, não sendo esse o caso, votou acompanhando o relator.

O ministro Carlos Velloso, ressaltando que a democracia hoje só é possível a partir da intermediação dos partidos políticos, lembrou que essas instituições democráticas têm recebido destaque nos textos constitucionais de modo geral.

Entende, nesse contexto, que são salutares, positivas e tendem a fortalecer os partidos políticos as propostas legislativas que limitem a participação em pleitos eleitorais as agremiações que alcancem determinado grau de representatividade política. Assim é que, afirma que a Constituição Federal ao exigir "no inciso I do art. 17, que os partidos políticos tenham caráter nacional, inegavelmente autorizou o legislador ordinário a estabelecer mecanismos de aferição desse caráter nacional."

E, enfim, não é possível falar em prejuízo à cidadania ou ao direito de ser votado, haja vista que estão autorizadas as coligações de modo a obter o enquadramento necessário conforme os mecanismos legitimamente estabelecidos na legislação ordinária. Por essas razões, acompanhou o voto do ministro Francisco Rezek, inclusive no que refere à declarar a inconstitucionalidade, apenas e exclusivamente, da última parte da cabeça do artigo 5º da lei em escrutínio.

O ministro Sepúlveda Pertence, abre seu voto argumentando que a legislação que contém os dispositivos questionados na ação direta em comento fazia parte do "primeiro esforço, no direito eleitoral brasileiro, para racionalização do quadro partidário."

Nessa mesma linha, apontou a necessidade de enfrentamento do problema decorrente da aplicação – no contexto de liberdade descontrolada de criação dos partidos políticos – do chamado direito de antena. Nesse tema, frisou que "se torna inviável de exercício a sério, se se pretende que grupos que jamais hajam demonstrado o mínimo de inserção no eleitorado, possam disputar eleições majoritários, participar da divisão de tempo de radiodifusão gratuita, que propiciaram, no pleito presidencial de 1989, algumas aparições folclóricas, de poucos segundos."

Esse primeiro esforço de racionalização trazido pela Lei n.º 8.713/93, é, prossegue o ministro Sepúlveda Pertence, "absolutamente razoável". Destacando o critério hermenêutico da razoabilidade, aponta que, fossem as restrições desarrazoadas, "aí sim poriam em xeque não só o valor da isonomia, que é relativa, mas outro valor fundamental, específico do tema, qual pluripartidarismo." Não se trata de tornar efetivamente impossível a criação de outros e novos partidos políticos, tal qual no regime da Constituição de 1969, mas de estabelecer mecanismos de organização e racionalização do nosso sistema de disputas eleitorais.

Refutou a alegação de que os dispositivos em análise feririam a autonomia assegurada aos partidos políticos pelo art. 17, § 1º da Constituição Federal, pois o tema nada tem com a autonomia dos partidos políticos, referindo à estrutura e organização internas, funcionamento e às regras de fidelidade partidária. O que não se pode fazer por lei ordinária, afirma o ministro Sepúlveda Pertence, é o engessamento da vida interna e funcionamento dos partidos políticos.

Por fim, quanto à alegada inconstitucionalidade cometida pela última parte do art. 5º da Lei n.º 8.713/93 ao diferenciar os partidos com registro provisório e partidos com registro definitivo, entendeu como perfeitamente razoável, visto que, de fato, efetivamente existem diferenças entre os partidos que estão em uma e em outra situação. Votando pela improcedência integral da ação direta, concluiu: "não encontro nenhum princípio ou dispositivo constitucional violado por essas restrições, tenho que entendê-las válidas, dentro da liberdade de conformação deixada ao legislador eleitoral ordinário, na competência constitucional que sobre a matéria se entregou a União."

O ministro Sydney Sanches, a seu turno, iniciou lembrando que se é bem verdade que os artigos 14 e 17 da Constituição Federal não fixam limites ao âmbito de atuação

dos partidos políticos, também é verdade que não proíbem que esses limites sejam porventura fixados. Assim, à lei ordinária é dado a fixação de limites, "desde que o faça razoavelmente."

Nesse contexto, quanto à cabeça do art. 5º da Lei n.º 8.713/93, o ministro não viu qualquer falta de razoabilidade a justificar entendimento pela inconstitucionalidade. E isso, argumentou, "pois vejo diferença, e muita, entre partido com registro provisório e partido com registro definitivo, porque só este último já demonstrou seu caráter nacional."

Quanto aos parágrafos do referido art. 5º, muito embora tendendo, de início, a acompanhar a divergência aberta pelo ministro Francisco Rezek e seguida pelos ministros Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, o ministro Sydney Sanches se confessou chocado com o fato de que "a lei está partindo de fatos, já ocorridos, para regular o futuro. Assim, no dia 30 de setembro de 1993, quando entrou em vigor a lei, já se sabia quais os partidos que não poderiam concorrer, quais os que ficariam por ela automaticamente excluídos."

Razão pela qual, ressalvando seu entendimento pessoal sobre a questão de fundo – "lamento ter de tomar essa posição, porque na verdade sou simpático à causa da limitação da atuação dos partidos políticos" –, concluiu que a "a lei não é razoável, quando leva em conta o passado dizendo quais os partidos que não podem concorrer. Isso, de certa forma, é um casuísmo." Votou, portanto, pela constitucionalidade da cabeça do art. 5º e pela inconstitucionalidade dos parágrafos e incisos do referido artigo, todos da Lei n.º 8.713/93.

O ministro Néri da Silveira, após escaramuça histórica na qual relembrou nosso sistema constitucional de 1946, passando pelo Ato Institucional n.º 5, pela Emenda Constitucional n.º 1/1969, pela Emenda Constitucional n.º 11/78, chegou, em sua fundamentação, até a Emenda Constitucional n.º 25/1985 que, segundo afirmou, "se estabeleceu efetivamente a abertura partidária e em virtude do que surgiram, em número significativo, os partidos políticos que ainda hoje lutam por sua estabilização ou desenvolvimento."

A Constituição Federal de 1988, afirma, reflete, em seu art. 17, o espírito da EC n.º 25/85, reiterando a dicção de que "é livre a criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos."

Tecendo uma diferenciação entre legislação do tipo ordinária (estatutária para os partidos políticos) e especial (para cada eleição), apontou que o diploma impugnado

pela ação direta – Lei n.º 8.713/93 – não consubstancia lei geral reguladora do processo partidário de modo amplo e com intenção de perenidade, mas "uma lei especial para as eleições de 1993." Sobre esse ponto, indo na trilha já traçada pelo ministro Sydney Sanches, afirmou:

> Compreendo que, em realidade, essa lei especial não poderia estabelecer exigências de caráter restritivo para o funcionamento do processo eleitoral, no que concerne à participação nesse processo de candidatos de partidos já organizados e registrados, neste rol também se podendo compreender partidos que já haviam participado do processo eleitoral anterior.

Concluiu, portanto, acompanhando o ministro Sydney Sanches, pela constitucionalidade da cabeça do art. 5º e pela inconstitucionalidade dos parágrafos e incisos do referido artigo, todos da Lei n.º 8.713/93.

O ministro Moreira Alves, acompanhando os ministros Sydney Sanches e Néri da Silveira, afirmou que o problema da lei está em que, antes de qualquer coisa, ela "fere o princípio constitucional do devido processo legal, que, evidentemente, não é apenas o processo previsto em lei, mas abarca as hipóteses em que falta razoabilidade à lei."

Daí é que se mostra "de todo desarrazoado" que os dispositivos questionados na causa "partem de fatos passados, e portanto já conhecidos do legislador quando da elaboração desta lei, para criar impedimentos futuros em relação a eles, constituindo-se, assim, em verdadeiros preceitos ad hoc."

Votou, portanto, pela inconstitucionalidade dos parágrafos e incisos do art. 5º da Lei n.º 8.713/93.

Por fim, o ministro Octavio Gallotti, então Presidente e último a votar, acompanhou os ministros Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves para declarar inconstitucionais apenas os parágrafos e incisos do art. 5º da Lei n.º 8.713/93, resguardando a cabeça do referido artigo. O que fez pelos mesmos fundamentos, visto que os dispositivos cuja inconstitucionalidade já restava, naquele momento, assentada, configuram "discriminação com caráter virtualmente subjetivo, cujos requisitos foram relegados ao passados, de tal forma que já eram conhecidos dos legisladores que elaboraram a norma restritiva."

O ministro Marco Aurélio, relator, após a colheita de todos os votos, considerando o empate que se formou quanto à constitucionalidade da cabeça do art. 5º da Lei n.º 8.713/93,e ponderando que já era "hora de o Tribunal colocar um ponto final na

controvérsia", apresentou explicação na qual, convencido que a distinção estabelecida entre partidos com registro provisório e definitivo é plenamente justificável "quer sob o ângulo constitucional, quer sob o ângulo social", aderiu, no particular, à divergência aberta pelo ministro Sepúlveda Pertence para considerar constitucional o dispositivo.

4.5.4 Ementa do julgado.

> PARTIDOS POLÍTICOS – INDICAÇÃO DE CANDIDATOS – PRESSUPOSTOS – INCONSTITUCIONALIDADE. Exsurgem conflituantes com a Constituição Federal os preceitos dos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Lei n.º 8.713/93, no que vincularam a indicação de candidatos à Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador e Senador a certo desempenho do Partido Político no pleito que a antecedeu e, portanto, dados fáticos conhecidos. A Carta de 1988 não repetiu a restrição contida no artigo 152 da pretérita, reconhecendo, assim, a representação dos diversos segmentos sociais, inclusive os que formam dentre as minorias.

4.5.5 Conclusões.

Correto o ministro Sydney Sanches na inteireza da divergência que abriu e que, posteriormente, foi acompanhado pelos ministros Néri da Silveira, Moreira Alves e Octavio Gallotti. A necessidade de organização e de racionalização do funcionamento dos partidos políticos é evidente. Como bem apontou o ministro Sepúlveda Pertence, a linguagem liberalizante da Constituição a respeito do tema não significa, em absoluto, que o tema está fora do alcance do legislador ordinário. Tanto pelo contrário. A falta de qualquer regulamentação pelo Constituinte desafia ao legislador ordinário que, ciente dos percalços reais e concretos que a dinâmica da vida política impõe, deve atuar para que essa dinâmica transcorra da melhor forma possível.

Não pode, contudo, o legislador ordinário, desconsiderar regras, princípios e valores constitucionais relevantes tais como, por exemplo, o pluripartidarismo. Nesse sentido, cogitando possíveis regulamentações em nível de lei ordinária, não nos parece inconstitucional, por exemplo, eventual intento de tornar compreensível o número de partidos políticos em atuação no país. Desde que essa restrição ocorra de modo razoável. A razoabilidade, como se vê, serve de instrumento metodológico que, compondo o conteúdo do devido processo legal, "atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável."[479]

[479] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed., atual.,

Daí é que, nada obstante a compreensão de fundo no sentido de que é constitucionalmente permitido ao legislador ordinário organizar e regulamentar o funcionamento dos partidos políticos no nosso ecossistema político, é de que se questionar, em averiguação do caso posto perante a ação direta de inconstitucionalidade n.º 958-3/RJ, se foi razoável a atuação do legislador que, partindo de fatos já ocorridos e consumados por parte das agremiações políticas, estabeleceu critério de diferenciação entre elas. Em síntese, nos termos do quanto afirmado pelo ministro Sydney Sanches: "no dia 30 de setembro de 1993, quando entrou em vigor a lei, já se sabia quais os partidos que não poderiam concorrer, quais os que ficariam por ela automaticamente excluídos."

Fazer distinções estabelecendo exigências utilizando critérios que, sabidamente afetariam e prejudicariam partidos políticos já de antemão conhecidos, significa a submissão do interesse geral às conveniências políticas momentâneas, sugere possível perseguição e supressão de minorias ocasionais, contexto que leva a concluir que medida legislativa dessa natureza ofende gravemente a ordem democrática, a igualdade, a cidadania e, por consequência lógica, o postulado da razoabilidade[480] contido no devido processo legal (CF – art. 5º, inc. LIV).

São Paulo: Malheiros, 2013, p. 177

[480] Ver, por todos Humberto Ávila que faz um minucioso trabalho sobre a razoabilidade e cuja abordagem, sem maiores prejuízos, mas sem dispensar a leitura integral da obra, pode ser sintetizada na seguinte passagem a indicar as principais conceituações do referido critério: "Relativamente à razoabilidade, dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas. São essas acepções que passam a ser investigadas." Cf: **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed., atual., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 173.

5. Tema 06: Um tema intersecional a partir da liberdade de expressão. Paradigma: HC 82.424/RS.

5.1 Colocação do tema em análise

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça e por meio do qual argumentou-se no sentido de que a discriminação contra judeus não comporta conotação racial, razão pela qual requereu pela ilegalidade e inconstitucionalidade na condenação do paciente pelo crime tipificado no artigo 20 da Lei n. 7.716/89.

Ademais, reiterando a premissa de que os judeus não seriam uma raça, argumentou que não seria possível atribuir ao crime em tela o signo da imprescritibilidade. Foi esse, inclusive, o objeto do pedido liminar: "seja liminarmente suspensa a averbação de imprescritibilidade constante no acórdão." A liminar foi indeferida.

A Procuradoria-Geral da República, por intermédio da manifestação de Cláudio Lemos Fonteles, opinou pelo indeferimento da ordem. A seguir, trechos da parecer ministerial:

> 8. Faz-se necessária esta indagação: definiu o legislador constituinte o que é a prática do racismo?
> 9. Disse que a prática do racismo é:
> - **crime;**
> - **crime inafiançável; e**
> - **crime imprescritível**
> 11. Aqui se encerra a compreensão do texto constitucional.
> 12. Transferiu – **é textual** ("nos termos da lei") – à legislação ordinária **a definição da prática** do racismo como crime.
> 13. Antes, a Lei 7716/90 restringia-se a **definir como prática do racismo** condutas de discriminação pertinentes à raça e à cor.
> 14. Depois, com o advento da Lei 8081/90, a prática do racismo contempla a discriminação alusiva não só à raça e a cor, como também à religião, etnia ou procedência nacional, valendo-se dos meio de comunicação social, ou por publicação de qualquer natureza.
> (...)
> 17. Como se vê, interpreta-se o texto constitucional **sem extravasamentos**.

> 18. Interpreta-se-o pelo que propriamente significa: transferir à legislação ordinária a definição da **prática do racismo**, e esta o fez por instituir **várias figuras penais**, a tanto **típicas**, presentes na Lei 7716, e modificações ulteriores.
> 19. Pelo indeferimento do pedido.

Os fatos que subjazem ao julgamento da questão pelo Supremo Tribunal Federal têm início em 14 de novembro de 1991, ocasião em que Siegfried Ellwanger foi denunciado pelo crime de racismo, conforme tipifica a lei 7.716/89 e o inciso XLII do artigo 5º da Constituição. Fato típico imputado consistente em escrever, editar e publicar livros com conteúdo antissemita.

Siegfried Ellwanger foi absolvido em primeira instância e, após apelação interposta pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, foi condenado pelo Tribunal de Justiça daquele Estado ao cumprimento de dois anos de reclusão. A questão ascendeu ao Superior Tribunal de Justiça por intermédio de *habeas corpus* focado, tal qual o HC analisado pelo Supremo Tribunal Federal, na questão da imprescritibilidade do ato criminoso.

Por fim, é de se registrar que o *habeas curpus* contou com intervenção de *amicus curiae*, por intermédio do qual se fez juntar parecer de Celso Lafer e no qual concluiu: "o crime cometido por Siegfried Ellwanger é o da prática do racismo e, como tal, imprescritível."[481]

5.2 Dispositivo constitucional em análise

O dispositivo constitucional em comento, que não apenas condena criminalmente a prática do racismo, como o designa como delito inafiançável e imprescritível, assim como sujeito à pena de reclusão. Veja-se o texto normativo:

> **Constituição Federal, art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[481] Se parece ser verdade que a admissão de *amicus curiae* em *habeas corpus* é medida processual um tanto heterodoxa, também é verdade que o referido Parecer de Celso Lafer tem uma relevância substancial de elevada estatura. Parecer que, de leitura obrigatória, foi posteriormente publicado em: LAFER, Celso. Parecer: o caso Ellwanger: antissemitismo como crime da prática de racismo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 41, n. 162, p. 53-90.

> (...)
> **XLII** - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Lei que, conforme imposição constitucional, foi editada pelo legislador ordinário. Inicialmente, a Lei n. 7.716/89, tipificando condutas discriminatórias com base em raça ou cor da pele; posteriormente, a Lei n. 9.459/97, alterou a redação da lei anterior e ampliou o objeto da tutela, incluindo como tipos penais discriminações por razões étnicas, religiosas ou de procedência nacional.

Conforme ensina Luciano Feldens, o dispositivo constitucional em comento é reflexo não só de uma concepção de cidadania e de um modelo de Estado Democrático de Direito. É, do mesmo modo, um produto da política criminal constitucional expressamente adotada pelo Constituinte e que, designando opções valorativas fundamentais, estabelece de define como obrigatória (impositiva) a proteção criminal de determinados bens jurídicos.[482]

Sobre a inafiançabilidade do racismo, é de se consignar que a determinação constitucional foi repetida no Código de Processo Penal (art. 323, inc. I), que prevê expressamente a vedação de fiança nos crimes de racismo. A imprescritibilidade, a seu turno, é conformação jurídica ainda mais excepcional que a vedação da fiança, haja vista que configura exceção ao princípio da prescritibilidade da pretensão punitiva do Estado; regra essa que impõe limitações temporais ao poder punitivo e, justamente por essa razão, ao impedir a eternização de procedimentos e investigações criminais, também diz com a dignidade da pessoa e com a cidadania.

Por fim, umas das questões mais delicadas sobre o dispositivo em comento diz respeito à definição do alcance normativo da expressão "racismo", notadamente a saber se esse tipo penal deveria ficar restrito às hipóteses de discriminação em razão da raça tal como tradicionalmente (biologicamente) se definiam: raças branca, negra e asiática, por exemplo. Considerando que o próprio dispositivo constitucional delega à lei a regulamentação do tema, temos: a Lei n. 7.716/89, aporta dois fatores – raça e cor; posteriormente, a Lei n. 8.081/90, sem mencionar "cor", aporta mais três fatores – religião, etnia e procedência nacional. A Lei 9.459/97, consolidando todos os fatores anteriormente previstos aponta cinco como os fatores cuja discriminação se criminaliza: raça, cor, etnia, religião e procedência nacional.

---

[482] FELDENS, Luciano. Comentário ao artigo 5º, inciso XLII. **Constituição comentada**. Pp. 790-797.

O postulado de que os estatutos criminais devem ser interpretados restritivamente[483] e a análise histórica dos anais da Constituinte certamente sugerem, em um primeiro passar de olhos, que o crime de racismo apenas deveria alcançar normativamente discriminações em razão da raça e, ainda mais especialmente, as discriminações em desfavor da população negra.

Ocorre que, tal qual a legislação infraconstitucional brasileira foi abordando novos fatores (etnia, religião e procedência nacional) como integrantes do tipo penal, também a jurisprudência e mesmo a doutrina se encaminharam para reconhecer a ampliação do alcance normativo do crime de racismo. Nesse sentido, o conceito cientificamente impreciso (e questionável) de raça, especialmente na sua perspectiva biológica, acabou forçando o redirecionamento da leitura sobre o tema – e muito por influência do estudo apresentado por Celso Lafer por ocasião do HC 82.424/RS – para uma interpretação do racismo como um fenômeno social. Desse modo, a criminalização do racismo vem sendo interpretada como uma proteção ao bem jurídico da igualdade e à intenção constitucional de evitar qualquer discriminação a grupos passíveis de delimitação social e antropológica.

5.3 Posição do Tribunal sobre o tema

Foi designado para relator do acórdão o ministro Moreira Alves que, refletindo sobre os argumentos postos no habeas corpus, entendeu que o foco da análise deveria ser questionar sobre o alcance da expressão "racismo", contida no texto da Constituição e que tem como consequência jurídica o reconhecimento da imprescritibilidade do ato praticado pelo paciente. Sobre esse necessário enfoque de análise, nas palavras do ministro relator:

> Assim, a questão que se coloca neste "habeas corpus" é a de se determinar o sentido e o alcance da expressão "racismo", cuja prática constitui crime imprescritível, por força do disposto no artigo 5º, XLII, da Carta Magna, até porque a imprescritibilidade, no caso, resultará do disposto nesse preceito constitucional, uma vez que a legislação infraconstitucional relativa aos crimes de preconceito e discriminação não os declara imprescritíveis. Ademais, é de notar-se que a expressão "nos termos da lei", que se encontra na parte

[483] "O critério de interpretação semanticamente mais restritiva deve ser defendido na atualidade, pois constitui um dos principais instrumentos capazes de conter o formidável avanço da tipificação irresponsável". Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 3º edição. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 211.

> final desse dispositivo da Constituição, não delega à legislação ordinária dar o entendimento que lhe aprouver sobre o significado de "racismo", mas, sim, que cabe a ela tipificar as condutas em que consiste essa prática e quantificar a pena de reclusão a elas cominada.

Lembrou o relator, ademais, que o inciso XLII do artigo 5º da Constituição se prende aos objetivos fundamentais da República, conforme previsto no inciso IV do artigo 3º do texto constitucional ("promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação").

Sobre a interpretação do já referido inciso XLII, afirmou, especificamente sobre a palavra "racismo", que "deve essa expressão ser interpretada estritamente, porque a imprescritibilidade nele prevista não alcança sequer os crimes considerados constitucionalmente hediondos, como a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo". A partir dessa premissa, e retornando para a questão de fundo posta no *habeas corpus*, ponderou:

> Considerado, assim, em interpretação estrita, o crime de racismo, a que se refere o artigo 5º, XLII, da Constituição, como delito de discriminação ou preconceito racial, há de se enfrentar a questão que, então, se põe, e é a de se saber se os judeus são, ou não, uma raça.
> E, a esse respeito, impõe-se a resposta negativa, com base, inclusive, em respeitáveis autores judeus que tratam dessa questão.

Sobre a imprescritibilidade do fato imputado e, enfim, concluindo sobre o mérito do pedido apresentado no *habeas corpus*, afirmou o ministro relator:

> Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado.
> E tendo ele disso condenado a dois anos de reclusão, a prescrição da pretensão punitiva ocorre em quatro anos, o que, no caso, já se verificou, porquanto, entre a denúncia que foi recebia em 14.11.91 e o acórdão que, reformando a sentença absolutória, o condenou, e que foi proferido em 31.10.96, decorreram mais de quatro anos.
> Em face do exposto, defiro o presente "habeas corpus" para declarar a extinção da punibilidade do ora paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Próximo a votar, o ministro Maurício Corrêa, ao apresentar pedido de vista, aproveita para refletir sobre algumas questões sobre o julgamento em questão. Primeiramente, aponta, tal qual fizera o ministro relator, que "não há dúvida que os judeus não se constituem em uma raça." Cita passagens bíblicas, assim como da história recente, para ilustrar a trajetória do povo judeu como um povo humilhado, martirizado e estigmatizado.

Alguns meses depois trouxe voto escrito e no qual consignou que a exegese do termo "racismo" inscrito na Constituição não pode receber uma designação que seja "simplesmente biológica". Apontou a necessidade de se entender esse preceito com conjunto com os demais dispositivos com ele relacionados "para daí mensurar o alcance da sua correta aplicação constitucional".

Utiliza como parâmetro o dicionário de sociologia da Universidade de Oxford para, apresentando os verbetes racialismo, racismo e racialização, para defender a tese que a definição tradicional e biológica de raças está superada e, por consequência, o antissemitismo constitui forma de racismo, pois direcionado contra um grupo social e culturalmente definido. São as razões pelas quais indeferiu o *habeas corpus*.

O ministro Celso de Mello, em antecipação de voto e acompanhando a divergência aberta pelo ministro Maurício Corrêa, apontou que a questão deve ser analisada sob o prisma da dignidade da pessoa humana, bem como na "grave advertência que a História nos impõe" – referindo-se ao Holocausto, evidentemente.

Citou alguns documentos internacionais e apontou que o grande desafio das Cortes Constitucionais está em "**extrair**, das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, **a sua máxima eficácia.**"

Seguindo a trilha da argumentação do ministro Maurício Corrêa, afirmou que o conceito de racismo não pode restar resumido a uma ordem antropológica ou biológica. Deve, ao contrário, projetar-se "numa dimensão abertamente cultural e sociológica", perspectiva a partir da qual o povo judeu se torna potencial sujeito passivo do crime de racismo. Razões pelas quais indeferiu o *habeas corpus*.

O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, também em voto vista, afirma que o racismo configura fenômeno social e histórico complexo, cujo conceito está estreitamente vinculado ao contexto histórico, sociológico e cultural. Dessa perspectiva, afirma o ministro, o tipo penal-constitucional do racismo alcança o antissemitismo; "não vejo como se atribuir ao texto constitucional sentido diverso", concluiu. Afirma, ainda, que

um livro pode ser instrumento de crime de discriminação racial, pois as "decisões de Cortes europeias (...) confirmam-no de forma inequívoca."

Aplicou o teste da proporcionalidade, a partir do qual entendeu evidente a adequação da condenação do paciente como forma de salvaguarda de uma sociedade tolerante e pluralista. Também entendeu a medida como necessária, sob o pressuposto da inexistência de outros meios menos gravosos e igualmente eficaz, não havendo que se falar em exorbitância do acórdão, haja vista a própria constituição determina a criminalização e imprescritibilidade do crime de racismo. E a condenação atende, enfim, ao teste da proporcionalidade em sentido estrito, haja vista que a liberdade de expressão e de pensamento não alcançam estímulos à violência. Razões pelas quais votou pelo indeferimento do *habeas corpus*.

"A questão a ser resolvida, aqui, portanto, é esta: a prática do anti-semitismo pode ser considerada racismo?"; foi assim que o ministro Carlos Velloso iniciou seu voto para, logo em seguida, mesmo em se considerando que sob a perspectiva biológica a raça humana é apenas uma, ressalvou a circunstância de que "culturalmente, sociologicamente, esses grupos humanos podem ser diferenciados. E é justamente o tratamento discriminatório, hostil, preconceituoso, relativamente a eles, que caracteriza o racismo."

A partir daí, a conclusão é inevitável: "não tenho dúvida em afirmar que a conduta do paciente, no publicar e escrever livros hostis aos judeus – ele próprio é autor de um deles – implica em prática de 'racismo'." Por essa razão, indeferiu o *habeas corpus*.

O ministro Nelson Jobim, a seu turno, apontou que o cerne da controvérsia residia no reconhecimento (ou não) da imprescritibilidade para o crime de discriminação contra judeus. Após fazer uma regressão histórica sobre a origem judaica, questionou e respondeu:

> **Sendo os judeus um povo e não uma raça, não estariam amparados pela CF, art. 5º XLII?**
> **E, também, pelas Leis Infraconstitucionais 7.716/89 modificada pela 8.081/90?**
> Entendo que sim.
> (...)
> **A discriminação com o povo judeu constitui crime imprescritível à luz da CF, art. 5º XLII?**
> A resposta é afirmativa.

Uma interpretação histórica, considerando-se os motivos que levaram o Constituinte a criminalizar e a tornar imprescritível o crime de racismo, notadamente o racismo tal como efetivamente conhecido no Brasil – contra a população negra –, serve apenas de forma exemplificativa, não se prestando a limitar o âmbito normativo do dispositivo.

Adotando em toda extensão a fundamentação das manifestações apresentadas pelos *amicus curiae*, especialmente aquelas assinadas por Miguel Reale Júnior e por Celso Lafer, acompanhou a divergência e indeferiu o *habeas*.

A ministra Ellen Gracie, acompanhou a divergência na premissa de que a divisão da humanidade em raças diversas não encontra amparo científico, assim como na conclusão de que não se pode admitir o argumento no sentido de que por não haver raças o crime de racismo não seria possível. Entre a premissa e a conclusão, concordou com os argumentos apresentados no parecer de Celso Lafer no sentido de que muito embora o racismo não se justifique por fundamentos biológicos, ele persiste enquanto fenômeno social. Denegou, portanto, a ordem.

O ministro Cezar Peluso, também partindo da premissa de que na ocasião já não se reconhecia a existências de raças a dividir a humanidade, derivou a conclusão que o trabalho de interpretação não poderia ser outro senão captar a ideia subjacente à base semântica da expressão racismo, tal qual inserta no inciso XLII do artigo 5º da Constituição. Ideia subjacente que, no dizer do ministro, diz diretamente com a intenção do texto constitucional em "resguardar a integridade biopsicológica de grupos sociais diferenciáveis por caracteres físicos, religiosos, étnicos, de procedência ou origem, enquanto portadores de qualificações secundárias, mas capazes de fazê-los alvo cego dessa perversão moral, que é a ideologia racista". Interpretação diversa, pondera, seria tornar a proteção constitucional ineficaz.

Sobre características subjetivas do paciente, o ministro Cezar Peluso afirmou que o tipo penal incide não pela edição de tal ou qual obra isoladamente, mas que índice em conta da especialização do paciente em redação e difusão de obras que hostilizam o povo judeu. Assim, concluiu: "se ele se propusesse ou apresentasse apenas como editor casual de tais obras, ou até como editor de excentricidades, eu decerto consideraria com outros olhos este **habeas corpus**. Não é esse o caso, porém, senão de reprovável comportamento sistemático." Razões pelas quais, também indeferiu a ordem.

O ministro Ayres Britto, a seu turno, argumenta que a linguagem do texto constitucional deve ser compreendida, prioritariamente, no seu sentido popular, haja vista ser a Constituição um documento político e que intenciona ser compreendida

por toda a população. Sobre a definição constitucional de racismo, defendeu a tese de que é utilizado para referir à discriminação de pessoas de cor negra, assim como para referir à discriminação de povos com alguma diferenciação histórico-cultural Povos de ancestralidade comum; exemplificou com os povos ciganos e as colônias alemã, italiana, japonesa e espanhola, espalhadas pelos estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo e Bahia. Desse modo, traçou um conceito de racismo muito semelhante aos ministros que compuseram a divergência inaugurada pelo ministro Maurício Corrêa.

Sobre a prática do crime no caso concreto, afirmou que "na visão do próprio **Siegfried** enquanto escritor, o livro em causa **é uma obra de pesquisa histórica**"; pesquisa com convicções, militância e ideologia própria que, nada obstante, reconheceu o ministro: "não é crime tecer uma ideologia." Manifestações que, ademais, no ver de Ayres Britto, estão respaldadas não só pela liberdade científica e de pensamento, mas pelo pluralismo político como fundamento da República (artigo 1º, V, CF) e da vedação, também constitucional, de que direitos sejam privados por motivos políticos ou filosóficos (artigo 5º, inciso VIII, CF).

Avança, ainda, para afirmar que da leitura das obras não se observa o tema do arianismo, ou a defesa da superioridade das raças ou o apoio ao Holocausto. Tanto o contrário, pondera o ministro: "não apenas o escritor-paciente deixa de colocar os judeus na humilhante condição de sub-povo ou de sub-raça, como faz exatamente o contrário: acusa o judaísmo de se irrogar em um complexo de superioridade." Por essa razão conclui ser praticamente impossível "etiquetar a obra do paciente como preconceituosa, porque, para ele, preconceituoso é o Sionismo." Trata-se, portanto, de livro produzido dentro do esquadro da liberdade de expressão e com a finalidade de "cimentar uma convicção política" – livro que, além disso, é de circulação mundial, sendo comercializado pela *www.amazon.com.*

Assim, por entender não haver que se falar em prática de racismo, votou no sentido de deferir o *habeas corpus* de ofício.

O ministro Marco Aurélio, inicia seu voto apontando que a censura é prática que tem merecido o repúdio dos povos, e, após fazer uma profunda e larga análise sobre a liberdade de expressão, conclui que essa liberdade fundamental exerce papel de extrema e insuplantável relevância nas democracias modernas. Destaca, a esse respeito, que os piores momentos da história recente da humanidade ocorreram todos em contexto de treva no campo da comunicação social. A liberdade de expressão é, portanto, não

uma simples garantia ou liberdade individual, mas um pressuposto indispensável das sociedades que se organizam sob uma democracia constitucional.

Sobre o caso concreto, afirmou não entender estar diante de hipótese de crime de racismo, e explicou seu entendimento, exemplificando-o, com a passagem a seguir:

> A única restrição possível à liberdade de manifestação do pensamento, de modo justificado, é quanto à forma de expressão, ou seja, à maneira como esse pensamento é difundido. Por exemplo, estaria configurado o crime de racismo se o paciente, em vez de publicar um livro no qual expostas suas ideias acerca da relação entre os judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuísse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo "morte aos judeus", "vamos expulsar estes judeus do País", "peguem em armas e vamos exterminá-los". Mas nada disso aconteceu no caso em julgamento. O paciente restringiu-se a escrever e a difundir a versão da história vista com os próprios olhos. E assim o fez a partir de uma pesquisa científica, com elementos peculiares, tais como método, objeto, hipótese, justificativa teórica, fotografias, documentos das mais diversas ordens, citações. Alfim, imaginando-se integrado a um Estado Democrático de Direito, acionou a livre manifestação, a convicção política sobre o tema tratado, exercitou a livre expressão intelectual do ofício de escritor e editor, conforme previsto nos incisos IV, VIII e XIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Reiterando, enfim, uma frase do ministro Ayres Britto, afirmou: "a defesa de uma ideologia não é crime."

Outro ponto do voto do ministro Marco Aurélio que nos parece importante destacar diz com a consideração das particularidades da nossa história. A esse propósito lembrou que "em nenhum momento de nosso passado, houve qualquer inclinação da sociedade brasileira a aceitar, de forma ostensiva e relevante, ideias preconceituosas contra o povo judeu." Razão pela qual, concluiu ser imprescindível que "a solução deste *habeas* passe necessariamente por um exame da realidade social concreta, sob pena de incidirmos no equívoco de efetuar o julgamento a partir de pressupostos culturais europeus." Votou, portanto, para conceder a ordem de *habeas corpus* de modo a assentar a inexistência da prática de racismo.

5.4 Ementa do julgado

EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional

à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de

> prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada (DJ Nr. 54 do dia 19/03/2004).

5.5 Conclusões

O julgamento do HC 82.424/RS, é, sem lugar para dúvidas, de extrema relevância na história recente do Supremo Tribunal Federal; é, portanto, um julgamento paradigmático que, não por outra razão, motivou a afirmação do ministro Marco Aurélio de que o *case* era, provavelmente o mais importante entre os apreciados pela Corte nos então 13 (treze) anos que o ministro já tinha de Tribunal.

Também é de se constatar que foi um julgado que chamou atenção não só da comunidade jurídica, como, também, da imprensa de um modo geral. Isso a ponto de um dos juristas citados nos votos pedir publicação em jornal de grande circulação e no qual expressa seu desconforto com a forma que sua doutrina houvera sido manuseada na ocasião.[484]

Feita referência ao contexto, sobre o acórdão propriamente dito, uma conclusão parece estar segura. Conclusão no sentido de que, nada obstante a reconhecida dificuldade em se conceituar racismo sob uma perspectiva normativa e constitucional, a melhor solução, efetivamente, é a de compreender esse tipo penal-constitucional como uma prática que pode ocorrer em desfavor de grupos que tenham, por determinadas particularidades históricas, alcançado uma identidade cultural própria.

Assim é que temos como bem estabelecido o fato de que podem ser vítimas de racismo não apenas a população negra brasileira – que por certo motivou o Constituinte na redação do dispositivo –, mas, igualmente, outros grupos que detenham uma identidade cultural própria e que, justamente em razão dessa identidade, possam sofrer nociva discriminação.

---

[484] "Segundo me foi informado, o ministro Carlos Ayres Britto do Supremo Tribunal Federal, em seu voto absolutório do editor filonazista e anti-semita Siegfried Ellwanger, teria declarado que aprendeu comigo a importância da liberdade de expressão. Lamento que o eminente ministro não tenha aceito também a lição de que a liberdade de expressão é um direito relativo, ao passo que o racismo, sobretudo num país que viveu quatro séculos fundado na escravidão dos africanos, é, incontestavelmente, um crime absoluto." Fábio Konder Comparato, professor titular da Universidade de São Paulo (São Paulo, SP). Folha de S. Paulo, Opinião, 30/08/2003. Disponível: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz3008200311.htm; último acesso em: 03/08/2021.

> Indo além da tese e avançando sobre as considerações de fato realizadas no julgado, não deixa de ser um pouco heterodoxa a análise proposta pelos ministros Ayres Britto e Marco Aurélio, notadamente em razão da antiga e reiterada[485] jurisprudência da Corte[486] a afirmar o habeas corpus como via inadequada a promover a revisão do acervo probatório e dos fatos que ensejaram a persecução penal.

Considerada essa dificuldade processual – que inclusive motivou uma série de debates ao longo do julgamento –, é de se ter por constitucionalmente correta a decisão adotada pela Supremo Tribunal Federal por ocasião do HC 82.424/RS. De todo modo, fossemos considerar o mérito da questão conforme analisado pelas instâncias ordinárias, teríamos maiores dificuldades em ter como crime imprescritível de racismo a publicação e (tanto pior) a edição de livros que, inobstante o evidente mal gosto e repulsa que venham a causar no homem médio e em gentes de bom senso, precisam ir além disso para o adequado acoplamento no referido tipo penal. E isso, pois, da criminalização de condutas como essa é inevitável pensar no risco de o Judiciário se arvorar na condição de censor geral da república em detrimento de liberdades que, como muito bem pontuado pelo ministro Marco Aurélio, são insuplantáveis em democracias constitucionais. Muito embora a cogitação possa parecer extrema, a reflexão é necessária. Necessária e pertinente, bastante, para tanto, a leitura do debate e das intervenções do ministro Cezar Peluso[487] no julgamento em questão, quando afirmou que a tão só potencialidade que uma pessoa no país leia determinado livro para se convencer e assumir uma postura de ódio a determinado grupo, seria justificativa

---

485 Antiga, reiterada e por diversas vezes flexibilizada, é de se reconhecer.

486 Ver, a título exemplificativo, um dos mais antigos julgados a respeito: RHC 60535, rel. min. Néri da Silveira, julg. 22/02/1983.

487 **O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO –** Se, em uma Casa como esta, a mais alta Casa da Justiça brasileira, o livro suscita leitura diferenciada, quanto mais no âmago da população! Que esse livro circule! Não me convenci, o Ministro Marco Aurélio não se convenceu. Continuo tão admirador do povo judeu quanto antes.
O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – V. Exa. Me permite só um aparte? Toda a população pensa de acordo com V. Exª?
O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – A população tem o direito de fazer o seu julgamento.
O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Todas as pessoas do país pensam da mesma forma de V. Exª?
O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – O livro está na vigésima nona edição.
O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Há algum risco de alguém interpretar de outro medo e, com isso, sentir-se autorizado a alimentar o ódio, e não só alimentá-lo, mas passar de uma posição de ódio a uma postura de risco à integridade das pessoas?
O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Entendo que não.
O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Ah! Ninguém neste país? Seria isso concebível?
O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – É possível que alguém leia o livro e se convença.
O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Ora, basta que seja possível; é exatamente isso que se quer evitar. Daí, a Constituição ter tomado uma atitude que o Ministro Marco Aurélio considerou, com base em alguns autores, uma medida excepcional: a da imprescritibilidade do crime. Por quê? Porque o fato é de gravidade excepcional, pois alimentaria o ódio histórico cujo desdobramento chegou ao extermínio de um largo grupo humano. Não coibi-lo significaria botar em risco as pessoas no que elas têm de universal, como parte da mesma raça.

o bastante para coibir a divulgação dessas ideias pela via da persecução penal. Tirante as dificuldades de natureza constitucional a justificar uma posição como essa, fosse ela efetivamente adotada como política pública criminal, um rápido passeio pela internet em sites de venda de livros deixaria claro o trabalho de Sísifo pela frente. Censura e perseguição não nos parecem a melhor opção.

6. Expansão da jurisdição constitucional no período da corte na Ayres Britto

6.1 Tema 07. O depositário infiel na Corte Ayres Britto. Paradigma: RE 466.343/SP

6.1.1 Colocação do tema em análise.

Tratou-se de recurso extraordinário interposto pelo Banco do Bradesco S/A, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em sede de apelação e confirmando sentença proferida em ação de depósito fundada em alienação fiduciária em garantia, deixou de impor, por julgar inconstitucional, a medida coercitiva consubstanciada em prisão civil do devedor fiduciante que deixa de pagar o financiamento e que, igualmente, não atende às determinações judiciais de devolução do bem. Prisão civil que, como se sabe, está prevista no art. 4º do Decreto-Lei n.º 911, de 1º de outubro de 1969. O recorrente alega, em síntese, que o acórdão, ao julgar inconstitucional a prisão civil contra devedor fiduciante, teria violado o inc. LXVII do art. 5º da Constituição Federal.

O referido recurso extraordinário, de n.º 466.343/SP, foi julgado em conjunto com o HC 87.585/TO, de relatoria do ministro Marco Aurélio, e com o RE 349.703/RS, de relatoria do ministro Gilmar Mendes.

6.1.2 Dispositivos constitucionais em análise.

O dispositivo constitucional em questão já foi analisado por ocasião do Tema 02, no qual comentamos a decisão proferida no acórdão HC 72.131. Nada obstante, pertinente que se transcreva o texto:

> (...) LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

Tal como já mencionado, é importante frisar que, sob a perspectiva histórica, a vedação de prisão civil por dívida esteve prevista nas constituições de 1934, de 1946, de

1967 e na Emenda Constitucional de 1969, que reiteradamente excepcionam a hipótese do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de dívida alimentar. É de se reiterar, ainda, que mesmo nas hipóteses em que o texto constitucional deixou de tratar sobre o tema, tal como as Constituições de 1824, 1891, e 1937, a legislação infraconstitucional assegurava a possibilidade de prisão civil.

Nossa história constitucional, portanto, demonstra tratar-se de preceito constitucional que, repetidamente, estabeleceu em nossas Cartas Políticas a prerrogativa do legislador ordinário – prerrogativa, frisamos, que possui estatura constitucional – de prever e regulamentar a prisão do devedor de alimentos e do depositário infiel.[488]

6.1.3 Posição do Tribunal no tema.

O ministro Cezar Peluso, sorteado relator do feito, sintetizou a questão posta nos autos nos seguintes termos: "noutras palavras, trata-se de aferir se a sequela da prisão civil, inerente à ação de depósito, se ajusta, ou não, à exceção prevista no cânone constitucional, quando a depositário infiel ficou equiparado, por força da norma subalterna, o devedor fiduciante."

Inicia sua fundamentação afirmando que não existe afinidade alguma entre os contratos de depósito e os contratos de alienação fiduciária em garantia. Sobre os contratos de depósito, aponta que a guarda e restituição da coisa configuram sua "causa final". A guarda da coisa está, portanto, no núcleo essencial e é, enfim, o conteúdo econômico e social do negócio jurídico assentado nos contratos em referência. A guarda não pode, por isso, ser acessória ou subsidiária. Daí a concluir que "onde seja esta instrumental, não há contrato de depósito." Cita, em convergência ao seu raciocínio, passagem doutrinária de Clóvis Bevilaqua na qual se lê: "(...) se ao depositário se concede o direito de usar da coisa, já não haverá depósito."

Com esse enquadramento jurídico é que o ministro Cezar Peluso afirma que jamais conseguiu "enxergar, no arcabouço negocial da alienação fiduciária em garantia, qualquer vestígio de um contrato de depósito." Daí a afirmar que a celebração de negócio (contrato de depósito) não perseguido pelos contratantes que jamais

[488] A bibliografia de aprofundamento já sugerida foi a seguinte: SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao art. 5º, LXVII, em: Comentários à Constituição do Brasil / J.J. Gomes Canotilho [et al.]; outros autores e coordenadores Ingo WolfgangSarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 923-937. AZEVEDO, Álvaro Villaça. Prisão civil por dívida. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Sobre a constitucionalidade da prisão do depositário infiel em ação de alienação fiduciária em garantia. Revista de Processo, v. 20, n. 79, p. 222-228, jul./dez. 1995; ASSIS, Araken de. Da execução de alimentos e prisão do devedor. 9. ed. Rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

pretenderam a transmissão da propriedade, configura ficção jurídica. Detendo-se nesse ponto, afirmou:

> É que, ademais, consoante se viu à luz dos caracteres próprios de cada negócio jurídico, a alienação e o depósito não são contratos redutíveis a modelo comum, nem sequer a padrões afins. Numa primeira perspectiva, considerados sobretudo os fins predominantes do negócio complexo em que se insere a alienação fiduciária, pretende-se cada qual à tutela de interesses de natureza muito distinta, de modo que desempenham ambos funções sociais e jurídicas não menos díspares.
> Ao depois, não há parentesco, nem similaridade quanto às posses, visto que o depósito supõe a entrega efetiva do bem ao depositário, enquanto na alienação em garantia, tal entrega só pode imaginar-se mediante artifício montado a partir da suposição de que o fiduciário, que recebe a posse por ficção jurídica (*constituto possessório* ou *traditio ficta*), possa tê-la entregue, na modalidade indireta, ao fiduciante – que não corresponde à realidade, pela razão óbvia de que nunca a teve antes disso, pois recebe apenas a indireta, ficando a direta com o fiduciante.
> (...)
> Finalmente, e isto é decisivo, na origem da alienação fiduciária, o fiduciante recebe a posse da coisa, não para a custódia desta, nem o credor fiduciário a deixa (e não "entrega") para esse fim, senão para dela usar e gozar em posição idêntica à do compromissário comprador, e, por consequência, nenhuma obrigação tem de restituir, salvo na hipótese de descumprimento do contrato, e não, na execução dele (termo prefixado no depósito ou à requisição do depositante), como é da essência mesma do depósito.

Segue, agora analisando o adequado critério interpretativo para a cláusula constitucional, afirmando que a dispositivo de que se trata "é de todo alérgico a interpretação extensiva." Na mesma direção, afirma que a interpretação das normas constitucionais deve ter como base o princípio in *dubio pro libertate*, visto que trata-se de corolário da dignidade da pessoa humana e, como tal, "deve considerar-se um princípio geral no domínio dos direitos fundamentais." Cita Rui Barbosa, para quem o Direito se compreende sempre em favor da liberdade.

Se questiona, o ministro Cezar Peluso, se a lei poderia equiparar sujeitos de outras relações jurídicas a essa "figura específica e inconfundível" que é o partícipe do contrato de depósito. Responde afirmativamente, lembrando as figuras de hospedeiros e estalajadeiros, mas pondera o seguinte:

> Mas a resposta afirmativa não é absoluta, sobretudo diante da gravíssima questão conexa da admissibilidade da prisão civil. É certo que, nos limites da similitude fundamental das situações jurídico-subjetivas, pode a lei ou as partes mesmas, para efeito de justificar a assunção de outras obrigações, equiparar pessoas à condição formal de depositário. Não, porém, mediante transmutação do negócio real subjacente, para, sob ameaça teórica da privação da liberdade, garantir o adimplemento de obrigações de índole diversa.

Ressalta que a partir dessa equiparação, que chama de ficção jurídica, se tem o risco de esvaziamento da garantia constitucional, visto que "se falham os requisitos racionais de equiparação, por diversidade de suporte fático, nada impede passe a lei ou o intérprete a outras assimilações arbitrárias, a ponto de fazer da garantia, coisa nenhuma."

Por fim, entendendo desnecessário recorrer ao Pacto de São José da Costa Rica e julgando manifestamente inconstitucional o art. 4º do Decreto-Lei n.º 911/1969, negou provimento ao recurso extraordinário.

O ministro Gilmar Mendes, segundo a votar, iniciou a sua fundamentação com tópico sobre a prisão civil do depositário infiel em face aos tratados internacionais de direitos humanos. Apontou que se há consenso sobre a possibilidade de prisão do devedor de obrigação alimentar, o mesmo não ocorre com a prisão civil do depositário infiel. Lembrou, especificamente nesse propósito, a adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) teve como consequência, especialmente com vistas ao art. 7º, n. 7, do referido documento internacional, "um amplo debate sobre a possibilidade de revogação da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988."

Dito isso, estabelece a premissa de análise do caso: "é certo que qualquer discussão nesse âmbito pressupõe o exame das relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e a Constituição."

Sobre esse status normativo das convenções e tratador internacional, notadamente os de direitos humanos, o ministro Gilmar Mendes indica que existem quatro correntes principais: i) a primeira defendendo a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; ii) a segunda atribuindo caráter constitucional aos referidos diplomas internacionais; iii) a terceira atribuindo caráter de lei ordinária aos referidos diplomas internacionais; e iv) a quarta e última corrente que atribui caráter de supralegalidade aos tratados e convenções em matéria de direitos humanos.

As duas primeiras correntes, nas palavras do ministro, encontram "dificuldade de adequação" haja vista o princípio, que vigora no país, da supremacia material e formal da Constituição Federal, assim como a própria possibilidade de controle de constitucionalidade dos tratados internacionais, tal como previsto na alínea 'b' do inciso III do artigo 102 do texto constitucional. No mesmo sentido, a promulgação da emenda constitucional n.º 45/2004, indica que os tratados já ratificados pelo Brasil no momento da referida alteração constitucional e não submetida ao procedimento específico previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Constitucional, tal como é o caso do Pacto de São José, não têm como ser comparados às normas constitucionais.

Seguindo, o ministro Gilmar Mendes se propôs a enfrentar a terceira tese (paridade entre tratados e convenções internacional com a legislação ordinária), que, muito embora sendo a tese desde há muito aceita e adotada pelo Supremo Tribunal Federal (citou, nesse sentido, o RE n.º 80.004/SE, relator min. Cunha Peixoto, julg. 01.06.1977), se mostrava cada vez mais "difícil de defender".

Passa, então, a defender a superação dessa jurisprudência e, nessa direção, argumenta que se vive, na ocasião do julgamento ora em análise, um Estado Constitucional Cooperativo, nos termos identificados pelo doutrinador alemão Peter Häberle, cenário que sugere a tendência de enfraquecimento dos limites entre o direito interno e externo e de prevalência do direito comunitário sobre o direito interno.

Argumenta que o artigo 4º da Constituição aponta para uma "clara opção do constituinte" pela integração do Brasil em organismos internacionais, e que os parágrafos 3º e 4º do artigo 5º da Constituição, inseridos no nosso texto constitucional em 2004, apontam para uma maior abertura do Brasil ao direito internacional. Cita, em complemento, Constituições de nações vizinhas (Paraguai, Argentina e Uruguai) para concluir que há uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial em prestigiar as normas internacionais protetivas dos direitos humanos.

Buscando o arremate do argumento, o ministro Gilmar Mendes pondera que a tese da legalidade ordinária acaba por permitir que o Estado brasileiro descumpra compromissos internacionais de forma unilateral, permissão que viola princípios internacionais básicos. Razões pelas quais afirma: "parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos."

Citando que a tese da supralegalidade não seria inovadora na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que já havia decidido assim por ocasião da Apelação

Cível n.º 7.872/1943 (relator ministro Philadelpho Azevedo) e da Apelação Cível n.º 9.587/1951 (relator ministro Orozimbo Nonato), o ministro, em passagem que julgamos sintetizar com clareza não só a proposta de virada jurisprudencial quanto à hierarquia normativa dos tratados internacionais, mas, também, a tese defendida quanto ao mérito do recurso, inclusive com a ampliação do objeto do processo, afirma:

> Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.
> É necessário assumir uma postura jurisdicional mais ade3quada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.
> Como enfatiza Cançado Trindade, "a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central."
> Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.
> Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei n.º 911, de 1º de outubro de 1969.
> Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles sejam conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.
> Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

O trecho transcrito acima explicita a tese central do ministro Gilmar Mendes no sentido de que tratados e convenções internacionais aos quais o Brasil aderiu inviabilizam a prisão civil de forma geral, com exceção apenas do débito alimentar.

Nada obstante já arrematada a tese central, o ministro argumenta que independente dos referidos documentos internacionais, já era "possível antever [que] a contrariedade à Constituição já estaria configurada pela violação ao princípio da proporcionalidade." Nesse sentido, apresenta dois argumentos centrais: i) a prisão civil do devedor inadimplente não passa no teste da proibição do excesso, pois o ordenamento jurídico prevê outras formar e meios executórios para que o credor-fiduciário garantia seu crédito; e, no mesmo sentido já defendido pelo ministro relator Cezar Peluso, ii) o Decreto-Lei n.º 911/1969 cria uma figura atípica de depósito e, por transbordar os limites semânticos da expressão "depositário infiel", viola o inc. LXVII do art. 5º da Constituição.

Após fundamentar profundamente os dois itens indicados no parágrafo anterior e refletindo, ao fim, que "o espírito da Corte, hoje, mais do que nunca, está preparado para essa atualização jurisprudencial", negou provimento ao recurso.

A ministra Cármen Lúcia, em sucinto voto, asseverou que são dois os pontos fundamentais para deslinde da controvérsia em questão: i) primeiro o reconhecimento de que não se afigura adequado considerar como depositário infiel o devedor fiduciante, haja vista a "impossibilidade de interpretação extensiva a tudo que limita a liberdade"; ii) em segundo, a inviabilidade de subsistência do que determina o artigo 4º do Decreto-Lei n.º 911/1969, por força da adesão, pelo Brasil, ao Pacto de São José da Costa Rica. Razões pelas quais votou no sentido de acolher "inteiramente o que foi posto pelo Ministro Gilmar Mendes no sentido de já não haver, inclusive, aplicação para a parte final do artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição de 88."

O ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, abre seu voto lembrando que "as restrições aos direitos fundamentais como as exceções, de modo geral em Direito, devem ser sempre interpretadas restritivamente." Acompanhou a linha argumentativa do ministro Gilmar Mendes no sentido de que os novos pactos, tratados e convenções de proteção aos direitos humanos "estabeleceram novos paradigmas no mundo todo, um novo *ethos* no que diz respeito aos direitos fundamentais." Novos paradigmas que, portanto, conclui, devem influenciar a interpretação constitucional no plano interno de cada um dos Estados.

Nessa mesma toada é que reitera o quanto afirmado pelos ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes no sentido de haver uma diferença fundamental entre os institutos da alienação fiduciária e do contrato de depósito, de forma que a alienação fiduciária não se encaixa na exceção do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal "que admite – e até isso é duvidoso, dentro desses novos paradigmas trazidos à colação pelo Ministro Gilmar Mendes – a prisão civil do caso de depositário infiel na hipótese de inadimplemento de obrigação alimentícia." Razões pelas quais acompanhou "a guinada histórica" nos termos dos votos dos ministros que lhe antecederam.

O ministro Joaquim Barbosa votou acompanhando o relator e negando provimento ao recurso extraordinário. Argumentou, para tanto, que basta "em primeiro lugar a constatação de que a Constituição Federal não incluiu expressamente a alienação fiduciária em garantia entre as exceções ao princípio constitucional que veda a prisão civil por dívida." Daí que, com a adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica a possibilidade de prisão civil em casos de alienação fiduciária em garantia "tornou-se ainda mais sustentável."

Por fim, sobre a hierarquia das normas, apontou que em caso de "conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a prevalência, sem sombra de dúvida, há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo." Razões pelas quais acompanhou o voto do relator.

O ministro Carlos Ayres Britto, referindo os termos do voto do relator ministro Cezar Peluso, afirmou que são inconfundíveis o contrato de depósito e o contrato de alienação fiduciária, especialmente se a eventual equiparação entre os negócios jurídicos tiver como propósito "forçar a incidência daquela segunda ressalva de que trata o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal."

Nesse contexto o ministro reafirma que os "atos negociais não terão a força de viabilizar a prisão de quem quer que seja, mas a Constituição, no segundo relato, no seu segundo núcleo deôntico, traz duas exceções; não há dúvida." De forma que essas ressalvas constitucionais devem ser interpretadas restritivamente, não admitindo "alargamento, nem interpretação analógica."

Sobre a hierarquia normativas dos documentos internacionais, o ministro Ayres Britto coadunou com a tese do ministro Gilmar Mendes da supralegalidade: "abaixo da Constituição, é certo, mas acima das leis comuns."

Assim, acompanhando o ministro relator para negar provimento ao recurso extraordinário afirmou sua felicidade em "protagonizar uma sessão histórica, em prol

da efetividade da Constituição Federal naquilo que ela tem de mais central: a afirmação dos direitos humanos."

O ministro Marco Aurélio, reiterando o quanto afirmando em outros votos seus sobre a matéria (v.g. HC 72.131), afirmou que as normas que contemplam exceções devem ser interpretadas de forma restritiva, circunstância que, por si só, inviabilizaria a equiparação entre o devedor fiduciante e o depositário infiel.

Por outro lado, considerando a subscrição do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica afirmou, em síntese ao seu pensamento sobre o tema, o que segue:

> Mas há mais, ainda que pudéssemos confundir a figura do devedor fiduciante com a figura do depositário infiel – e desenganadamente não podemos confundir –, subscrevermos o Paco de São José da Costa Rica. Fizemo-lo não para tê-lo no mesmo patamar dos dispositivos constitucionais, porque há uma exigência maior, indispensável para que se alcance essa envergadura, que se observe o mesmo procedimento alusivo às emendas constitucionais. Quando subscrevemos esse Pacto, a legislação regulamentadora do texto constitucional quanto ao depositário infiel ficou suplantada. É que o Pacto de San José da Costa Rica apenas viabiliza a prisão no caso de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, não versando, portanto, o inadimplemento do depositário infiel.

Por essas razões é que acompanhou o voto proferido pelo ministro relator para desprover o recurso extraordinário.

O ministro Celso de Mello, em voto vista que guarda singular relevância por ilustrar uma virada de entendimento do próprio ministro, que havia votado contrariamente à tese (ver, especialmente, o HC 72.131), sintetiza a questão posta nos autos da seguinte forma:

> A questão básica suscitada na presente causa consiste em saber se ainda subsiste, no direito positivo brasileiro, no plano infraconstitucional da legislação interna, a prisão civil do depositário infiel, considerado o que dispõem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos/ Pacto de São José da Costa Rica (Art. 7º, § 7º) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Art. 11).

Afirma o ministro que, nesse esquadro, o inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal permite ao legislador ordinário duas hipóteses de limitação do alcance da vedação constitucional relativa à prisão civil: i) inadimplemento de obrigação alimentar; ii) e a infidelidade depositária.

Sobre os normativos internacionais a regulamentar a questão das prisões de natureza civil, lembra que o Pacto de São José da Costa Rica determina, em seu artigo 7º, n. 7, que ninguém será "detido por dívidas", e que essa regra "não limita mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar"; no mesmo sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece, em seu artigo 11, que ninguém "poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual." Diante desse esquadro normativo, pondera:

> Vê-se, daí, considerado esse quadro normativo em que preponderam declarações constitucionais e internacionais de direitos, que o Supremo Tribunal Federal se defronta com um grande desafio, consistente em extrair, dessas mesmas declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

Associou a desconsideração da pessoa humana enquanto valor fundante e condicionante, que deveria imperar nas democracias constitucionais contemporâneas, com a emergência sociedades totalitárias. Daí que os documentos normativos internacionais implicam em uma nova perspectiva não só no plano internacional, mas, também, na necessária afirmação, no plano interno, da consolidação dos direitos básicos da pessoa humana, "dentro os quais avulta, por sua extraordinária importância, o direito de não sofrer prisão por dívida."

Assim é que, segundo argumenta o ministro Celso de Mello, as exceções previstas no inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal não são instituidoras da prisão civil. São, isso sim, "ordem a facultar, ao legislador comum, a criação desse meio instrumental nos casos de inadimplemento voluntário e injustificável de obrigação alimentar e infidelidade depositária." A esse argumento se assoma a seguinte conclusão: "sem lei veiculadora da disciplina da prisão civil nas situações excepcionai referidas, não se torna juridicamente viável a decretação judicial desse meio de coerção processual, pois a regra inscrita no inciso LXVII do art. 5º da Constituição não tem aplicabilidade direta."

Ou seja, o referido dispositivo constitucional apenas permite, mas não obriga ao legislador ordinário que institua a prisão civil. A consequência jurídica que retira dessa linha argumentativa é a de que esse espaço de autonomia decisória – poder instituir

a prisão civil – pode ser ocupado de forma legítima pela normatividade dos tratados internacionais.

A controvérsia jurídica, portanto, acaba sendo derivada para o plano do conflito as fontes internas e internacionais do direito. Ocasião em que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos deverão assumir primazia em detrimento à legislação comum interna. Nessa questão específica o ministro Celso de Mello, diferentemente do ministro Gilmar Mendes, defende a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, por força do § 2º do art. 5º do texto constitucional. Os tratados passariam a integrar, a partir desse entendimento, um chamado bloco de constitucionalidade.

Citou doutrina de Francisco Campos (Direito Constitucional, vol. II, ed. Freitas Bastos, 1956) em trecho no qual afirma que nos "Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte."

Daí que, no mesmo sentido afirmado pelo ministro Gilmar Mendes, afirma que "a prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional." Razão pela qual o Decreto-Lei n.º 911/69 não foi recepcionado pelo sistema constitucional de 1988 e, assim sendo, negou provimento ao recurso extraordinário.

O ministro Gilmar Mendes, em revisão de aparte, explicitou a divergência quanto à tese da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos. Entendeu que a tese apresentada pelo ministro Celso de Mello – de que os referidos tratados devem ser recebidos como normas constitucionais – tem como consequência o fato de que a Corte passaria a "ter essas normas como parâmetro de controle, gerando, portanto, quadro de insegurança jurídica."

O ministro Cezar Peluso apresentou aditamento de voto, pois não sabia que "este recurso [RE 466.343] seria julgado em conjunto com outros dois incluídos na pauta de hoje." Assim, argumentando que o preceito constitucional (inc. LXVII do art. 5º) apenas autoriza o legislador subalterno a prisão civil do depositário infiel e do devedor de obrigação alimentar, daí que, se o legislador ordinário "tomou, por via direta da incorporação dos termos restritivos da Convenção à ordem jurídica interna, uma postura clara de exclusão da admissibilidade da prisão civil do depositário", teve por bem concluir que no nosso sistema jurídico "só admito prisão civil do inadimplente de obrigação alimentar."

Sobre a questão da hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos, o ministro Ayres Britto aparteou e expressou adesão à tese (supralegalidade) apresentada pelo ministro Gilmar Mendes, pois "atende à dogmática constitucional em matéria tão sensível."

O ministro Menezes Direito, reconhecendo que havia, naquele momento, "uma força teórica impulsionando a comunidade internacional para legitimar-se ela própria como fonte criadora e protetora dos direitos humanos", decidiu no sentido de aderir a tese que se colocava pela necessidade de superação da jurisprudência da Corte no que refere à equiparação de documentos internacionais com as leis ordinárias. Desse modo, considerando a hierarquia especial doravante concedida aos tratados e convenções internacionais, teve "como suspensa a eficácia das normas internas ordinárias que estabelecem prisão civil do depositário infiel tanto sob o regime da alienação fiduciária como sob o regime do puro contrato de depósito regulado pelo Código Civil." Conclui negando provimento ao recurso extraordinário.

Encerrado o voto do ministro Menezes Direito abriu-se uma discussão sobre a definição da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Ficou a definir se a Corte adotaria a posição do ministro Gilmar Mendes, pela supralegalidade infraconstitucional, ou se a posição do ministro Celso de Mello, pela estatura constitucional dos referidos documentos normativos internacionais. Ao final, a tese do ministro Gilmar Mendes recebeu acolhida unânime do Supremo Tribunal Federal.

6.1.4 Ementa do julgado

> EMENTA: PRISÃO CIVIL. **Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE no 349.703 e dos HCs no 87.585 e no 92.566.** E ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

6.1.5 Conclusões.

A leitura do acórdão demonstra de forma clara a liderança intelectual do ministro Gilmar Mendes no direcionamento do entendimento da Corte, seja no sentido de estabelecer a hierarquia chamada "supralegal" dos tratados internacionais de direitos

humanos, seja, enfim, pelo entendimento que, sustando integralmente os efeitos de toda legislação infraconstitucional sobre o tema da prisão civil do depositário infiel, tornou inaplicável uma disposição original da nossa Constituição Federal.

O Tribunal equivocou-se no julgamento do RE 466.343/SP. Ainda que se acolha como constitucionalmente correta a tese da hierarquia normativa supralegal dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, tal como proposta pelo ministro Gilmar Mendes no julgado em questão, encontraríamos dificuldades incontornáveis para justificar interpretação que, para muito além de inviabilizar a expansão do alcance normativo da expressão "depositário infiel", esvazia, tornando letra morta, trecho constituinte do nosso texto constitucional. Princípios hermenêuticos como o da concordância prática e da máxima efetividade depõem contra o entendimento adotado pelo Tribunal.

O princípio da concordância prática indica a necessidade de que em situações de concorrência entre proposições constitucionais seja adotada, pelo intérprete aplicador, a solução que a um só tempo otimize a realização dessas proposições sem acarretar a negação de nenhuma delas[489]. No contexto desse princípio metodológico, ainda que se admita em casos concretos, de forma pontual e fundamentada em razões legítimas e claramente explicitadas, que determinada proposição constitucional seja afastada por inteiro[490], fato é que uma interpretação dessa natureza não poderia ser efetuada pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente quando confere efeitos objetivos e *erga omnes*

---

489 COELHO, Inocênio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 3 ed., 2007, p. 102; HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 66.

490 "Num conflito, por exemplo, entre a *liberdade de informação e a Inviolabilidade da vida privada*, uma e outra igualmente garantidas pela Constituição, se algum indivíduo, a pretexto de resguardar a sua intimidade, com ou sem razão consegue impedir a divulgação de determinada matéria, o veículo de comunicação acaso impedido de trazê-la a público terá preterido por *inteiro* o seu direito de informar, ao mesmo tempo que, também por *inteiro*, a outra parte fez prevalecer a pretensão contraposta. Em tese ou abstratamente considerado, ao final dessa demanda, restou impacto para todos o direito de informar e obter informação, mas o mesmo não se poderá dizer quanto ao veículo de comunicação que, em concreto, foi proibido de publicar a matéria objeto de interdição judicial. Na prática do texto, portanto, uma parte ganhou tudo e a outra tudo perdeu, resultado que afasta ou desmente a ideia de concordância, harmonização o balanceamento dos interesses em conflito." Cf.: COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 3 ed., 2007, p. 103.

às suas decisões.[491] Subjacente a esse princípio está, no dizer de Gomes Canotilho[492], a ideia de que não existe hierarquia entre postulados constitucionais, circunstância que impede que se adote como solução o sacrifício de determinados bens constitucionais em relação a outros.

A assertiva de que não existe hierarquia entre preceitos constitucionais nos alerta, em paralelo, para a impossibilidade de se ter por inconstitucional norma constitucional originária.[493] Circunstância que, segundo nossa leitura, foi tangenciada pela Corte no julgamento do recurso extraordinário em questão. É preciso que se respeite e tenha em elevada conta as opções assumidas pelo Constituinte Originário não apenas com relação aos princípios fundamentais e orientações axiológicas do texto constitucional, mas, do mesmo modo e no mesmo tom, com relação às exceções igualmente estabelecidas a esses princípios gerais.[494]

No mesmo sentido, o princípio da máxima efetividade orienta ao intérprete aplicador que otimize a eficácia do texto constitucional sem, nada obstante, alterar seu conteúdo. Trata-se de cânone hermenêutico que, como ensina Inocêncio Mártires Coelho, está "estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição."[495] São premissas dogmáticas indisputáveis no contexto do constitucionalismo contemporâneo

---

491 Posição essa que, com lembrado pelo ministro Ayres Britto em seu voto, por força do princípio da vedação do retrocesso, em tese, não admite reversão de entendimento. Vale dizer, em se considerando a tese adotada no acórdão e o referido princípio, está, em definitivo, revogado o trecho final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal. A seguir, as palavras do ministro: "Ministro Gilmar Mendes, apenas me permito lembrar que, mais a mais, a doutrina adensa a opinião de que, quando uma lei ordinária vem para proteger um tema tratado pela Constituição como direito fundamental, essa lei se torna bifronte ou de dupla natureza. Ela é ordinária formalmente, porém é constitucional materialmente, daí a teoria da proibição do retrocesso. Quando se versa tutelarmente um direito fundamental, mediante lei ordinária, faz-se uma viagem legislativa sem volta porque já não se admite retrocesso."

492 GOMES CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional**. 6 ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p, 228.

493 Ver, por todos: BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?**. Coimbra : Livraria Almedina, 1994.

494 Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal já teve ocasião de julgar e de afastar a possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais. Afirmou-se, por ocasião da ADI 815-3/DF (relator ministro Moreira Alves, DJ 10.05.96), que: "Não sustenta o autor que as expressões impugnadas nos §§ 1º e 2º do art. 45 da Constituição sejam violadoras de direito suprapositivo não incorporado à Constituição o pelo constituinte originário (...), mas, sim, que elas violam as normas de grau superior dentro da própria Constituição ou as que incorporaram esse direito suprapositivo e que, portanto, são também normas superiores às demais, dando sua violação por estas margem à declaração de inconstitucionalidade. (...) Essa tese – a de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras – se me afigura impossível com o sistema de Constituição rígida. (...) Ademais, o próprio Bachof, que distingue a inconstitucionalidade de normas constitucionais por contradição com normas constitucionais de grau superior da inconstitucionalidade das normas constitucionais por "infração a direito supralegal positivado na lei constitucional", reconhece que, quanto à primeira dessas duas hipóteses, o constituinte originário, por não estar vinculado, ao direito suprapositivo, inexistente no caso, tem liberdade para determinar quais sejam essas normas constitucionais de grau superior, podendo, igualmente, estabelecer exceções a ela, no próprio dispositivo que as encerra ou em outro, salvo se essas exceções forem arbitrárias."

495 COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 3 ed., 2007, p. 107.

e que, tal como alerta Konrad Hesse, exigem a devida deferência e respeito à normatividade e eficácia do texto constitucional, mesmo "em situações em que sua observância revela-se incômoda."[496]

Assim, a interpretação promovida pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do RE 466.343, desconsiderou os referidos cânones da hermenêutica constitucional e, via de consequência, efetuou – com o perdão da forte expressão – verdadeira amputação constitucional. A expressão "depositário infiel", a rigor e materialmente falando, foi amputada do texto constitucional. Expressão que, ao fim, é preciso que se reconheça, tal como bem apontado pelo ministro Moreira Alves quando do julgamento do HC 72.131, "implica em verdadeiro direito fundamental dos credores de dívida alimentar e de depósito convencional ou necessário."

Além do que até aqui já foi concluído, há uma outra questão que igualmente se opõe à decisão aqui comentada, qual seja: pode um tratado internacional de direitos humanos sustar prerrogativas legislativas expressamente concedidas pela Constituição Federal? A resposta é negativa. A Constituição, ao promover prerrogativa ao legislador ordinário para regulamentar a prisão civil do devedor de alimentos e do depositário infiel, abre uma via de trânsito que não pode ser fechada por normativo de hierarquia infraconstitucional. Admitir solução dessa natureza seria interpretar nosso sistema normativo às avessas, vale dizer, equivale a interpretar a Constituição Federal nos termos de documentos normativos inferiores.

Sequer seria necessário, por fim, recorrer ao argumento dos eventuais impactos econômicos que a decisão tenha causado haja vista a importância do crédito para países em desenvolvimento[497], que deve correr, no mais das vezes, em benefício de

---

[496] "Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua *práxis*. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente. Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burckardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição ´deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos que renunciar a alguns benefícios ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático.´ Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, ´malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.´" Cf. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, pp. 21-22.

[497] Conferir: ARAUJO, Victor Leonardo; CINTRA, Marcos Antônio Macedo. **O papel dos bancos públicos federais na economia brasileira**. Rio de Janeiro: IPEA, abr. 2011; VIDOTTO, Carlos A. **Caráter estratégico dos bancos federais: a experiência brasileira recente**. Bancos públicos e desenvolvimento. Rio de Janeiro: IPEA, 2010; LOBATO, Fábio Tavares. **A importância do crédito dos bancos públicos após a crise financeira de 2007-2008: uma análise da atuação da Caixa Econômica Federal no município de Sorriso/MT**. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Ciências Econômicas, Programa

pequenos e médios empreendimentos e o possível encarecimento do crédito fiduciário em garantia de modo geral por conta da redução não só da quantidade, mas da força coercitiva das garantias até então ofertadas. A decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal é incorreta por uma questão estritamente constitucional. É incorreta por promover o esvaziamento e a completa inaplicação de uma cláusula constitucional expressa.

6.2 Tema 08. Fidelidade partidária na Corte Ayres Britto. Paradigma: MS 26.602/DF

6.2.1 Colocação do tema em análise.

A Consulta n.º 1.389/DF foi apresentada perante o Tribunal Superior Eleitoral com o seguinte questionamento: "Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver perdido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?"

A resposta oferecida pela Corte Eleitoral, em pronunciamento cuja relatoria coube ao ministro César Asfor Rocha na sessão do dia 27/03/2007, recebeu a seguinte ementa: "Consulta. Eleições proporcionais. Candidato eleito. Cancelamento de filiação. Transferência de partido. Vaga. Agremiação. Resposta afirmativa."

Com base no referido pronunciamento eleitoral, que consubstanciou Resolução, o Partido Popular Socialista (PPS) impetrou o mandado de segurança n.º 26.602/DF, de relatoria do ministro Eros Grau, contra decisão do Presidente da Câmara dos Deputados, indicado como autoridade coatora que indeferiu requerimento da agremiação partidária que pretendia fosse declarada vacância dos cargos ocupados por deputados federais que haviam mudado de filiação partidária. Com idêntico fundamento e pedido foram apresentados outros dois mandados de segurança, julgados em conjunto com a ação mandamental aqui analisada. Trata-se do mandado de segurança n.º 26.603/DF, de relatoria do ministro Celso de Mello e impetrado pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), e do mandado de segurança n.º 26.604/DF, de relatoria da ministra Cármen Lúcia e impetrado pelo Democratas (DEM).

---

de Pós-Graduação em Economia, Porto Alegre, 2019; PUGA, Fernando P. **Experiências de apoio às micro, pequenas e médias empresas nos Estados unidos, na Itália e em Taiwan**. Rio de Janeiro: BNDES, Departamento Econômico, Área de Planejamento, 2000.

O partido impetrante almeja, ao fim, como se observa, que seja dada posse aos deputados suplentes nas vagas que, segundo entende, pertencem ao partido e que, portanto, via de consequência, os deputados federais que saíram do partido – tidos como "infiéis" – devem perder o mandato.

Intimada a se manifestar a autoridade coatora afirmou que não há norma constitucional a respaldar a pretensão do partido político impetrante.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do mandado de segurança e, acaso superadas as preliminares apontadas, pela denegação da ordem. Argumentou que muito embora o sistema proporcional brasileiro, adotado para a eleição de deputados e vereadores seja orientado pelo quociente eleitoral e quociente partidário com a correspondente divisão de vagas entre as legendas, isso não significa que a titularidade das vagas seja dos partidos políticos; ainda, que a filiação partidária é condição de participação no processo eleitoral, mas não de permanência no cargo; citou, em favor da denegação da ordem, o art. 45 da Constituição Federal e a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal até então.

6.2.2 Dispositivos constitucionais em análise.

São, basicamente, três os dispositivos constitucionais pertinentes a análise do tema em questão: art.17, § 1º; art. 45; e art. 55. A seguir o texto dos dispositivos:

> **Constituição Federal, art. 17**. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: (...) § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias.
> **Constituição Federal, art. 45**. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. **§ 1º** O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados. **§ 2º** Cada Território elegerá quatro Deputados.
> **Constituição Federal, art. 55**. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que

> pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

Trata-se, como se vê, de dispositivos que preveem: as possibilidades e os limites que devem ser observados no ato de criação dos partidos políticos (art. 17, § 1º), a composição da Câmara dos Deputados, assim como a forma de eleição de seus membros (art. 45) e, por fim, as hipóteses nas quais o parlamentar, seja Senador ou Deputado, perderá o seu mandato eletivo (art. 55).

Plano comparado se encontra, sobre a criação de partidos políticos, o art. 77 da Constituição uruguaia; sobre o mesmo tema o art. 10, item 2, da Constituição portuguesa. Sobre a composição da Assembleia da República portuguesa, atuação, competências e limitações, incluídas aí hipóteses de perda de mandato, também a Carta portuguesa regulamenta o tema entre os artigos 147 ao artigo 160. No plano internacional, sobre a criação dos partidos políticos, se encontra com rapidez o art. 21 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e o art. 25 do Pacto Universal dos Direitos Civis e Políticos.

Um breve olhar ao art. 17 da Constituição, como já dito anteriormente, traz à evidência a importância dos partidos políticos no nosso desenho constitucional. Configuram, essas agremiações, a indiscutível viga mestra instrumental do nosso sistema de democracia representativa e na qual o pluralismo político representa um dos fundamentos (princípio fundamental) da República, nos termos do art. 1º da Constituição.[498]

O art. 45 da Constituição, ao determinar que os deputados são considerados representantes do povo – diferente da posição representativa dos senadores, vinculadas, por sua vez, aos estados pelos quais tenham sido eleitos – traz, igualmente, a forma proporcional pela qual deverão ser eleitos em cada período eleitoral. O sistema proporcional de eleição na Câmara dos Deputados, no dizer de Fernando Almeida[499], significa que, muito embora as eleições sejam nacionais, a verificação da proporção de

---

[498] Para aprofundamento, ver: BISPO SOBRINHO, José. Comentários à lei orgânica dos partidos políticos. Brasília: Editora Jurídica; BONAVIDES, Paulo. A decadência dos partidos políticos e o caminho para a democracia direta. Revista da OAB, Rio de Janeiro: Conselho Federal da OAB, n. 62, p. 57-67, jan. /jun. 1996; MEZZAROBA, Orides. Partidos políticos: princípios e garantias constitucionais Lei n. 9.096/1995 – anotações jurisprudenciais. Curitiba: Juruá.

[499] ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Comentário ao art. 45. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva / Almedina, 2018, p. 1907.

vagas obtidas pelos partidos políticos em concorrência deve ocorrer nos limites de cada Estado membro e Distrito Federal.

O art. 55 da Constituição, por sua vez, e reiterando o que já mencionamos em outro ponto da tese, complementa o art. 54 ao estabelecer vedações e incompatibilidades ao exercício do mandato parlamentar. É legítimo concluir, da leitura dos dispositivos, que deve haver responsabilidade e limites no exercício do mandato eletivo, pois é através dele que se implementa a democracia representativa, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Constituição.

Desse modo é que os partidos políticos e os mandatos eletivos estão na base e dão sustentação institucional ao nosso sistema de democracia constitucional representativa, viabilizando e dando sustentação ao funcionamento da Câmara dos Deputados, casa representativa do povo.

6.2.3 Posição do Tribunal no tema em análise.

Já na abertura dos votos sobre as preliminares de cabimento ou não da via do mandado de segurança para a hipótese dos autos, na sessão do dia 03/10/2007, o ministro Eros Grau, sorteado relator para o feito, pontuou que as hipóteses de perda do mandado em desfavor de deputado federal estão previstas nos incisos I a VI do art. 55 da Constituição Federal. Daí que nova hipótese de perda do mandato, afirmou, só poderia ser verificada em caso de reforma constitucional ou por via interpretativa, caso ocorra mutação constitucional na hipótese. Antecipando sua conclusão, aponta que "a questão discutida no presente *writ* não admite a mutação constitucional." Arrematou o raciocínio afirmando o seguinte:

> Resulta bem nítido, aliás, o desígnio nutrido pelo impetrante, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal crie, por via oblíqua, hipótese de perda de mandato parlamentar não prevista no texto constitucional. Pretende transformar esse Tribunal em legislador, trilhando a estreita via do mandado de segurança.

Encerrou-se a sessão do Plenário do dia 03/10/2007, na qual constou em ata a rejeição, pelo Supremo Tribunal Federal, das preliminares que versavam sobre a ilegitimidade ativa, a falta de interesse de agir e a ausência de liquidez necessária para a propositura da ação mandamental. No dia seguinte, 04/10/2007, a sessão foi aberta com o seguinte diálogo, que merece transcrição, pois breve e ilustrativo da controvérsia:

> **O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR):** - Eu

> pergunto, desafiadoramente: onde está escrito, na Constituição ou em qualquer lei, que o cancelamento de filiação partidária ou a transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda consubstancia renúncia tácita? Onde está escrito isso no direito posto, como diz o ministro Marco Aurélio?
> **O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO:** - No artigo 26 da Lei nº 9.096/95.
> **O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR):** - No meu modo de ver, não diz expressamente.
> **O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO:** - Expressamente.
> **O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR):** - Vossa Excelência tem aí o texto da lei?
> **O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO:** - Tenho. Vou ler o texto:
> Art. 26. Perde automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob suja legenda tenha sigo eleito.
> **O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR):** - Sim, ele perde o cargo, mas não o mandato.
> **O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI:** - O cargo administrativo.
> **O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR):** - Ele não perde o mandato.
> **O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:** - É a função em comissões.
> **O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR):** - Excelência, ele não perde o mandato, por isso, conhecendo o texto, eu disse desafiadoramente.
> **O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO:** - É a visão de Vossa Excelência, que respeito.

Após esse breve, porém e ilustrativo diálogo, deu-se início à colheita dos votos sobre o mérito do mandado de segurança, ocasião em que o relator ministro Eros Grau fez juntar aditamento de voto que, dada a relevância dos alertas apresentados, permite a transcrição:

> Permito-me ainda observar, para finalizar --- e agora não lendo o texto escrito, mas dizendo-o também em função do que foi debatido neste Tribunal ontem e do que foi afirmado hoje ---, insistir em que estamos julgando um mandado de segurança, sem a faculdade de inovar o conteúdo desse instituto. Não se trata de uma ação declaratória. Não estamos aqui para decidir a respeito da amplitude do instituto da fidelidade partidária e como ele está inscrito na Constituição. Estamos aqui para dizer ao impetrante se há ou não o direito de obter a perda do mandato do deputado que cancelou a sua inscrição e se transferiu para outro partido. Pouco importam

> os eufemismos, preservar ou não. O que importa é a consequência derradeira, é a perda do mandato. Como isso não se está expresso no elenco do art. 55, eu poderia dizer de outro modo: é a cassação do mandato, de modo sumário.
> Não vejo como, na qualidade de guardião da Constituição, este Tribunal conceder a segurança. Não vejo também como transformarmos o mandado de segurança em ação declaratória para o feito de, **obter dictum** ou não, dizer aquilo que eu gostaria de dizer enquanto cidadão, que a fidelidade partidária é conveniente etc. Não, essa não é a nossa função aqui.
> Estou inteiramente convicto de que, infelizmente --- digo-o agora como cidadão ---, o instituto da fidelidade partidária não foi contemplado a esse ponto. E eu devo cumprir a Constituição. Meu compromisso é com a Constituição. Não posso ir além do que ela me autoriza ir, porque só tenho legitimidade para me manter dentro dos seus limites, interpretando-a nos limites do texto.
> Senhora Presidente, denego a segurança.

O ministro Celso de Mello, relator do mandado de segurança 26.603/DF, julgado em conjunto com o MS 26.602 e MS 26.604, muito embora denegando a ordem, votou no sentido de reconhecer como adequada constitucionalmente a interpretação promovida pelo Tribunal Superior Eleitoral por ocasião da resposta à Consulta n.º 1.398/DF.

Argumentou largamente no sentido de estarem presentes não apenas as condições da ação necessárias ao processamento da ação mandamental mas, igualmente, da liquidez e certeza do direito pretendido. Afastou, portanto, todas as preliminares suscitadas.

No mérito, destacou o ministro Celso de Mello que possui antigo entendimento sobre a questão, proferido inclusive no mandado de segurança n.º 20.297/DF, no sentido de que os partidos políticos têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional nos casos em que ocorra pedido de cancelamento ou transferência por parte de um de seus candidatos eleitos.

Abordou a controvérsia jurídica ressaltando a fundamental importância dos partidos políticos na conformação do regime democrático, o caráter primordialmente partidário do sistema proporcional, e a íntima e umbilical relação que perpassa o mandatário eleito, o cidadão eleitor e o partido político.

Partidos políticos que, revestidos de caráter institucional, operam como corpos intermediários entre a sociedade civil e a sociedade política e canalizam reivindicações sociais de diversos estratos sociais e correntes de pensamento. São agremiações que, portanto, asseguram não só o funcionamento do nosso sistema eleitoral, mas a própria

"autenticidade do sistema representativo." Ressaltando a importância dos partidos, afirma:

> É tão relevante a nova disciplina constitucional que rege e protege os partidos políticos, que a vigente Lei Fundamental reconheceu-lhes, de maneira muito significativa, capacidade de auto-governo, de auto-administração e de regência autônoma de seus próprios interesses, excluindo, em consequência, as agremiações partidária, nas matérias postas sob reserva estatutária (CF, art; 17, § 1º), até mesmo do poder de ingerência normativa do Estado, notadamente da ação legislativa no Congresso Nacional.
> Cabe reconhecer, neste ponto, considerada essa nova percepção constitucional do fenômeno partidário, que o legislador constituinte brasileiro – pretendendo assegurar a participação efetiva dos partidos políticos no processo de poder – conferiu-lhes um grau de autonomia que propiciou, a tais entes, especial prerrogativa jurídica consistente no prevalecimento de sua própria vontade em tema de definição de sua estrutura organizacional e de seu interno funcionamento.

A desenvolvimento na concepção de importância do partido político avança a ponto de exigir o reconhecimento do chamado duplo vínculo do mandato representativo: "o de caráter popular e o de índole partidária."

Não havendo candidaturas extrapartidárias, o ministro aponta para a conclusão de que as candidaturas representam um monopólio dos partidos políticos. Daí ser inevitável, na reflexão do ministro Celso de Mello, que o Supremo Tribunal Federal, para resolver a questão jurídica posta nos autos, tenha que partir da premissa de que "a organização partidária extrai sua primazia, enquanto centro do sistema político, do regime representativo proporcional, cuja matriz constitucional encontra o seu próprio fundamento no art. 45 da Constituição da República."

Sob esse prisma, afirma, a infidelidade partidária, que entende não só como infidelidade ao partido, mas também ao eleitor, configura gesto "de intolerável desrespeito à vontade soberana do povo, fraudado em suas justas expectativas e frustrado pela conduta desviante daquele que, pelo sufrágio popular e por intermédio da filiação a determinado partido, foi investido no alto desempenho do mandato eletivo."

Cita uma série de casos concreto nos quais ocorreu a chamada transmigração partidária, movimentações que evidenciam desrespeito frontal e evidente à vontade dos eleitores e à lealdade com os compromissos programáticos e ideológicos dos partidos políticos.

O "fundamento real" da pretensão deduzida nos autos e que justifica o reconhecimento de que os partidos políticos detêm direito subjetivo às vagas conquistadas por intermédio do sistema eleitoral proporcional "deriva do mecanismo – consagrado no próprio texto da Constituição da República – que concerne à representação proporcional."

Refere, como feito já em outras ocasiões, a doutrina de Francisco Campos (Direito Constitucional, vol. II, 1956, ed. Freitas Bastos), para quem no poder de interpretar a Constituição está o poder de formulá-la, e que, novamente, "nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte."

Por fim, referindo argumentos de segurança jurídica, entendeu a data de manifestação do Superior Tribunal Eleitoral em 27/03/2007 configura adequado o marco temporal a delimitar a eficácia do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, pois, a partir daquele momento, "tornou-se veemente a possibilidade de revisão jurisprudencial."

Daí que, consideradas as singularidades de ordem temporal, votou pela denegação da ordem.

A ministra Cármen Lúcia, relatora do mandado de segurança 26.604/DF, julgado em conjunto com o MS 26.602 e MS 26.603, anotou em seu voto, tratando sobre a natureza e titularidade do mandato eletivo no sistema jurídico brasileiro, que desde o nosso sistema constitucional de 1934 todas as Cartas que se sucederam no tempo, promulgadas ou outorgadas, "mantiveram o sistema de representação proporcional para a escolha dos deputados."

Lembrou que a importância dos partidos políticos é amplamente reconhecida tanto no âmbito do direito constitucional como no da ciência política. O eleitor, afirma, exerce sua liberdade de escolha, de voto, considerando apenas os candidatos devidamente registrados por partido político e que, portanto, são considerados "seguidores do programa partidário de sua preferência." Reforça a relevância dos partidos políticos no sistema eleitoral brasileiro com citações de Pimenta Bueno e José Afonso da Silva, para, com base nessas ponderações, apontar o que segue:

> Todos os fundamentos que se foram firmando na doutrina constitucional brasileira e nas teorias democráticas que guiaram as criações constitucionais contemporâneas foram aproveiradas na conclusão do Tribunal Superior Eleitoral na Consulta n. 1.398, na qual se contém que, no sistema vigente no Brasil, o mandato eletivo pertence ao partido político, "*pois é à sua legenda que são atribuídos os votos dos eleitores, devendo-se entender como indevida (e mesmo ilegítima) a afirmação de que o mandato pertence ao eleito, inclusive porque toda a condução ideológica, estratégica, propagandística e*

> *financeira é encargo do Partido Político, sob a vigilância da Justiça Eleitoral, à qual deve prestar contas (art. 17, III, da CF)*"
> O voto do eleitor, que enseja o exercício do mandato, põe-se em perfeita e estrita consonância com o que o quadro normativo determina e garante. No modelo brasileiro, o eleitor escolhe, exclusivamente no quadro que o partido político lhe oferece – em sua lista de candidatos inscritos e registrados – e pelo que ele pode determinar que seja desempenhado, uma vez que a Lei n. 9.096/95 estatui que o parlamentar subordina "*... sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos e às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidários, na forma do estatuto*" (art. 24 da Lei n. 9.96/95). O parlamentar mencionado haverá de ser o integrante de bancada de partido político, subentendido que aquele haverá de ser o que o elegeu, pois diversamente não se teria qualquer atenção à base doutrinal e principiológica a que se referia Pontes de Miranda na citação antes feita.

Daí que, no dizer da ministra, não se mostra possível aceitar ou permitir que a desvinculação do parlamentar ao partido político pelo qual se elegeu pudesse ocorrer sem nenhuma consequência. Parlamentar esse que "não pode exercer seus direitos fundamentais fora dos quadros partidários." De concluir, portanto, que "se o eleitor não é livre para escolher o cidadão que quer ver como seu representante se os partidos não o incluem na lista, também não é solto jurídica e politicamente o eleito que, vinculando-se ao partido pelo qual tenha sido guindado à essa situação vencedora, investe-se no exercício do mandato."

Assim é possível reconhecer o sistema constitucional brasileiro prevê verdadeira "democracia representativa partidária", de modo que em certos cargos a presença do povo se efetiva por intermédio de um terceiro. Destacando que o desligamento de partido político por parlamentar é ato lícito, reafirma, que muito embora seja lícito, está prenhe de consequências. Consequências que decorrem do fato, reconhecido no voto, de que os cargos alcançados por intermédio do sistema proporcional são de titularidade do partido, não do parlamentar. Nesse sentido, afirma a ministra Cármen Lúcia o que segue:

> Reitero: a desfiliação partidária é um direito de qualquer pessoa. Não se filiar ou, tendo se filiado, mudar de um para outro partido, não configura ilícito.
> Portanto, à desfiliação e à transferência de um para outro partido não correspondem qualquer sanção.
> Por isso é que a não existência de previsão constitucional ou legal necessária, expressa e imperativa para a perda de mandato não se impõe. A desfiliação ou a transferência de um para outro

> partido pelo eleito que conclua ser essa a sua melhor opção e adota tal comportamento está no exercício do seu direito político constitucionalmente assegurado e de sua liberdade pessoal.
> O que ele não pode pretender é concluir que o exercício da sua liberdade pessoal possa fazer incidir as consequências de seu comportamento sobre o capital político do partido pelo qual se elegeu ou sobre o resultado eleitoral a que se chegou nas eleições.

Nesse contexto, cita o art. 55 da Constituição Federal e afirma que o dispositivo traz os casos nos quais se configura hipóteses em o mandato parlamentar é cassado por prática de infração jurídica a ele imputada. Diferente, portanto, da perda do mandato por infidelidade partidária que, segundo se viu acima, no dizer da ministra, não configura ilícito, mas ato lícito desencadeador de consequências jurídicas.

Registrou que o reconhecimento da infidelidade partidária deve ocorrer em procedimento no qual se garanta a ampla defesa ao parlamentar que tenha se desvinculado de partido político.

Sob o enfoque da segurança jurídica, ponderou que devem ser tidos como legítimos todos os atos de vinculação ou desvinculação partidária ocorridos até a resposta dada à Consulta n. 1.398 pelo Tribunal Superior Eleitoral, na data de 27/03/2007. Isso, pois, reconheceu, foram atos promovidos com a convicção de proteção pela jurisprudência firmada e pacífica até então.

Por essas razões, conheceu do mandado de segurança para reconhecer o direito líquido e certo dos partidos políticos impetrantes de serem reconhecidos como titulares dos mandatos de deputado federal, excluídos casos excepcionais tais como a mudança ideológica do partido ou casos de perseguição política, garantida, em qualquer hipótese, a ampla defesa; e, no mérito, negou a segurança nos autos de n.º 26.602.

O ministro Menezes Direito, a seu turno, traça o delimitamento jurídico da questão em torno da questão das consequências decorrentes da mudança de partido durante o exercício do mandato; e, para tal, afirmou, é preciso que se identifique corretamente os mecanismos possíveis de interpretação constitucional.

Daí é que, recorrente a doutrina – v.g. Henry Campbell Black, Tércio Sampaio Ferraz, Jean-François Aubert, Ronald Dworkin – afirma que a Constituição não deve ser interpretada de modo estreito ou com princípios técnicos, mas, ao contrário, que a interpretação constitucional deve ocorrer de forma liberal e que tenha como escopo alcançar os grandes princípios e objetivos de governo.

Em contexto constitucional, pondera, "um normativismo hermenêutico, rigorosamente positivista, supostamente neutro e acrítico" não chega a dar conta. Por essa razão é que afirma:

> Sem dúvida, a interpretação da Constituição feita pela Suprema Corte não pode estar fora da realidade conceitual que o conjunto dos dispositivos formando uma unidade pretende explicitar para gerência da sociedade nacional aqui destina. Ela é que permite trazer consequência naqueles momentos em que se impõe uma definição objetiva do alcance de certo dispositivo ou dos princípios fundamentais que estabelece ou do sistema de valores que apresenta, que não pode ser tomado no sentido apenas histórico, gramatical, sistemático que compunham o arsenal do método tradicional de interpretação. Esse método chamado tradicional não consegue esgotar o alcance da Constituição, não sendo ele já agora suficiente para orientar a leitura da Constituição feita pela Suprema Corte. É necessário ir além para propiciar uma adequada a presença da Constituição na vida social.

Assim é que, pela jurisdição do ministro Menezes Direito, é preciso que a interpretação promovida pela Suprema Corte não apenas considere a valores insertos na vontade constituinte, mas que seja uma interpretação que mantenha esses valores "vigorosos na sociedade política". Ao considerar a cultura de seu tempo, os juízes viabilizam que a lei se torne um "instrumento de realização da Justiça."

Feitas essas considerações metodológicas, avança sobre o núcleo da controvérsia para afirmar que a obrigatoriedade da filiação partidária significa que o exercício da soberania popular é indissociável da existência dos partidos políticos. Argumenta, igualmente, que os partidos políticos representam um vínculo necessário e imperativo entre eleitor e candidato. O aspirante ao mandato não é, conclui, "candidato de si mesmo, mas, sim, de um partido." Com base nessas premissas estabelece a base argumentativa para a conclusão que toma em seguida:

> Há que merecer anotação que a força dos costumes, que poderia até ter conteúdo de força normativa no lastro de Jellinek, abalroou o sistema de representação popular previsto na Constituição Federal a partir da obrigatória filiação partidária a que está vinculado o princípio fundamental contido no parágrafo único do art. 1º. Assim, o que quero explicitar é o desacerto entre a prática da troca frequente de legenda e o princípio constitucional que estabelece que todo poder emana do povo e em seu nome será exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente. Essa representação que se consolida no Parlamento não dispensa o partido político, como já antes disse, e, por isso, o vínculo eleitoral não pode desqualificar

> o partido para simples espaço eleitoral, descartável por motivo de mera conveniência eleitoral, fraudando, desse modo, o liame entre o partido, o eleitor e o eleito no cenário da representação popular proporcional. Não se há de fazer crítica a essa prática, mas, sim, há de corrigir-se com a atualização da interpretação constitucional capaz de restabelecer aquele vínculo e com isso fortalecer a representação popular pela via do fortalecimento dos partidos políticos.

Rejeita que esteja legislando ou criando normas artificialmente e defende o entendimento de que é legítima e adequada a interpretação constitucional mediante a qual se encampa orientação compatível e possível com a estrutura posta pelo constituinte originário.

Daí entender procedente a pretensão formulada pela via da ação de mandado de segurança no que diz respeito ao direito líquido e certo do partido político de preencher com o suplente filiado a vaga do parlamentar que, eleito pelo sistema proporcional, abandone a legenda.

Por fim, colocando em foco o princípio da segurança jurídica, propõe modulação dos efeitos do novo entendimento no sentido de que, "sob pena de desqualificar-se indevidamente a jurisprudência então prevalecente", se estabeleça o dia 27/03/2007, data em que o Tribunal Superior Eleitoral respondeu à Consulta n.º 1.398, como termo a partir do qual deve prevalecer a nova orientação jurisprudencial. Daí que votou por denegar a segurança requerida no mandado de segurança n.º 26.602.

O ministro Ricardo Lewandowski iniciou seu voto afirmando a importância do papel desempenhado pelos partidos políticos que, no Brasil, não puderam desenvolver base ideológica consistente haja vista as adversidades da alternância entre regimes democráticos e ditatoriais. A importância dos partidos políticos, ressalta, descansam, basicamente, em quatro esteios: i) expressam a multiplicidade de interesses e aspirações dos diversos grupos sociais; ii) concorrem para a formação da opinião publica; iii) promovem o recrutamento de líderes; e iv) selecionam candidatos aos cargos eletivos.

Desse modo é que apenas de os mandatários se mantiverem fiéis às diretrizes programáticas e ideológicas de seus partidos é que a representação popular terá o "mínimo de autenticidade". Respaldando sua argumentação, cita Goffredo Telles Júnior para quem, sem a fidelidade partidária os partidos políticos ficam desmoralizado, pois se reduzem a estratagemas indignos e serviçais de egoísmos disfarçados.

Nada obstante essas reflexões, aponta que os "parlamentares que trocaram de partido fizeram-no não apenas confiando no ordenamento legal vigente, como

também na interpretação que a mais alta Corte de Justiça do País lhe conferia", e que, no mesmo tom, haveria de se reconhecer que os parlamentares "não trocaram de partido às escondidas, clandestinamente, mas mediante comunicação oficial à Justiça Eleitoral, nos termos da legislação aplicável." A legislação eleitoral do país, como se sabe, não exige do parlamentar filiado que informe à justiça eleitoral as razões de seu desligamento.

Assim é que, afirma o ministro Ricardo Lewandoski, esse quadro normativo apenas foi alterado na sessão do Tribunal Superior Eleitoral do dia 27/03/2007. Alteração de entendimento da Corte Eleitoral ocorrida "possivelmente em face de sua nova composição", mas que deverá respeitar as situações consolidadas de forma que se evite que "esse câmbio abrupto de rumos acarrete prejuízos aos parlamentares que pautaram suas ações pelo entendimento acadêmico e pretoriano até agora dominante." Consoante essas razões, pondera o que segue:

> Verifica-se, desse modo, que determinadas situações justificam a mudança de legenda pelo candidato eleito, exigindo, antes que se conclua pela afronta ao princípio da fidelidade partidária, seja-lhe assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa, (art. 5º, LV, da CF), os quais constituem o verdadeiro núcleo do devido processo legal, constitucionalmente assegurado (art. 5º, LV, da CF), que, em sua dimensão substantiva atua por meio dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.
> Ocorre que a via judicial eleita pelos partidos impetrantes não admite, sendo pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dilação probatória e para aferir-se a eventual presença do direito líquido e certo, que exige, como é sabido e ressabido, para a sua aferição prova pré-constituída.
> Esta Suprema Corte, em sucessivas decisões, a exemplo daquela proferida no RE 269.464-DF, Relator o Ministro Celso de Mello, já assinalou que o direito líquido e certo, capaz de autorizar o ajuizamento do mandado de segurança, "é, tão-somente, aquele que concerne a fatos incontroversos, constatáveis de plano, mediante prova literal inequívoca".
> Assim, para que se determine a perda de mandato dos parlamentares eleitos que mudaram de legenda, é necessário verificar-se, antes, em respeito ao *due process of law* previsto na Constituição Federal, os motivos que levaram o parlamentar a trocar de partido ou em que condições tal ocorreu.
> Em outras palavras, seria preciso saber, quando menos, se os parlamentares sofreram, ou não, perseguições políticas ou, então, se o partido político abandonou os ideais que prevaleciam no momento de sua filiação.
> Ainda que você tenha como válida a Resolução 22.526/2007 do TSE, não há, penso eu, Como determinar-se a perda automática

> dos mandatos dos parlamentares que integram a presente ação na qualidade de litisconsortes, ou de quaisquer outros em idêntica situação, sem instrução probatória que esclareça a real motivação que culminou no abandono da legenda, como bem ressaltado pelo Procurador-Geral da República.

Por fim, reiterando a importância de postulados como o da segurança jurídica, da proteção da confiança, da ampla defesa e contraditório, denegou a segurança.

O ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, demonstrando posição crítica ao novo entendimento adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral afirma que os partidos políticos, nada obstante indispensáveis, "são meros instrumentos através dos quais o poder se exerce." A decisão adotada pela Corte Eleitoral, afirma, coloca os partidos políticos como elementos centrais e incontrastáveis de todo nosso sistema de organização política, fazendo dessas agremiações "fonte derradeira de toda a legitimidade democrática em nosso país."

Ao contrário, afirma que, considerada a importância dos partidos políticos, é a soberania popular que consubstancia elemento fundante de todas as democracias existentes e que, o fato de o povo utilizar-se dos partidos para exercer o poder do qual é o titular, "não significa que ele, povo, renuncie, em nome do partido, à sua condição de depositário derradeiro da soberania."

Se questiona, no mesmo tom, se essa suposta proeminência dos partidos políticos como exclusivos arregimentadores da vontade popular "encontra eco na realidade da sociedade moderna em que vivemos, sociedade de massas, conectada planetariamente, com múltiplas formas de expressão da vontade dos mais diversos segmentos sociais."

Cita, em convergência com seu entendimento, o artigo 45 da Constituição Federal, no qual se estabelece que a "Câmara dos Deputados compõem-se de representantes do povo." Com base nesses argumentos é que o ministro Joaquim Barbosa propõe alguns questionamentos sobre que tipo de sistema eleitoral, ou, como dito no Tribunal Superior Eleitoral, de "partidocracia" que seria adotado pelo Brasil. Seria "o modelo soviético, que vigeu na Europa Central e do Leste? O modelo cubano? Ou o longevíssimo modelo mexicano do PRI?"

No que refere especificamente com o núcleo da controvérsia jurídica colocada nos autos do mandado de segurança, o ministro afirma:

> Senhora Presidente, deixo de lado o terreno movediço em que trafegam ao mesmo tempo o Direito Constitucional e a Filosofia

> Política, e passo ao exame da controvérsia sob o ângulo do Direito constitucional positivo. Nessa seara, meu entendimento coincide com aquele externado nestes autos pelo eminente Procurador-Geral da República, com os diversos votos que capitanearam os precedentes da Corte sobre a matéria (MS 20.927 e 23.405) e com o voto vencido externado pelo ministro Marcelo Ribeiro, do TSE. Ou seja, não me parece adequado resolver a questão posta nos autos à luz de princípios supostamente implícitos na nossa Constituição. A razão para isso é muito simples. É que, ao meu ver, o constituinte de 1988 disciplinou conscientemente a matéria, e fez a opção deliberada de abandonar o regime de fidelidade partidária que existia no sistema constitucional anterior, que previa a perda do mandato nesses casos. Optou, nos artigos 55 e 56 da Constituição, por dizer de maneira exaustiva quais são as hipóteses de perda do mandato pelo parlamentar eleito pelo voto popular. Dentre essas hipóteses, não figura a perda por infidelidade partidária, como bem já decidiu esta Corte diversas vezes.

Além da questão acima transcrita, o ministro Joaquim Barbosa afirmou que a segurança pretendida também contra obstáculo no princípio do devido processo legal, pois, evidente, a Constituição Federal garante aos interessados o exercício da ampla defesa antes que medida dessa envergadura seja adotada.

Por fim, denegando a segurança, manifestou no sentido de que acaso se forma maioria pela concessão da segurança, que esse entendimento só produza efeitos *ex nunc*.

O ministro Ayres Britto, abre seu voto lembrando que no pós-positivismo os princípios não são apenas normas, mas são "supernormas", "normas de proa, de primeira grandeza". Na mesma direção, que "não faz sentido interpretar a Constituição como uma fortaleza de paredes indestrutíveis", contexto no qual assumem preponderância os princípios, pois dotam a Constituição de "uma espécie de jogo de cintura, de uma versatilidade".

Estabelecidas essas premissas teóricas e avançando sobre a controvérsia jurídica propriamente dita, pontuando que os partidos políticos são, antes de tudo, uma forma de associação e que, portanto, as pessoas naturais que compõe essas agremiações detém o direito de livre filiação ou desfiliação, nos termos do inciso XX do artigo 5º da Constituição Federal.

Reflete o ministro Ayres Britto que, muito embora exista de fato o direito de desfiliação de associações de qualquer natureza, é fato também que essa desfiliação

carrega consigo algumas consequências jurídicas. A questão, portanto, é colocada nos seguintes termos:

> 5. E aqui vem a nevrálgica pergunta: dentre esses direitos que o ex-filiado já não leva pra casa, já não carrega a tiracolo como se fosse a própria roupa do corpo ou uma bolsa de moedas, está o mandato parlamentar que se obtém pelo sistema proporcional de votos?
> 6. Uma primeira resposta: se considerarmos que o mandato foi obtido em virtude de uma obrigatória filiação partidária, a que se agrega um registro eleitoral e o alcance de um quociente de votos que só do partido mesmo é exigível (isolado, ou coligadamente), tudo isso imbricado com o direito do respectivo partido a um funcionamento parlamentar (inciso IV do art. 17 da CF), a voluntária desfiliação não pode deixar de implicar uma perda do mandato. Perda, não como castigo ou sanção, visto que nenhum ato ilícito foi praticado pelo agente que simplesmente cancela sua filiação, ou então se transfere para os quadros de uma outra unidade partidária. Porém como expressão de renúncia tácita. Renúncia lógica. Um abrir mão da continuidade do exercício do mandato, como sucederia com quem deixasse a condição de sócio de qualquer outra entidade da espécie associativa, ainda que, por eleição, estivesse a exercer cargo de direção.

Daí é que se lhe afigura possível concluir pela existência de um emparceiramento qualificado entre o eleito e o partido político, e é em conjunto não só que se é eleito, mas também em conjunto é que se exerce o mandato político-eletivo. "Geminadamente ou por modo siamês".

Afirma, em igual sentido, que a dinâmica das eleições proporcionais denota a necessidade de se reconhecer a existência de um "componente ético de dívida de gratidão dos ocasionais eleitos para com toda essa comunhão de companheiros, energia e bandeira de luta partidária."

Por isso entende como imperiosa a conclusão de que o deputado que desiste da sua filiação partidária, seja por desligamento, seja por migração para outra agremiação, "decai instantaneamente da condição de representante do povo."

O silêncio do texto constitucional para a defendida hipótese de perda do mandato parlamentar é contrastado, afirma o ministro Ayres Britto, "com a falta de inclusão do tema nas hipóteses em que ela, Constituição, ressaltou situações de mantença do mandato." Ou seja: o artigo 56 do texto constitucional não previu expressamente a desfiliação partidária como causa de excepcional continuidade no exercício do mandato.

Razões pela quais concedeu a segurança por entender que "comprovadas se acham a liquidez e certeza dos impetrantes à declaração de vacância dos cargos aqui reivindicados (todos preenchidos sob o sistema proporcional de eleição)."

O ministro Cezar Peluso argumenta em seu voto que, na democracia, a representação do povo não se concretiza pelo representante, mas, sim, por intermédio de um partido político, que configuram autênticos corpos intermediários nos regimes democráticos.

Assim é que, destacando a importância dos partidos políticos, notadamente por ocasião de eleições pelo sistema proporcional, faz reflexões que, sem maiores prejuízos, sintetiza o núcleo do seu raciocínio:

> Ora, é inequívoco que as cadeiras se tornam aí disponíveis para cada partido à custa da totalidade dos votos que obteve. Nessa moldura sistêmica, não parece, destarte, concebível que um candidato, para cuja eleição e posse não apenas concorreram, senão que até podem ter sido decisivos, os recursos do partido, e recursos não apenas financeiros e materiais doutra ordem, mas também todos aqueles compreendidos no conceito mesmo de patrimônio partidário de votos, abandone os quadros do partido após repartição das vagas conforme a ordem nominal de votação.
> (…)
> Não há como admitir-se, perante tal ordem, que representante eleito sob suas condições possa mudar de partido levando consigo o cargo, até porque, se tivesse concorrido por outro partido, poderia nem sequer ter sido eleito, o que mostra desde logo que o patrimônio dos votos deve entender-se, na lógica do método proporcional, como atributo do partido, e não, de cada candidato.

A atribuição dos votos em favor dos partidos está, no dizer do ministro Cezar Peluso, na *ratio essendi* do sistema proporcional. Cita Gilberto Amado, para quem "o voto proporcional é dado às ideias, ao partido, ao grupo."

Soma a esses argumentos o de que a chamada transmigração partidária, censurável, é uma das causas da debilidade dos partidos políticos. Desse modo, a infidelidade partidária, no dizer do ministro, "é uma das graves doenças do quadro mórbido da crise partidária; é um ingrediente importante da patologia política."

Questiona, argumentativamente, se o deputado que se desliga de um partido associando-se a outro representa o povo. Da mesma forma, se o mandato outorgado aos representantes eleitos é irrestrito, para que se faça qualquer coisa.

A relação entre representante eleito e partido político, pondera, não pode ser cindida. Ademais, o § 1º do art. 17 da Constituição Federal confere primazia aos

partidos políticos e, por sua força, "deita raízes e faz sentir sua influência estruturante por todo o sistema político-eleitoral de inspiração proporcional."

Conclui, enfim, que:

> E, neste passo, estou convencido de que, por força de *imposição sistêmica* do mecanismo constitucional da representação proporcional, *as vagas obtidas por intermédio do quociente partidário pertencem ao partido*. Daí, aliás, a irrelevância absoluta da circunstância de já não constar do ordenamento vigente, nenhum texto expresso a respeito.

Segue reforçando o entendimento pela importância dos partidos políticos e reflete: "os partidos, verdadeiros entes intermediários entre o povo e o Estado, integrados no processo governamental, são o *locus* do público, e o cidadão eleito para cumprir mandato é mero particular."

Por fim, afirmando que "saberão todos, a partir de hoje, se a tese, com todas as suas consequências, for aprovada pela Corte, como se devam comportar perante a ordem jurídico constitucional", votou pela denegação da ordem.

O ministro Gilmar Mendes iniciou seu voto fazendo uma memória da evolução jurisprudencial sobre o tema, notadamente a partir do mandado de segurança n.º 20-297/DF, de relatoria do ministro Moreira Alves, lembra que a convicção formada pela Corte naquela ocasião decorreu, principalmente, por três motivos: i) inexistência de texto normativo expresso a respeito da perda de mandato em desfavor de parlamentar que deixa a legenda sob a qual foi eleito; ii) não-repetição pela atual Constituição do texto expresso da Constituição de 1967/69, no qual havia expressa previsão da perda do mandato em hipóteses de infidelidade partidária; e iii) a taxatividade do artigo 55 da Constituição Federal.

Delineado esse cenário, questionou: "a inexistência de dispositivo normativo expresso – ou, explicando melhor, a ausência de texto – pode ser razão única para a conclusão, muitas vezes apodítica, sobre a inexistência de determinada norma no ordenamento jurídico?"

Refletiu sobre a realidade partidária brasileira dos últimos dez anos que, no dizer do ministro, faz transparecer a inadequação da interpretação sobre o princípio da fidelidade partidária que o Supremo Tribunal Federal vinha fazendo até aquele momento.

Fez referência à decisão do Superior Tribunal Eleitoral na Consulta n.º 1.398, de relatoria do ministro César Asfor Rocha, ocasião em que a posição adotada fundamentou-se nas características do sistema brasileiro de eleições proporcionais para

concluir que, em eleições ocorridas por via desse sistema (proporcional) o mandato é do partido. A decisão da Corte Eleitoral, portanto, renovou a leitura que se vinha fazendo sobre o tema da fidelidade partidária e tonou, no dizer od ministro Gilmar Mendes, "imperiosa também a revisão da jurisprudência" do Supremo Tribunal Federal.

Avança no tema considerando o fato de que os partidos políticos são instituições de grande importância na formação da vontade política. Destacou que no sistema eleitoral proporcional adotado no Brasil, assumem relevância o número de votos válidos, o quociente eleitoral, o quociente partidário, a técnica de distribuição de sobras e, por fim, o critério adotado na falta de obtenção do quociente eleitoral.

A partir desses fatores, o ministro destaca casos concretos nos quais o sistema permitiu que candidato sem nenhum voto nominal fosse eleito, assim como casos nos quais o candidato mais votado no pleito eleitoral não logrou obter assento tendo em vista que o respectivo partido político não alcançou o quociente eleitoral.

Isso a demonstrar a importância dos partidos políticos no nosso sistema eleitoral e, indo além, afirmando que o artigo 45 da Constituição Federal instituiu verdadeira democracia partidária no nosso sistema eleitoral. Razão pela qual as agremiações partidárias "detêm um *monopólio absoluto* das candidaturas." Daí é que, pondera, não se deve mais aceitar que o eleito possa, sem qualquer consequência, "desvencilhar-se dos vínculos partidários originalmente estabelecidos."

Por essas razões é que o ministro Gilmar Mendes, em trecho que sintetiza sua compreensão da controvérsia jurídica em questão, conclui:

> Se considerarmos a exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade e a participação do voto de legenda na eleição do candidato, tendo em vista o modelo eleitoral proporcional adotado para as eleições parlamentares, parece certo que a permanência do parlamentar na legenda pela qual foi eleito torna-se condição imprescindível para a manutenção do próprio mandato.

Assim, ressalvadas situações específicas decorrentes de ruptura de compromissos programáticos por parte da agremiação, perseguição política ou outra situação de igual significado, o abandono da legenda, a meu ver, deve dar ensejo a extinção do mandato.

Passou a contextualizar o entendimento da Corte que vigorava até aquele momento, asseverando que a decisão adotada por ocasião do mandado de segurança n.º 20.927, de relatoria do ministro Moreira Alves, "justificou-se sob um contexto histórico

específico", e que a redemocratização e o desenvolvimento dos partidos e da nossa democracia após 1988 revelou "uma conjuntura política extremamente distinta."

Os partidos políticos, portanto, são titulares de direitos fundamentais que, derivados da vontade constituinte de que a cidadania política se exerça em uma perspectiva tríplice (votantes, votados e partidos), contam com o respaldo do § 2º do art. 5º da Constituição a prever que alguns desses direitos são implícitos, decorrentes do próprio sistema político-partidário previsto no texto constitucional. Vale dizer: a nossa estrutura constitucional holisticamente considerada indica a existência de um direito fundamental implícito dos partidos políticos às vagas conquistadas pelo sistema eleitoral proporcional.

Soma a esses argumentos o chamado direito fundamental de oposição, que seria fatalmente prejudicado por atos de infidelidade partidária. Justifica o argumento ao afirmar que em um "regime que consagra o pluralismo partidário (art. 17, caput, da CF/88) e o pluralismo político (art. 1º, V, da CF/88), a diversidade de ideologias não se revela mera consequência do sistema, mas pilar que o sustenta".

Defende tratar-se de um caso típico de mutação constitucional, razão pela qual se afigura necessária, em prestígio da segurança jurídica, a modulação dos efeitos da decisão adotada. Sugere, nesse sentido, que se adote como marco temporal do novo entendimento a data da decisão do Tribunal Superior Eleitoral, 27/03/2007.

Acompanha, também, as hipóteses de exceção à fidelidade partidária no que refere aos casos de comprovada perseguição política ou mudança de orientação programática do partido.

Encerrou seu voto afirmando que o Supremo Tribunal Federal interpreta a Constituição Federal "em toda sua inteireza e não fundado em textos isolados" e negando a segurança.

A ministra Ellen Gracie, então Presidente da Corte, em voto bastante objetivo, afirmou que o vínculo entre candidato eleito e partido político subsiste mesmo após a eleição. Esse vínculo que o eleito tem com o partido é "o único elemento de sua identidade política, podendo ser afirmado que o candidato não existe fora do partido político." Destacando que na legislatura então em vigência apenas seis por cento dos candidatos haviam alcançados, por si mesmos, o quociente eleitoral. É preciso, portanto, que se reafirme e restaure "o equilíbrio de forças entre as agremiações partidárias, tal como fora estabelecido nas urnas." Concordou com a definição da data de 27/03/2007 como ponto de alteração da jurisprudência eleitoral-constitucional e

com a necessidade de remessa dos autos ao Tribunal Superior Eleitoral em casos de suposta infidelidade, para o fim de que se verifique caso a caso a ocorrência (ou não) de uma das causas de exclusão das consequências da perda de mandato.

O ministro Marco Aurélio, citando o uso do fundo partidário e a divisão do tempo de televisão para propaganda eleitoral, afirmou que "a proporcionalidade é algo concreto", pois a eleição é inteiramente norteada pelos votos obtidos pelo partido, circunstância que revela a inafastável vinculação entre partido e candidato. Daí que subscrevendo o voto dos demais ministros no sentido de reconhecer a vinculação entre partido e candidato, ressalvou seu entendimento quanto a consequência "observando que a Carta Federal é única, observando que o Tribunal Superior Eleitoral, na consulta, não legislou, muito menos com essa envergadura constitucional, acompanho o ministro Carlos Britto." Concedeu, portanto, a ordem.

6.2.4 Ementa do julgado

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS. 14, § 3º, V E 55, I A VI DA CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, RESSALVADO ENTENDIMENTO DO RELATOR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPUTADO FEDERAL QUE MUDA DE PARTIDO PELO SUPLENTE DA LEGENDA ANTERIOR. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA QUE NEGOU POSSE AOS SUPLENTES. CONSULTA, AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, QUE DECIDIU PELA MANUTENÇÃO DAS VAGAS OBTIDAS PELO SISTEMA PROPORCIONAL EM FAVOR DOS PARTIDOS POLÍTICOS E COLIGAÇÕES. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MARCO TEMPORAL A PARTIR DO QUAL A FIDELIDADE PARTIDÁRIA DEVE SER OBSERVADA (27.3.07). EXCEÇÕES DEFINIDAS E EXAMINADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DESFILIAÇÃO OCORRIDA ANTES DA RESPOSTA À CONSULTA AO TSE. ORDEM DENEGADA.
> 1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral.
> 2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do

Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo.
3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de maço de 2007.
4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral.
5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandado de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral.
Ordem denegada.

6.2.5 Conclusões.

Equivocou-se o Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do mandado de segurança n.º 26.602/DF, pois atuou como se legislador fosse. A Corte efetivamente legislou e criou, na falta de previsão constitucional ou legal expressa, nova hipótese de perda do mandato parlamentar. É preciso que vejamos as coisas como elas efetivamente são: no tema em comento o Supremo legislou, incorporando no texto constitucional hipótese, a rigor, inexistente.

Correto o relator ministro Eros Grau quando afirmou resultar "bem nítido, aliás, o desígnio nutrido pelo impetrante, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal crie, por via oblíqua, hipótese de perda de mandato parlamentar não prevista no texto constitucional", e arrematou, "pretende transformar este Tribunal em legislador".

Como já afirmado em outro momento neste trabalho, por relevantes que sejam os partidos políticos na nossa dinâmica do exercício do poder, a taxatividade do art. 55 da Constituição se afigura intransponível.

Sequer se poderia cogitar, repita-se, de omissão inconstitucional. Tanto o contrário, pois, como amplamente sabido, as reformas constitucionais ocorreram, primeiro para abrandar a regra nos termos da Emenda Constitucional nº 11/1978, depois para excluir a regra do texto constitucional a partir da Carta de 1988.

A Constituição Federal de 1988, portanto, não trouxe regra expressa a respeito da perda do mandato parlamentar em casos de infidelidade partidária. E essa exclusão, como se vê na nossa história constitucional, ocorreu de forma consciente e deliberada. Ou seja, trata-se de opção política adotada pelo Constituinte e que, por ocasião do julgado em comentou, restou irremediavelmente suplantada.

Opção política que, registre-se, foi ampla e abertamente reconhecida por todos os ministros que participaram do julgamento. Porém, com a finalidade de criar hipótese de perda de mandato, recorreram os ministros a uma utilização questionável de modelos metodológicos amplamente reconhecidos, como positivismo e pós-positivismo, e uma utilização, carente de critérios, de valores e conceitos abstratos.

Falar em pós-positivismo, como já aprofundado em outro momento deste trabalho, não pode significar um abandono completo de regras interpretativas elementares ou justificar uma postura quase irreverente perante o texto da Constituição.

Especialmente em se considerando a proposta metodológica adotada neste trabalho, é pertinente reafirmar que a tentativa de desenvolvimento de um novo paradigma para a metodologia do direito – tal como o pós-positivismo – se justifica, dentre outras causas, por falta de orientação ou de respostas que o paradigma positivista apresenta quando se questiona sobre o acontecer (aplicação) do direito. Daí é que, se é bem verdade que podemos reconhecer, sem qualquer espanto, que o direito não cabe na lei e que sua aplicação consubstancia evidente construção, também é de se reconhecer como absolutamente verdadeira nesse atual paradigma, que o Poder Judiciário não cria direito *ex nihilo*.

Tampouco o recurso aos princípios constitucionais, como amplamente promovido na decisão em comento, pode justificar criação judicial do direito a partir de um vácuo textual. Tanto pelo contrário. A utilização dos princípios, a partir de uma adequada compreensão do pós-positivismo, exige que se reconheça não apenas a sua normatividade, que é auto evidente, mas o fato de que é por intermédio deles que se institucionaliza o mundo prático (intersubjetividade) na aplicação do direito. Ao se compreender que os princípios só se realizam a partir de determinadas regras e que à cabresto de toda regra existe um princípio, se chega a inevitável conclusão de que essas espécies normativas servem como forma de "fechamento interpretativo", e jamais como salvo conduto para uma livre criação jurisprudencial do direito.

Princípios não determinam o direito à revelia do sistema de regras. Assim é que a prática da jurisdição constitucional, como visto, longe de utilizar os princípios constitucionais superar uma postura positivista, acaba por utilizá-los para justamente o oposto, qual seja: reforçar os traços de discricionariedade judicial e, ao fim e ao cabo, promover franca desconsideração do texto constitucional, que ficou à margem da decisão adotada pela Corte.

Fica claro, portanto, sob uma perspectiva metodológica (hermenêutica, interpretativa), o equívoco da decisão adotada no mandado de segurança n.º 26.602/DF. Equivocada, pois argumentativamente utiliza princípios e valores para chegar em conclusão alheia ao texto constitucional expresso em regras claras (art. 55 da Constituição Federal).

A partir da leitura da íntegra do acórdão se fica com a impressão de que o parlamentar – que antes de qualquer coisa é um cidadão, sujeito de direitos –, é mero estorvo, um mal necessário para que os partidos possam atuar na dinâmica da disputa de poder. Não se mostra possível a concordância com a postura que, reconhecendo as prerrogativas e a importância das agremiações políticas – e por mais relevantes que sejam, jamais poderão ser mais que um instrumento registrado perante o CNPJ (instrumental) –, cria, inovando, gravíssima hipótese de perda do mandato parlamentar. Tanto mais grave se considerarmos a posição adotada pelos ministros Ayres Britto e Marco Aurélio que, votando pela concessão imediata da ordem, não apenas criaram hipótese de perda do mandato, mas igualmente desconsideraram direitos básicos de qualquer ser humano, tal como a ampla defesa constitucional. A proposta dos dois ministros citados, vencida, configuraria verdadeira nulificação de direitos subjetivos constitucionais básicos em benefício de um CNPJ.

Concluímos o presente tema reiterando o que já tivemos oportunidade de afirmar no sentido de que a fidelidade partidária nos parece, sob perspectiva pessoal, uma regra salutar. Uma regra que, estivesse prevista na Constituição, certamente corresponderia ao reforço da posição institucional dos partidos políticos e, queremos crer, ofertar um pouco mais de estabilidade para a nossa frenética vida política. Ocorre que o nosso sentimento de como a Constituição deveria ser não pode se substituir à realidade de como ela efetivamente é.

Nem se está a tratar de qualquer sugestão de ortodoxia excessiva na interpretação do texto constitucional, mas, antes, de respeito ao referido texto. Inadequado, portanto, cogitar de criação de nova hipótese de perda de mandato, em evidente prejuízo de deputados pela via pretoriana. Questão que, de resto e sem pretender esvaziar a complexidade do tema, que é auto evidente, poderia ser resolvida a partir do postulado hermenêutico de que regras restritivas de direito se interpretam restritivamente[500]

[500] "Assim, por exemplo, recomenda-se que toda norma que restrinja os direitos e garantias fundamentais reconhecidos e estabelecidos constitucionalmente deva ser interpretada restritivamente. O mesmo se diga para as normas excepcionais: uma exceção deve sofrer interpretação restritiva. No primeiro caso, o telos protegido é o postulado como de tal importância para a ordem jurídica em sua totalidade que, se limitado por lei, esta deve conter, em seu espírito (mens legis), antes o objetivo de assegurar o bem-estar geral sem nunca ferir o direito fundamental que a constituição agasalha. No segundo argumenta-se que uma exceção é, por si, uma restrição

Parâmetro interpretativo já diversas vezes reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.[501]

6.3 Tema 09. Controle da omissão legislativa na Corte Ayres Britto. Paradigma: ADPD 132 (Uniões Homoafetivas)

6.3.1 Colocação do tema em análise

Tratou-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, no qual aponta, como preceitos violados, a igualdade, a segurança jurídica, a liberdade e a dignidade de pessoa humana. A inicial aponta uma gama de controvérsias administrativas e judiciais, especialmente envolvendo servidores públicos estaduais, sobre direitos referentes à licenças, previdência e assistência social daqueles que vivem em contexto de relações homossexuais. Pretende que, como método hermenêutico, seja aplicado a analogia para a integração do Direito de modo que sejam equiparadas as uniões estáveis homossexuais às uniões estáveis heterossexuais. Requer, no mérito, que seja adotado o regime jurídico das uniões estáveis aos relacionamentos homossexuais com a consequente conformação interpretativa ao art. 1.723 do Código Civil brasileiro.

A Advocacia Geral da União se manifestou pela procedência da ação no sentido de que, sem pronúncia de nulidade, fosse dada interpretação conforme a Constituição para o fim de contemplar "os parceiros da união homoafetiva no conceito de família."

A Procuradoria Geral da República, em parecer de autoria da vice-procuradora geral da república Deborah Macedo Duprat, manifestou pela declaração da obrigatoriedade de reconhecimento, como entidade familiar, da união de pessoas do mesmo sexo.

Foram admitidos nos autos a participação de 14 amigos da Corte (*amici curiae*) que, de modo geral, manifestaram em convergência à tese da parte autora.

---

que só deve valer para os casos excepcionais. Ir além é contrariar sua natureza." Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação., 7 ed., São Paulo: Atlas, p. 269.
No mesmo sentido: "Interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição, sendo esse o caso daqueles que cerceiam, embora temporariamente, a liberdade, ou as garantias da propriedade." Cf. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 313.

[501] Apenas ilustrativamente, recordamos o ministro Marco Aurélio, que por ocasião do AI 749373 AgR, julg. 18/05/2012, afirmou que "É sabença geral que norma restritiva de direito apenas viabiliza a interpretação estrita."; também o ministro Ricardo Lewandowski, que por ocasião da SL 1028, julg. 09/09/2016, afirmou que "não se revela admissível a imposição da medida drástica prevista no parágrafo único do art. 20 da Lei 8.429/1992, que, sendo norma restritiva de direito, não admite interpretação ampliativa ou extensiva".

6.3.2 Dispositivos constitucionais em análise

Muito embora a questão jurídica posta na ADPF 132 exija a análise de um feixe de princípios constitucionais que, como se verá, acabam por ser determinantes na solução da controvérsia, fato é que o artigo 226 da Constituição Federal se mostra fundante e balizador da discussão, promovendo verdadeira ancoragem dos debates promovidos pela Corte no presente caso. O referido dispositivo possui a seguinte redação:

> **Constituição Federal, art. 226**. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. **§ 1º** O casamento é civil e gratuita a celebração. **§ 2º** O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. **§ 3º** Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. **§ 4º** Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. **§ 5º** Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. **§ 6º** O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. **§ 7º** Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. **§ 8º** O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Da leitura do dispositivo é possível observar a grande preocupação do Constituinte com a instituição familiar na dinâmica político-social brasileira. É razoavelmente fácil de reconhecer que esse dispositivo constitucional é mais um passo em uma longa trajetória de evolução da regulamentação da "família" no nosso ordenamento jurídico.

Regulamentação que, como se sabe, passou por diversas transformações. Nos anos 60 (sessenta) o Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 4.121/62) e nos anos 70 (setenta) a Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/77), já estavam a sinalizar o desgaste do modelo de família - chamado "monolítico" - previsto no Código Civil brasileiro de 1916. Desgaste, pois ficava claro, mais e mais, que não havia correspondência possível entre realidade social e regulamentação normativa. O modelo estrito e único não dialogava com uma sociedade extremamente plural e desigual tal como a nossa. Nesse contexto, se é bem verdade que parâmetros normativos servem em boa medida para "corrigir" e padronizar comportamentos em sociedade, também é tão verdadeiro o fato de que, sob

pena de absoluta ineficácia, os parâmetros normativos não podem ignorar a realidade social que pretendem regular.

Assim, a Constituição Federal de 1988, procurando ser fiel ao seu tempo e a seu próprio núcleo principiológico (arts. 1º ao 4º), adotou um modelo mais flexível, inclusivo e plural de família. Declarou que a família é a base da sociedade, reconheceu e protegeu as uniões estáveis, incluiu expressamente no conceito de entidade familiar as chamadas famílias monoparentais e estabeleceu a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher perante a sociedade conjugal. Além disso, determinou que é livre o planejamento familiar, que deve ser baseado no princípio da dignidade humana e da paternidade responsável. Por fim, impôs ao Estado a obrigação de assegurar a assistência familiar e a criação de mecanismos aptos a impedir a violência em âmbito familiar. Nesse contexto, é preciso reconhecer, com Maria Moraes e Ana Teixeira, que "a história constitucional brasileira jamais protegeu as relações familiares de modo tão amplo e efetivo"[502] quanto a Constituição Federal de 1988.

No direito estrangeiro a instituição familiar está prevista, com maior ou menor regulamentação, dentre outras, no art. 29 da Constituição italiana, no art. 36 da Constituição portuguesa, ou no art. 40 da Constituição do Uruguai. Ainda sob perspectiva comparativa, é interessante notar o vanguardismo da nossa Constituição quando, muito antes que na Itália (2012), na França (2005) ou na Alemanha (1997), previu já em 1988 a igualdade entre filhos, sem qualquer distinção entre aqueles havidos dentro ou fora do casamento.

6.3.3 Posição do Tribunal sobre o tema

Após tratar das preliminares e receber a arguição de descumprimento de preceito fundamental como ação direta de inconstitucionalidade, o ministro Ayres Britto, sorteado relator, iniciou seu voto aduzindo que a controvérsia jurídica posta "reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia", e que, nessa toada, desde já reconheceu a necessidade de procedência da ação, haja vista que, segunda pondera o ministro relator, é na própria Constituição que está as respostas para qual o tratamento jurídico adequado a ser dado para as uniões homossexuais que se caracterizem pela durabilidade, publicidade e propósito

[502] MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao art. 226. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva / Almedina, 2018, p. 3890.

de constituição de família. Daí passa a fixar o conceito de "homoafetividade" e de estabelecer as bases interpretativas para a questão, o que faz da seguinte forma:

> 21. Ainda nesse ponto de partida da análise meritória da questão, calha anotar que o termo "homoafetividade", aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra "União Homossexual, o Preconceito e a Justiça", da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: "Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se 'homossexualismo'. Reconhecida a inconveniência do sufixo 'ismo', que está ligado a doença, passou-se a falar em 'homossexualidade', que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais" (Homoafetividade: um novo substantivo)".
>
> 22. Sucede que não foi somente a comunidade dos juristas, defensora dos direitos subjetivos de natureza homoafetiva, que popularizou o novo substantivo, porque sua utilização corriqueira já deita raízes nos dicionários da língua portuguesa, a exemplo do "Dicionário Aurélio". Verbete de que me valho no presente voto para dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos. União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de u'a mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois – é Platão quem o diz -, "**quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia**". É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que "**O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante**".

Sob essa perspectiva argumentou que, por imposição constitucional, o sexo das pessoas não pode servir de fato de desigualação. A promoção do bem de todos (art. 3º, IV, CF), sem discriminação baseada no sexo das pessoas, significa a promoção de políticas públicas afirmativas que signifiquem a plena aceitação do pluralismo

social, político e cultural e que, ao fim, concretize as expectativas de uma democracia substancial.

Não apenas o sexo propriamente dito, o ministro relator argumenta que o uso que cada pessoa faz do seu sexo, do mesmo modo, não autoriza qualquer espécie de desequiparação. E isso, pois a Constituição brasileira é silente quanto a essa questão específica do uso do sexo, circunstância que o levou a conclusão de que estamos a tratar "de um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido." Ponderou, portanto, que a Constituição delegou o desempenho das funções sexuais ao livre arbítrio pessoal de cada um.

"Proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada um deles." Assim é que, na leitura do ministro Ayres Britto, a vedação constitucional de discriminação por sexo também é uma vedação de discriminação decorrente do uso das funções sexuais de cada um.

Já no parágrafo trinta e oito de seu voto o ministro relator propõe uma síntese enumerada de seus principais fundamentos de mérito, quais sejam: i) a Constituição Federal proíbe o preconceito em razão do sexo; ii) a referida proibição estende-se quanto à possibilidade de uso concreto da sexualidade; iii) os dois fundamentos anteriores levam ao reconhecimento do direito a uma "concreta liberdade do mais largo espectro" no que refere à liberdade sexual humana; e iv) essa liberdade de disposição da própria sexualidade está inserida no rol de direitos fundamentais.

Enfrentando a textualidade do art. 226, que, em tese, em seus parágrafos, definiria a composição de família apenas na agregação entre homem e mulher, o ministro Ayres Britto propõe uma leitura enfocada no caput do dispositivo, sem restrições a gênero, e na perspectiva de que mesmo o § 3º, expresso quanto à dicotomia homem-mulher, deve receber uma leitura que seja consciente de que o dispositivo foi pensado para se equiparar a mulher ao homem no contexto da gestão do núcleo familiar. Nesse sentido, veja trecho que, pensamos, sintetiza o núcleo argumentativo quanto ao ponto mais sensível desse tema, qual seja, a literalidade do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal. Vejamos:

> 41. De toda essa estrutura de linguagem prescritiva ("textos normativos", diria Friedrich Müller), salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição

> da família, pois somente ela – insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). Tanto assim que referida como parâmetro de fixação do salário mínimo de âmbito nacional (inciso IV do art. 7º) e como específica parcela da remuneração habitual do trabalhador ("salário-família", mais precisamente, consoante o inciso XII do mesmo art. 5º), sem que o Magno Texto Federal a subordinasse a outro requisito de formação que não a faticidade em si da sua realidade como autonomizado conjunto doméstico. O mesmo acontecendo com outros dispositivos constitucionais, de que servem de amostra os incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art.191; inciso IV e §12 do art. 201; art. 203; art. 205 e inciso IV do art. 221, nos quais permanece a invariável diretriz do não atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Sem embargo de, num solitário parágrafo §1º do art. 183, referir-se à dicotomia básica do homem e da mulher, mas, ainda assim: a) como forma especial de equiparação da importância jurídica do respectivo labor masculino e feminino; b) como resposta normativa ao fato de que, não raro, o marido ou companheiro abandona o lar e com mais facilidade se predispõe a negociar seu título de domínio ou de concessão de uso daquele bem imóvel até então ocupado pelo casal. Base de inspiração ou vetores que já obedecem a um outro tipo de serviência a valores que não se hierarquizam em função da heteroafetividade ou da homoafetividade das pessoas.

A Constituição Federal, portanto, na leitura do ministro Ayres Britto, concebeu a ideia de "família" sob uma perspectiva que chamou de coloquial, "praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser". Trata-se, defendeu, de um conceito não reducionista e que mantém a coerência da Constituição como um todo. Interpretação diversa deve ser afastada, pois configura "discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico."

Votou, portanto, para julgar procedente a pretensão de modo a dar ao art. 1.723 do Código Civil brasileiro interpretação conforme à Constituição para impedir quaisquer

interpretações que excluam o reconhecimento entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar a partir das mesmas regras e consequências da união estável.

O ministro Luiz Fux abriu seu voto acompanhando o ministro relator. Destacou que quando diante de violações de direitos fundamentais, compete ao judiciário operar instrumentos de constitucionalidade de forma a afastar o abuso, especialmente por ser o processo judicial o *locus* de proteção dos direitos fundamentais.

Partiu de algumas premissas fundamentais, que passamos a compilar: i) a homossexualidade é um fato da vida; ii) a homossexualidade não é uma opção sexual, mas, antes, uma orientação; iii) a homossexualidade não é uma ideologia ou crença; iv) os homossexuais constituem entre si projetos comuns de vida em relações contínuas e duradouras; e v) não há ilegalidade ou inconstitucionalidade na constituição de uniões homoafetivas, pois não há no nosso ordenamento qualquer vedação nesse sentido.

Assim, afirmando que o Direito segue a sociedade, o ministro Luiz Fux apontou que o cerne da questão jurídica posta nos autos está em saber qual o modo constitucionalmente adequado de tratamento deve ser conferido às uniões homoafetivas.

Discorreu sobre os conceitos de família e sobre o princípio do reconhecimento. A família, afirmou, possui apenas três requisitos: amor, comunhão e identidade. Estando presentes esses requisitos estará presente uma família. Assim é que concluiu: "o que faz uma família é, sobretudo, o amor." Já a partir do princípio do reconhecimento apontou a imediata necessidade de se trazer para a luz as relações pessoais básicas de um segmento importante da sociedade.

"A verdade é que o mundo mudou", afirmativa que fez baseado em uma série de decisões judiciais espalhadas pelo país, em leis locais, em parecer e portarias de órgãos consultivos do Estado. Daí a concluir ser aquele "o momento, pois, de se adotar interpretação da Constituição e das leis (...) que os compatibilize com o momento histórico ora vivido e com o atual estágio da sociedade."

Sobre eventual objeção fundada na literalidade do texto constitucional, afirmou que:

> Saliente-se, ainda, que não se há de objetar que o art. 226, § 3º, constituiria obstáculo à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, por força da previsão literal ("entre homem e mulher"). Assiste razão aos proponentes das ações em exame em seus comentários à redação do referido dispositivo constitucional. A norma foi inserida no texto constitucional para tirar da sombra as uniões estáveis e incluí-las no conceito de

> família. Seria perverso conferir a norma de cunho indiscutivelmente emancipatório interpretação restritiva, a ponto de concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas, lógica que se há de estender ao art. 1.723 do Código Civil.

Por fim, em aditamento ao seu voto, afirmou que sentença vem do que o juiz sentiu, citou a Constituição pós-positivista e apontou que, se há inércia do Poder Legislativo, compete ao Judiciário suprir lacunas normativas e "realizar a travessia", pois "a vida é uma ousadia, ou, então, ela não é nada".

Votou, portanto, pela procedência da pretensão com a consequente interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil brasileiro de modo que alcance uniões estáveis heterossexuais e homossexuais da mesma forma.

A ministra Cármen Lúcia, votando em sequência, iniciou afirmando, com Norberto Bobbio, que não basta conquistar direitos, é preciso torná-los efetivos. Adiantou, desde já, o entendimento pela procedência da ação. Argumentou, nesse sentido, que a união homoafetiva se encontra no contexto das manifestações de liberdade individual de cada um e que, sob a perspectiva hermenêutica, é preciso que se interprete a Constituição Federal como um todo e visando sempre a concretização dos valores nela adotados.

O § 3º do art. 226 da Constituição Federal, ponderou, garante a homens e mulheres o reconhecimento da união estável como entidade familiar. Daí não se pode deduzir, afirma a ministra, que a união estável está limitada a essa conformação homem-mulher: "bem ao contrário, o que se extrai dos princípios constitucionais é que todos, homens e mulheres, qualquer que seja a escolha do seu modo de vida, têm os seus direitos fundamentais à liberdade, a ser tratado com igualdade em sua humanidade, ao respeito, à intimidade devidamente garantidos."

Citou a determinação constitucional (art. 3º, inc. III) no sentido de que se promova o bem de todos sem preconceitos ou outras formas de discriminação, e lembrou que são fundamentos da república, previstos já no artigo 1º da Constituição, o direito à cidadania e ao pluralismo político. Este último, afirmou, não basta ser apenas político, há de ser também social. Um pluralismo social. Razões pelas quais julgou procedente a pretensão de modo a reconhecer como juridicamente admissíveis e válidas as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

O ministro Ricardo Lewandoski, após apresentar um histórico sobre o instituto da família nas Constituições brasileiras afirmou que o nosso ordenamento jurídico reconhece, expressamente, três tipos de família: a constituída pelo casamento, a

decorrente da união estável e, por fim, a família monoparental. Especificamente quanto a entidade familiar decorrente de união estável, afirmou que a Constituição remeteu sua definição e configuração para o âmbito infraconstitucional, conforme se observa da leitura do art. 1.723 do Código Civil brasileiro. Daí a concluir que a família, como instituto jurídico, se caracteriza pela união entre homem e mulher que seja pública, duradoura e com objetivo de constituir família. "Sempre entre o homem e a mulher", afirmou o ministro. Por essa razão, ponderou: "não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas hipóteses de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental."

Lembrou, ainda, que nos debates constituintes a questão de gênero foi amplamente debatida e que foi deliberada e consciente a opção normativa pela dualidade homem e mulher. Não há, portanto, na visão do ministro Ricardo Lewandowski, como se cogitar de mutação constitucional diante dos evidentes "limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece", incluída aí o princípio da separação de poderes.

Consideradas essas limitações, a solução adotada pelo ministro foi no sentido de se utilizar do método analógico de integração normativa, o que apresentou nos termos a seguir:

> Como, então, enquadrar-se, juridicamente, o convívio duradouro e ostensivo entre pessoas do mesmo sexo, fundado em laços afetivos, que alguns – a meu ver, de forma apropriada - denominam de "relação homoafetiva"?
> Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise.
> Entendo que as uniões de pessoas do mesmo sexo que se projetam no tempo e ostentam a marca da publicidade, na medida em que constituem um dado da realidade fenomênica e, de resto, não são proibidas pelo ordenamento jurídico, devem ser reconhecidas pelo Direito, pois, como já diziam os jurisconsultos romanos, ex facto oritur jus.
> Creio que se está, repito, diante de outra entidade familiar, distinta daquela que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais.
> A diferença, embora sutil, reside no fato de que, apesar de semelhante

> em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente no que tange ao vínculo afetivo, à publicidade e à duração no tempo, a união homossexual não se confunde com aquela, eis que, por definição legal, abarca, exclusivamente, casais de gênero diverso.
> Para conceituar-se, juridicamente, a relação duradoura e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, já que não há previsão normativa expressa a ampará-la, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, cumpre que se lance mão da integração analógica.
> Como se sabe, ante a ausência de regramento legal específico, pode o intérprete empregar a técnica da integração, mediante o emprego da analogia, com o fim de colmatar as lacunas porventura existentes no ordenamento legal, aplicando, no que couber, a disciplina normativa mais próxima à espécie que lhe cabe examinar, mesmo porque o Direito, como é curial, não convive com a anomia.

Alertou que de forma alguma se pretende, com essa decisão, substituir a vontade do legislador constituinte por "outra arbitrariamente escolhida". Mas, isso sim, se intencionou reger e regulamentar uma realidade social "superveniente" a essa vontade constituinte. Isso, pois, afirmou que não pode o intérprete constitucional, "a pretexto de ausência de precisão normativa, deixar de dar solução aos problemas que emergem da realidade fenomênica."

Ao final de seu voto, frisou novamente: "não se está, aqui, a reconhecer uma 'união estável homoafetiva', por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma 'união homoafetiva estável', mediante um processo de integração analógica." Votou, enfim, pela procedência da pretensão para que as prescrições normativas referentes as uniões heterossexuais alcancem, para todos os fins, as uniões homossexuais.

O ministro Joaquim Barbosa, a seu turno, iniciou seu voto lembrando que as uniões entre pessoas do mesmo sexo "sempre existiram e existirão". Mencionou o silêncio constitucional sobre uniões homossexuais para questionar: "o silêncio da Constituição deve ser interpretado como indiferença, desprezo ou hostilidade?" Entendeu que a resposta ao questionamento deve ser negativa, pois não há no texto constitucional proibição ao reconhecimento jurídico dessas uniões.

Avançou afirmando que a Constituição estabelece um rol de direitos fundamentais que não se esgota naqueles expressos no texto, pois existem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (§ 2º do art. 5º da Constituição Federal). Daí ser necessária ao Supremo Tribunal Federal a busca "na rica pallette axiológica que informa todo o arcabouço constitucional criado em 1988."

A Constituição federal não apenas veda todo tipo de discriminação, mas, com o mesmo vigor, determina que se promova o bem de todos sem qualquer espécie de preconceitos. Também por isso, entendeu que "o reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade e da não discriminação." Votou, assim, acompanhando o relator.

O ministro Gilmar Mendes abriu seu voto mencionando estar diante de um caso em que a Corte, uma vez decidindo, adotará decisão positiva em substituição, inclusive, ao próprio sistema político. Ponderou que "o que se pede é um modelo mínimo de proteção institucional como instrumento para evitar uma caracterização continuada de discrímen, de discriminação."

Modelo de proteção institucional que, segundo argumentou o ministro, deveria ser feito em primeiro plano pelo Congresso Nacional. Porém, apontou dificuldades de atuação do nosso sistema político em questões envolvendo uniões homossexuais "por conta do preconceito que está presente numa parcela significativa da sociedade."

Diante desse quadro de inércia legislativa, o ministro Gilmar Mendes pontuou outra dificuldade que se apresenta na questão sob análise, notadamente no que diz com a literalidade do § 3º do art. 226 da Constituição a estabelecer a configuração da união estável a partir da dualidade homem-mulher. A dificuldade foi expressada nos termos a seguir:

> Eu tinha também, Presidente, e vou explicitar, uma outra dificuldade que queria vencer. A nossa legitimação enquanto Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, tem que haver um consenso básico. Por isso que essa questão é bastante sensível, porque, se abrirmos o texto constitucional, no que diz respeito a essa matéria, não vamos ter dúvida ao que se refere o número 226, § 3º
> (...)
> Logo, a expressão literal não deixa nenhuma dúvida de que nós estamos a falar de "união estável entre homem e mulher". A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso.

Citou e refletiu largamente sobre a doutrina de Peter Häberle, especialmente sobre as teses do "pensamento jurídico possível" e da "teoria constitucional da tolerância".

Após esse avanço, recuou, dando um passo atrás, e alertou a Corte sobre o uso da imaginação constitucional e as dificuldades que certamente decorrem da tentativa da Corte em regular esse tema tal como deveria fazê-lo o legislador. Apontou que é preciso não "exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, com sério risco de descarrilharmos, produzindo lacunas."

Foi aparteado pelo ministro Lewandoski que reiterou o que dito anteriormente no sentido que o Supremo Tribunal Federal estava a ocupar um espaço do Congresso Nacional, que deveria atuar na regulamentação do tema.

Após retomar a palavra, o ministro Gilmar Mendes ponderou que a Corte estará dentro da sua esfera de atuação e legitimidade nos casos em que for chamada a decidir sobre direitos fundamentais. Daí é que, acompanhando a fundamentação do ministro Lewandoski, reconheceu juridicamente, por analogia com as demais entidades familiares e com as consequências jurídicas correspondentes, a existência das uniões homossexuais.

O ministro Marco Aurélio colocou a questão posta nos autos da seguinte forma: "saber se a convivência pública, duradoura e com ânimo de formar família, por pessoas de sexo igual deve ser admitida como entidade familiar à luz da Lei Maior, considerada a omissão legislativa. Em caso positivo, cabe a aplicação do regime previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002?"

Reconheceu, sob a perspectiva do método hermenêutico, a possibilidade de se incluir, no regime previsto no referido dispositivo do Código Civil, uma situação que não foi originalmente prevista pelo legislador. Fez ponderações sobre as relações entre direito e moral, concluindo pela necessidade de que ambos caminhem juntos, nada obstante a distinção de critérios decisórios entre um e outro.

Destacou uma série de projetos de lei que não foram aprovados no Congresso Nacional como indicativo de uma "falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas." Nada obstante, concluiu que a decisão da causa decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial da dignidade da pessoa humana.

Sob a perspectiva do direito civil, afirmou a existência de uma modificação paradigmática no direito de família no sentido de que o patrimônio saiu do centro da análise dessa disciplina e, em seu lugar, ingressou "o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar."

Utilizando como premissas o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais e o fato de que não há proibição constitucional ao reconhecimento da união entre pessoas

do mesmo sexto, chegou à conclusão de que é obrigação constitucional do Estado reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homossexuais. Desse modo, julgou procedente a ação pela aplicabilidade do regime de união estável às pessoas do mesmo sexo.

O ministro Celso de Mello iniciou seu voto ressaltando a importância da intervenção dos amigos da Corte (amici curiae) na causa. Afirmou que, com tal abertura procedimental estaria superada a "grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte." Tratou, sob a perspectiva histórica, da perseguição sofrida por homossexuais em Portugal e no Brasil, especialmente com a previsão do crime de pederastia previsto no Código Penal Militar brasileiro.

Afirmando que o julgamento em questão iria marcar a vida nacional, argumentou pelo reconhecimento da união estável homoafetiva como legítima entidade familiar, pois "ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual." Nesse sentido, mencionou a necessidade de efetividade do princípio da igualdade, da liberdade pessoal, da autonomia individual e da dignidade da pessoa humana como viabilizadora do deferimento da pretensão.

Sobre o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, não vislumbrou a existência de lacuna normativa. A omissão do poder legislativo ordinário, por outro lado, segundo reflete o ministro Celso de Mello, decorrente das pressões de setores da sociedade, compromete gravemente e reduz o coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar.

Argumentou, ainda, que há violação ao direito de busca da felicidade quando o Congresso Nacional, por pressões de grupos majoritários, se omite na formulação de regulamentações necessárias a assegurar que grupos minoritários desfrutem de seus direitos fundamentais. Busca pela felicidade que, com raízes na história constitucional norte americana, corresponde a típica manifestação de ideias iluministas. Daí que o estabelecimento de direitos e deveres decorrentes do vínculo familiar se consolida a partir da "existência e reconhecimento do afeto" entre os partícipes dessa vida familiar. Razões pelas quais julgou procedente a ação.

O ministro Cezar Peluso, então Presidente e último a votar, argumentou que as modalidades de entidade familiar previstas expressamente na Constituição Federal não configuram numerus clausus. Tomou em consideração os princípios constitucionais da dignidade, da igualdade e da não discriminação e, considerando haver lacuna

normativa quanto ao tema, entendeu necessário seu preenchimento a paetir das "regras tradicionais, pela aplicação da analogia", por força da "similitude - não da igualdade -, da similitude factual entre ambas as entidades que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo." Ressaltou, também, que a decisão então adotada pelo Supremo Tribunal Federal deixava pleno espaço para a legítima e necessária intervenção do Poder Legislativo. Votou, enfim, pela procedência da ação.

6.3.4 Ementa do julgado

> Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a

proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo

a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", verbis: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (DJ Nr. 198 do dia 14/10/2011)

6.3.5 Conclusões

Muito embora se reconheça a sensibilidade do tema em questão, se nos afigura evidente a necessidade de reconhecimento jurídico, para todos os efeitos (direitos, obrigações e vedações), das uniões públicas, contínuas e duradouras que pessoas do mesmo sexo promovem entre si com o nítido intuito de constituir família.

Para que ao caso seja dada uma resposta constitucionalmente adequada, é imperativo que se reconheça a opção constitucional pela pluralidade de formas ou de espécies de entidades familiares. Ainda que se tenha o modelo familiar constituído a partir do casamento como central no nosso sistema jurídico – e essa parece ser uma opção clara do nosso constituinte (§§ 1º ao 3º do art. 226 da Constituição) –, já não é mais possível cogitar pelo modelo familiar único fundado no casamento. Essa é, sem dúvida, a primeira premissa jurídica a ser colocada para a solução da questão.

Outra premissa que também se impõe é o contexto cultural, social e econômico brasileiro. Em um país extremamente desigual e diverso[503] e no qual a cada esquina se observa uma configuração diferente de núcleo familiar – tias que acolhem seus sobrinhos, avós que acolhem seus netos, madrastas que permanecem com os cuidados de seus enteados abandonados pelo pai, são exemplos ilustrativos de uma gama quase infinita de composições familiares[504] que, de uma forma ou de outra, é inegável, acabam recebendo atenção do Estado e produzindo efeitos jurídicos – nos parece, desde já, extremamente difícil defender a tese pelo não reconhecimento jurídico de uniões públicas e duradouras entre pessoas do mesmo sexo.

Muito embora tenha sido por intermédio de decisões monocráticas, fato é que o próprio Supremo Tribunal Federal já havia reconhecido a validade e a produção de efeitos jurídicos decorrentes de uniões homossexuais por ocasião da Pet 1.984 (relator ministro Marco Aurélio, j. 10.02.2003) e da ADI 3.300 (relator ministro Celso de Mello, j. 03.02.2006).

Também sob a perspectiva jurisprudencial, e quiçá mais relevante que as monocráticas proferidas no Supremo Tribunal Federal, é preciso lembrar que o Tribunal Superior

---

503 Ver, especialmente, os Indicadores Sociais Mínimos (ISM) e o Censo Demográfico disponíveis em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/condicoes-de-vida-desigualdade-e-pobreza.html. Acesso em: 25.11.2020

504 Sobre o tema das configurações familiares na sociedade brasileira e sobre as relações dessas configurações com a pobreza, ver os dois interessantes ensaios a seguir: SANDALOWSKI, Mari Cleise. As famílias no contexto social brasileiro. **Revista do Centro de Ciências Sociais e Humanas (UFSM)**, v. 20, n. 2 (2007), pp. 61-67; e LEONE, Eugenia Troncoso; MAIA, Alexandre Gori; BALTAR, Paulo Eduardo. Mudanças na composição das famílias e impactos sobre a redução da pobreza no Brasil. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 19, n. 1 (38), p. 59-77, abr. 2010.

Eleitoral, em 2004 e por ocasião do julgamento dos embargos de declaração no recurso especial eleitoral n.º 24.564 (relator ministro Gilmar Mendes), conhecido como "caso Viseu", reconheceu que os sujeitos de uniões homossexuais devem submeter-se à regra de inelegibilidade prevista no § 7º do art. 14 da Constituição Federal. É dizer, reconheceu-se a existência jurídica e a produção de efeitos jurídicos de uma união homossexual para o fim de restringir direitos fundamentais de caráter eleitoral. Assim, se essas uniões existem e produzem efeitos de forma a restringir direitos fundamentais, também devem sê-lo para reconhecer os integrantes dessa relação como titulares dos direitos fundamentais dela decorrentes.

Essa ampliação do âmbito normativo da regra de inelegibilidade, assim como, por ocasião da ADPF 132, das regras pertinentes às uniões estáveis, para o fim de alcançar uniões entre pessoas do mesmo sexo, deve ocorrer, sem qualquer espanto, por força da analogia (art. 4º do Decreto-Lei n.º 4.657/1942), elementar regra hermenêutica para a integração do Direito.

Esse alcance normativo ocorrido no julgado em comento ocorreu, corretamente e com ainda mais vigor, por força dos princípios fundamentais da República, em especial a cidadania (art. 1º, inc. II), a dignidade da pessoa (art. 1º, inc. III), a necessária promoção do bem comum, que deve ocorrer sem preconceitos ou discriminação (art. 3º, inc. IV), sendo, assim, direito fundamental (reconhecimento jurídico pleno das uniões homossexuais) decorrente do regime e dos princípios adotados pela nossa Constituição. Como se vê, os princípios mencionados fecham (arrematam) a interpretação, tornando a resposta adotada aquela que melhor se adequa ao nosso regime constitucional.

Por fim, é de se registrar que o ministro Ricardo Lewandowski foi quem melhor tratou a questão posta nos autos, ladeado pelo ministro Gilmar Mendes e Cezar Peluso. De resto, é importante consignar que muito embora a conclusão a que chegou a Corte tenha sigo a correta, a fundamentação utilizada por alguns ministros é passível das mais alentadas críticas. Nesse sentido, se nos afigura absolutamente desnecessário e contraproducente apontar a pecha de "preconceituoso" ou "homofóbico" aos que entenderam, à época – e talvez ainda entendam –, como equivocada a decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal; existem sim argumentos nesse sentido que são legítimos e que demandam reflexão de todos; alguns, inclusive, muito bem enfrentados pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto. Do mesmo modo criticável é a tentativa de adoção de um paradigma chamado pós-positivista motivada por uma incorreta, injustificável e inaceitável aproximação entre Hans Kelsen e o sistema judicial nazista.

Desnecessária, por fim, é a utilização de elementos tais quais "amor", "afeto" ou "afetividade" como critérios para reconhecimento de efeitos jurídicos a determinadas situações; não é necessário ou adequado, nesse sentido, tentar reinventar os parâmetros de juridicidade já bem estabelecidos pela Lei n.º 9.278/1996, quais sejam: a união estável, que deve alcançar uniões entre pessoas do mesmo sexo, é aquela que decorre da convivência duradoura, pública e contínua e que foi estabelecida com o objetivo de constituição de família.

6.4 Tema 10. Direito à saúde na Corte Ayres Britto. Paradigma: ADI 3.510 (Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias)

6.4.1 Colocação do tema em análise

Tratou-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo então procurador-geral da república em face do artigo 5º da Lei n.º 11.105/2005, a chamada "Lei da Biossegurança". O dispositivo impugnado possuía – e ainda possui – a seguinte redação:

> **Lei n.º 11.105/2005, art. 5º** É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: **I** – sejam embriões inviáveis; ou **II** – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. **§ 1º** Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. **§ 2º** Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. **§ 3º** É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Diante desse normativo, o autor da ação argumentou que i) a vida humana acontece a partir da fecundação; ii) o zigoto é um ser humano embrionário; iii) a mulher engravida no momento da fecundação; e iv) a pesquisa com células-tronco adultas é mais promissora que a pesquisa com células-tronco embrionárias. Assim é que o dispositivo legal acima transcrito, uma vez confrontado com esses argumentos

apresentados, contrariam "a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana."

A Presidência da República, por intermédio da Advocacia Geral da União, manifestou pela constitucionalidade do dispositivo legal impugnado, argumentando que a utilização de material embrionário em vias de descarte para fins de pesquisa e terapia, com base no direito à saúde e à livre expressão da atividade científica, é atividade que encontra amparo constitucional. O Congresso Nacional, ao prestar informações, manifestou no mesmo sentido que a Presidência da República.

Foram admitidas as intervenções de 05 (cinco) amigos da corte (*amici curiae*), pois, segundo o ministro relator, essas admissões certamente "contribuem para o adensamento do teor de legitimidade da decisão a ser proferida na presente ADIN." Ademais, também foi determinada pelo relator a realização de audiência pública, experiência até então inédita perante o Supremo Tribunal Federal.

Por ocasião da audiência pública duas linhas de pensamento se formaram e o ministro relator sintetizou essas duas linhas em passagens que a seguir transcrevemos:

> **Dra. Mayana Zatz, professora de genética da Universidade de São Paulo.** – Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se entenda a diferença.
> **Dra. Lenise Aparecida Martins Garcia, professora do departamento de biologia celular da Universidade de Brasília.** – Nosso grupo traz o embasamento científico para afirmarmos que a vida humana começa na fecundação, tal como está colocado na solicitação da Procuradoria. (...) Já estão definidas, aí, as características genéticas desse indivíduo; já está aí definido se é homem ou mulher nesse primeiro momento (...) Tudo já está definido, neste primeiro momento da fecundação. Já estão definidas eventuais doenças genéticas (...). Também já estarão aí as tendências herdadas: o dom para a música, pintura, poesia. Tudo há está ali na primeira célula formada. O zigoto de Mozart já tinha dom para a música e Drummond, para a poesia. Tudo há está lá. É um ser humano irrepetível.

6.4.2 Dispositivos constitucionais em análise

A questão em debate acaba demandando, com maior ou menos intensidade, análise e compreensão de dispositivos constitucionais que tratam da dignidade e da inviolabilidade do direito à vida, perpassando normativos concernentes à livre expressão e necessária promoção da atividade científica e ao direito à saúde. Observemos o texto dos normativos constitucionais incidentes na hipótese:

> **Constituição Federal, art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) **III** - a dignidade da pessoa humana;
> **Constituição Federal, art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) **IX** - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
> **Constituição Federal, art. 6º** São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.[505]
> **Constituição Federal, art. 196.** A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
> **Constituição Federal, art. 218.** O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.[506]

Em uma Constituição minuciosa e (quase) auto regulamentadora, como é o caso da nossa Carta Política, é inevitável que se reconheçam certos dispositivos como centrais para o nosso sistema de justiça, notadamente por sua mais destacada força axiológica ou valorativa. O caso posto na ADI 3.510, talvez o mais sensível e controverso dentro os analisados no presente trabalho, vem integralmente perpassado por dispositivos constitucionais do mais elevado significado e importância.

A dignidade humana, muito embora tenha se feito constar no texto constitucional brasileiro apenas em 1988, é certo que chegou em nossa gramática constitucional já

---

[505] Com a redação prevalecente no momento do julgamento, anterior às Emendas Constitucionais de n.º 26/2000, de n.º 64/2010 e de n.º 90/2015.

[506] Com redação prevalecente no momento do julgamento, anterior à Emenda Constitucional de n.º 85/2015.

carregada de uma tradição conceitual que remonta ao próprio advento do Cristianismo, por intermédio do qual se reconheceu a dignidade como integrante da própria essência da pessoa. O desenvolvimento conceitual dessa categoria que traz em si o jurídico, o religioso e o moral, teve em Immanuel Kant seu ponto culminante e a partir do qual se repudia o tratamento objetificado (reificado) de qualquer ser humano, tido, pois, como um fim em si mesmo. É tão robusta e sobranceira sua posição axiológica, e inclusive por isso também normativa, que é possível afirmar, sem qualquer sinal de disputa, que a dignidade humana é condição de legitimidade do Estado e do Direito, sendo considerada verdadeira "espécie de valor-fonte (Miguel Reale) e 'ponto de Arquimedes' do Estado Constitucional (Haverkate)."[507]

O direito à vida, inviolável por disposição constitucional expressa e a ser protegido desde a concepção nos termos do Pacto de São José da Costa Rica (art. 4º, 1), é tema carregado de profundo e severo desacordo moral, notadamente quanto ao alcance dessa inviolabilidade, a identificação de limites ou mesmo a distinção de casos em que há ou não vida. Tem-se que esse direito, em seu mais básico alcance, significa a proteção contra a privação da vida, compondo aí, inclusive, a vedação da pena de morte, admitida penas em casos excepcionais e expressos. É isento de qualquer dúvida que o direito à vida possui alcance muito superior que essa simples liberdade negativa, alcançando a obrigação ao Estado que assegure um nível mínimo de vida digna. Nesse sentido é que Ingo Sarlert aponta o nosso Sistema Único de Saúde, o seguro desemprego, a rede pública de hospitais e de creches, o bolsa família, entre outros, como institutos que, como políticas públicas, são verdadeiros mecanismos viabilizadores do direito não só à vida, mas a uma vida digna.[508]

As liberdades de expressão intelectual e científica (inciso IX do art. 5º da Constituição Federal) e a obrigatoriedade que o Estado promova e incentive a pesquisa, a ciência e a tecnologia do país (art. 218 da Constituição Federal), nos sugere que, de modo geral, as investigações ou empreitadas científicas não podem sofrer empecilhos injustificáveis em seus processos. Injustificáveis, certamente, pois há de se considerar que o direito à liberdade intelectual ou científica - tal, como de regra, qualquer outro direito - haverá de submeter-se a determinados critérios e limitações que eventualmente se justifiquem em disposição de estatura constitucional. Independente até das dimensões que esse

---

507 SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 1º, inc. III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva / Almedina, 2018, pp. 284-285.

508 SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 5º, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva / Almedina, 2018, pp. 427-431.

direito possa comportar – v.g. como direito social do cidadão na dimensão subjetiva ou como dever do Estado na dimensão objetiva –, é preciso que se estabeleça e se tenha como premissa geral o fato de que o avanço científico não é um bem em si mesmo. Esse fato se comprova, bastando um rápido olhar sobre a História. De pouco nos serve a ciência e tecnologia por si próprias, devendo, antes, serem desenvolvidas e promovidas com enfoque único no pleno desenvolvimento da pessoa e da nossa comunidade como um todo. A ciência e tecnologia, portanto, devem ser defendidas e promovidas quando aliadas aos objetivos fundamentais da República (artigos 1º ao 4º da Constituição Federal).

Por fim, o direito à saúde, previsto no artigo 6º e artigo 196, ambos da Constituição Federal, consubstancia direito fundamental social do mais básico e elementar nível de proteção e promoção estatal. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já teve ocasião de afirmar que esse dispositivo constitui direito fundamental e subjetivo, assegurado pelo texto constitucional à generalidade das pessoas e representando consequência indissociável do direito à vida (ver, a propósito, o RE-AgRg 271.286/RS, relator ministro Marco Aurélio DJ 24.11.2000). Além disso, há, nesse direito, uma evidente dimensão defensiva derivada do dever de não interferência estatal potencialmente causadora de danos ou ameaças à saúde; esse mesmo direito impõe ao Poder Público a criação de um completo aparato de proteção, prevenção e promoção da saúde, incluídas, aí, a previsão e aparelhamento de instituições e organizações de um modo geral. Demonstrada, portanto, tratar-se, principalmente, de um direito prestacional no sentido mais amplo possível, inclusive com previsão de fornecimento de prestações materiais por parte do Estado em favor da população.[509]

6.4.3 Posição do Tribunal no tema

O ministro relator Ayres Britto, já no início do seu voto, afirma entendimento de que os dispositivos legais impugnados constituem conjunto normativo "a salvo da mácula do açodamento ou dos vícios da esdruxularia e da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia", vale dizer: entende o relator tratar-se de regras normativas razoáveis. Não só razoáveis, mas um

[509] Nesse sentido, para aprofundamento, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 6º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva / Almedina, 2018, pp. 1037-1065; ESTEVES, J. L. M. **Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007; CIARLINI, Álvaro A. S. **Direito à saúde. Paradigmas**. São Paulo: Saraiva, 2018; FARIA, J. E. (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004; BARBOSA, Jeferson F. **Direito à saúde e solidariedade na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018

conjunto normativo que, mediante adequadas condições de incidência, viabilizam a propulsão de linhas de pesquisas científicas a partir de células extraídas de embrião humano *in vitro*; linhas de pesquisa que, conforme frisou, pretendem enfrentar patologias e traumatismos que atormentam e degradam a vida de grande contingente populacional.

Avança no raciocínio para afirmar que o nosso texto constitucional não nos informa acerca de quando começa a vida humana, não havendo, nele, nenhuma forma de regramento sobre formas de vida pré-natal. Ao contrário, a Constituição trata de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, indivíduo nascido. Daí ponderou que se temos "uma Constituição que sobre o início da vida humana ***é de um silêncio de morte***" a questão passa a ser definir quais momentos da vida humana é que estão validamente protegidos pelo direito infraconstitucional, e em que medida esta proteção ocorre.

Apresentada a questão nesses termos, o ministro relator reflete no sentido de que a proteção jurídica vai aumentando na medida em que se sucedem as etapas de desenvolvimento da pessoa. Dando um passo atrás na linha temporal do desenvolvimento humano, argumenta que os direitos do nascituro, tal qual previstos no Código Civil brasileiro, exigem, para seu desfrute, de um "necessário vínculo operacional entre a fertilização do óvulo feminino e a virtualidade para avançar na trilha do nascimento." Há um vínculo, portanto, entre o próprio conceito de nascituro e a aptidão para efetivamente e em concreto avançar na trilha do nascimento. Essas ponderações o permitem concluir que o bem jurídico tutelado é o organismo pré-natal, seja em estado fetal ou embrionário, que se encontre no interior do corpo de uma mulher, e não "em placa de Petri, cilindro metálico ou outro recipiente mecânico".

Especificamente sobre o normativo impugnado (artigo 5º da Lei n.º 11.105/2005) o ministro Ayres Britto faz questão de explicitar que "os embriões a que ela se refere são aqueles derivados de uma fertilização que se obtém sem o conúbio ou acasalamento humano. Fora da relação sexual. Do lado externo do corpo da mulher, então, e do lado de dentro de provetas ou tubos de ensaio."

A partir dessas reflexões é que o ministro relator equaciona a controvérsia posta a partir de duas questões. A primeira: há base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial? Respondeu de forma positiva, recorrendo, para tanto, aos artigos 226 ao 229 da Constituição Federal, e lembrando a figura do planejamento familiar e da responsabilidade responsável, ambos frutos da decisão livre do casal. A segunda pergunta: o recurso, por parte do casal, a processos de fertilização artificial implica no dever de aproveitamento, no

corpo da mulher, de todos os óvulos fecundados? "**Todos eles? Mesmo que sejam 5, 6, 10?**" Respondeu a essa segunda indagação de forma negativa, pois cogitar de modo contrário seria incompatível com o instituto do panejamento familiar e da paternidade responsável e, ademais, seria pôr em risco a saúde da mulher eventualmente obrigada a aceitar "verdadeira *ninhada* de filhos", circunstância degradante e, portanto, inconstitucional (inciso II do art. 5º da Constituição Federal).

Somou à essas questões reflexões sobre o direito à saúde (artigos 6º, 194 e 196, todos da Constituição Federal) e à livre expressão da atividade científica (inciso IX do artigo 5º e art. 218, ambos da Constituição Federal)

Ponderou que a questão julgada no bojo da ADI 3.510 é "a causa mais importante da história deste Supremo Tribunal Federal", cujo desfecho "é de interesse de toda a humanidade" e que demonstra que a Corte é "***uma casa de fazer destino***". Portanto e a partir de um "olhar pós-positivista sobre o Direito brasileiro", julgou totalmente improcedente a ação.

Nada obstante pedido de vista do ministro Menezes Direito, a ministra Ellen Gracie aparteou e pediu licença para antecipação e juntada de voto, no qual apontou, de pronto, o equívoco daqueles que imaginaram que o Supremo Tribunal Federal pudesse ser o árbitro de uma disputa entre as diversas correntes científicas, filosóficas, religiosas, morais ou éticas. Registrou que a Constituição Federal não define qual o momento inicial da vida humana, razão pela qual não compete à Corte cogitar nesse sentido. "Não somos uma Academia de Ciências", afirmou. Lembrou que os parâmetros constitucionais de adequação da Lei de Biossegurança são: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*), a livre expressão da atividade científica (art. 5º, IX), o direito à saúde (art. 6º e art. 196) e a necessária promoção, pelo Estado, do desenvolvimento científico (art. 218, *caput*).

Destacou o fato de que as fertilizações *in vitro* geram, inevitavelmente, um excedente de embriões, muitos deles inviáveis e que, de modo geral, serão descartados ou permanecerão congelados por tempo indeterminado "sem a menor perspectiva de que venham a ser implantados em algum órgão uterino e prossigam na formação de uma pessoa humana."

Argumentou que o art. 5º da Lei 11.105/2005, permite o manejo das células-tronco embrionárias de forma restrita e com diversas precauções. A primeira delas indicando a obrigatoriedade que a destinação desse material seja, exclusivamente, para atividades de pesquisa e terapia, deixando evidente "a opção legislativa em dar

uma destinação mais nobre aos embriões excedentes fadados ao perecimento." A segunda restrição impondo um lapso temporal razoável (inviáveis ou congelados há mais de três anos). Também é necessário a expressa concordância dos genitores, aí a terceira restrição. Ainda, tipificou como crime a comercialização do embrião humano, demonstrando o reconhecimento, pelo legislador ordinário, da "dignidade do material nela tratado e o elevado grau de reprovação social na sua incorreta manipulação". Considerou, portanto, que o tratamento normativo trazido pela Lei de Biossegurança possui "significativo grau de razoabilidade".

Em convergência com essas reflexões, apontou a incidência ao caso do princípio utilitarista, haja vista que o "aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos."

Por fim, a improbabilidade de utilização dos chamados pré-embriões "(absoluta no caso dos inviáveis e altamente previsível na hipótese dos congelados há mais de três anos)" afasta a alegação de que haveria, na legislação impugnada, violação ao direito à vida. Por essas razões, julgou improcedente a ação.

O ministro Menezes Direito, após pedido de vista, apresentou voto de grande profundidade filosófica e a partir do qual equacionou a questão posta nos autos indicando que se estava a determinar se a legislação autorizadora da utilização de células-tronco extraídas de embriões humanos destinados à geração de vida é compatível com a proteção constitucional da vida e da dignidade humana. Esclareceu, assim, que o julgamento levado a efeito tratava de fixar "o alcance constitucional da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana."

Cita países que proíbem as pesquisas, tais como Alemanha, Itália, Áustria e Polônia; assim como, também cita países que autorizam as pesquisas, tais como a Grã-Bretanha, a Bélgica e a Suécia.

Para tanto, fez longo percurso narrativo acerca dos processos e das técnicas de fertilização *in vitro* e das pesquisas com células-tronco embrionárias para, ao final desse primeiro trajeto, destacar que esse método de pesquisas é associado à destruição do embrião e citar casos em que fatos eticamente questionáveis foram levados a efeito, tais como um caso em que o óvulo fertilizado *in vitro* foi cultivado por dias em tecido animal; ou outro no qual ocorreu o que chamou de "produção artificial de uma quimera humana" por decorrência da fusão de embriões masculino e feminino. Disso se concluir a experimentação científica não conhece limites autoimpostos. Cenário que o levou a

questionar se seria possível deixar de perceber "a gravidade do cenário montado, por exemplo, pelas técnicas de diagnóstico genético de embriões, em que se torna possível selecionar geneticamente aqueles que mereçam seguir adiante, descartando os demais porque portadores de defeito genético?" Estava referindo, evidentemente, ao descarte de embriões diagnosticado com Síndrome de Down, medida de todo eugênica.

Não por outra razão afirmou estar convencido "de que este tema que nos ocupa põe em evidência a necessidade de criar mecanismos adequados de controle, uma limitação, no campo das pesquisas que avancem sobre o genoma humano", pois a biologia, de modo geral, e as pesquisas que lidam com a vida e dignidade humana deve "necessariamente estar subordinadas a valores éticos."

Avança para afirmar não apenas que "a valoração do embrião é crucial para o debate", mas, igualmente, que o enfrentamento da questão exigia da Corte a adoção de "posição clara sobre o início da vida, sem o que será impossível definir a proteção constitucional que se invoca." Nesse desiderato, recorre ao estofo filosófico de Aristóteles para, rechaçando a proposta do ministro Ayres Britto sobre os estágios de metamorfose do embrião, abordar o tema sob a perspectiva da chamada "potencialidade", segundo a qual "a potência é a potencialidade residente em uma coisa de passar a outro estado." Partindo desse postulado filosófico, afirmou:

> É que não tenho por compatível, na perspectiva aristotélica, a afirmação de que a atualização é promovida por outrem de fora. A atualização, na verdade, está no próprio ente. É ato próprio, independente. Isso quer dizer que o embrião, mesmo *in vitro*, não se reduz a algo que depende de uma interferência externa para a sua transformação, como a madeira, ou o mármore, caso em que, de fato, nada obrigaria a essa atualização. O embrião não é um objeto de transformação, mas o sujeito da sua própria atualização. A fertilização *in vitro* não lhe retira a potência, mas apenas o meio em que no atual estado da ciência pode se atualizar. (...)
> De fato, Aristóteles tem serventia para afastar essa ideia de que o embrião congelado não será alguém fora da recepção uterina. (...)
> O embrião não é ente que se transmuda para além de sua essência. É o próprio ser em potência e, sobretudo, em essência, em ininterrupta atualização que em seus primeiros estágios e, mesmo em cultura, é representada por suas sucessivas divisões. (...)
> Mas mesmo um impedimento externo não é capaz de privar o ser de sua potência e, consequentemente, de sua essência.

Procura, o ministro Menezes Direito, recolocar o enfoque que a questão factual vem sendo abordada para lembrar que existe um equívoco, um "desvio de perspectiva",

quando se afirma que é normal que os embriões produzidos *in vitro* e não utilizados nunca venham a nascer, como se esse fosse o curso natural e esperado; esquece-se, afirma o ministro, "que, quando gerados, foram gerados para a vida, pelo que a implantação é o seu destino."

Defendeu o argumento de que o embrião é, desde a sua fecundação, um indivíduo com toda carga genética idêntica a do feto, da criança, do adolescente, do velho. Razão pela qual pondera não haver "diferença ontológica entre essas fases que justifique a algumas a proteção de sua continuidade e a outras não." Nessa mesma toada, afirma que o embrião "já traz em si toda a carga genética do futuro ser que originará. E mais: traz em si o próprio patrimônio genético da humanidade, toda a sua potencialidade e toda a sua diversidade, sem a qual nenhum homem teria chegado até aqui hoje."

Sob a perspectiva do Código Civil brasileiro, aponta que a "pessoa" prevista no art. 2º da legislação civilista é "tão somente uma sombra na caverna das legislações", e que o "ser que a projeta é que merece a atenção do jurista". Ser que, na acepção do ministro Menezes Direito, é enlaçado pela dignidade não apenas em uma perspectiva singular e pessoal, mas, também, sob a perspectiva de toda a humanidade. Ser que, do mesmo modo, existe e tem vida em todos os seus estágios de desenvolvimento.

Entende, portanto, que no embrião há vida, pois "só permanece vivo aquele que o é. Ora, se o embrião, como se viu, é vida, e vida humana, a decorrência lógica é que a Constituição o protege." Lembrou, nesse mesmo sentido, que o Pacto de São José da Costa Rica garante, em seu artigo 4º, 1, a proteção da vida desde a concepção.Cita estudo inglês desenvolvido no *Human Fertilisation and Embryonic Authority* e a partir do qual se demonstrou a possibilidade de retirada de células do embrião sem, contudo, destruí-lo. E isso sem se verificar diferença de custos ou de eficiência.

A partir daí, o ministro Menezes Direito passou a cogitar sobre cada uma das formas de obtenção de células-tronco embrionárias previstas no artigo 5º da Lei n. 11.105/05, e sua compatibilidade constitucional, diferenciando, notadamente, os embriões com vida a aqueles que a perderam e deixaram de ser. Avançou, igualmente, sobre o Decreto n.º 5.591/2005, que regulamentou a lei em questão, especialmente para definir o conceito de "inviabilidade" dos embriões.

Antes de apresentar o dispositivo de seu voto, indicou duas conclusões preliminares: i) existe a necessidade de controle das atividades de reprodução assistida mediante fertilização *in vitro*; e ii) há relevância nas pesquisas com células-tronco embrionárias

e que devem ser desenvolvidas, desde que não causem a destruição do embrião, vida humana protegida pela Constituição Federal.

Por fim, votou em termos que, pela profundidade e amplitude, temos por bem transcrever:

> Destarte, com as razões acima deduzidas, julgo procedente, em parte, a ação direta de inconstitucionalidade para, nos termos que seguem.
> 1. no **caput** do art. 5º. Declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam obtidas sem a destruição do embrião, e as pesquisas devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo Ministério da Saúde, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-se as expressões "pesquisa e terapia" como pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisa com fins terapêuticos;
> 2. ainda no **caput** do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a *fertilização in vitro* seja entendida como a modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, devendo ser empregada para fins reprodutivos na ausência de outras técnicas, proibida a seleção de sexo ou de características genéticas, realizada a fertilização de um máximo de quatro óvulos por ciclo e igual limite na transferência, com proibição de redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação, tudo devidamente submetido ao controle e à fiscalização do Ministério da Saúde;
> 3. no inciso I, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a expressão "embriões inviáveis" seja considerada como referentes àqueles insubsistentes por si mesmos, assim, os que comprovadamente, de acordo com as normas técnicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, com a participação de especialistas em diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período no mínimo superior a vinte e quatro horas, não havendo, com relação a estes, restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco;
> 4. no inciso II, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que sejam considerados os embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação da Lei nº 11.105/2005, ou que, já congelados na data de publicação da Lei nº 11.105/2005, depois de completarem 3 (três) anos de congelamento, dos quais, com consentimento, informado prévio e expresso dos genitores, por escrito, somente poderão ser retiradas células-tronco por método que não cause a sua destruição;
> 5. no § 1º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja atendido que o consentimento é um consentimento informado prévio e expresso, por escrito, dos

genitores; e
6. no § 2º, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que as instituições de pesquisa e serviços de saúde realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter previamente seus projetos também à aprovação do Ministério da Saúde, presente o crime do art. 24 da Lei nº 11.105/05 na autorização para a utilização de embriões em desacordo com o que estabelece a lei, nos termos da interpretação acolhida neste voto.

Por fim, considerando que já estavam em custo diversas pesquisas com células-tronco, entendeu por modular os efeitos da decisão a partir da data do julgamento.

Ministra Cármen Lúcia, a seu turno, frisou que a controvérsia posta nos autos dispensa a discussão acerca do início da vida. Relevante ao caso, isso sim, é saber se a norma legal questionada subsiste quando em confronto com os princípios constitucionais pertinentes à hipótese. Desse modo, destaca que a inviolabilidade do direito à vida não pode ser tido como um direito absoluto, exemplificou lembrando as hipóteses em que a própria legislação brasileira comporta como lícita, em determinada hipóteses, casos de aborto. Argumentou a chamada dignidade da vida não pode ser interpretada em perspectiva apenas do embrião sem se resguardar, do mesmo modo, as legítimas aspirações daqueles que procuram e necessitam de novos saberes.

Entende que não é possível falar que das pesquisas com células-tronco embrionárias decorreria violação ao direito à vida, pois, não sendo implantadas em útero materno – seja por inviabilidade ou por exceder ao prazo previsto em lei – não se dão a viver, razão pela qual "não há que se falar nem em vida, nem em direito que pudesse ser violado."

Afirmou, ademais, que a lei questionada possui embasamento constitucional por ocasião do § 4º do art. 199 da Constituição, que prevê justamente a possibilidade de a lei dispor sobre condições e requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins, dentre outros, de pesquisa e tratamento. Daí, concluir que a célula-tronco embrionária "tem exatamente a natureza de substância humana." No mesmo sentido, a norma impugnada cumpre determinação constitucional (art. 225, § 1º, inc. II) pois se propõe a preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético do país. Nesse contexto é que afirma que as pesquisas com células-tronco voltadas à recuperação da saúde não violam a dignidade humana, mas, ao contrário, valorizam essa mesma dignidade. Assim, "a célula-tronco embrionária põe-se, na legislação examinada, como uma dignidade, não havendo como se lhe atribuir um

preço." A tese, portanto, é de que, diferente do descarte puro e simples, o aproveitamento das células-tronco embrionárias para finalidades científicas em prol da saúde promove a "dignificação da célula-tronco embrionária".

Constrangimento constitucionalmente inadmissível, prossegue a ministra, seria impedir ou de qualquer modo embaraçar qualquer linha de pesquisa que se afigure jurídica e eticamente válida. Razões pelas quais julgou improcedente a ação.

Ministro Ricardo Lewandoski, abriu seu voto asseverando que o novo milênio trouxe consigo uma série de promessas de avanços científicos, especialmente no campo da biomedicina. Avanços que, nada obstante, reconheceu, trazem uma série de controvérsias, tais como, no caso dos autos, a necessária destruição de organismo vivo como condição de obtenção do material genético chamado células-tronco embrionárias. Assim que a imposição de limites éticos e jurídicos à atuação da ciência e da tecnologia é medida necessária para evitar a chamada "coisificação" de pessoas, segundo a qual, argumentou o ministro, "as relações sociais e a própria subjetividade humana vão se identificando, paulatinamente, com o caráter inanimado das mercadorias".

Sob a perspectiva mais estritamente jurídica citou a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, segundo a qual alguns princípios devem ser prestigiados e protegidos, a exemplo da dignidade, da liberdade e do "bem-estar do indivíduo" que deverá ter prioridade sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade. No mesmo tom, mencionou o Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional de direitos humanos e que, pela própria jurisdição do Supremo Tribunal Federal, possui caráter supralegal, perante o qual, nos termos do art. 4º, 1, do referido documento, "não há como deixar de concluir, *concessa venia*, que a vida, do ponto de vista estritamente legal, começa na concepção, ou seja, a partir do encontro do espermatozoide com o óvulo." Ressalva, entretanto, que não se trata de direito absoluto e que, inclusive, há casos excepcionais em que mesmo a vida deixar de ser protegida pelo sistema normativo, tal é o caso do chamado aborto necessário. Argumentou que o direito à vida deve ser compreendido como um direito comum a todos; que o princípio da precaução indica a necessidade de imposição de balizas éticas, filosóficas e jurídicas perante as pesquisas científicas; e que a dignidade da pessoa humana configura metanorma, conferindo significado a todos os direitos fundamentais.

Especificamente quanto ao normativo impugnado, apontou que o *caput* do artigo 5º da Lei de Biossegurança, em sua redação marcada por uma "técnica deficiente", permite que sejam produzidos tantos embriões quantos sejam os requisitados por cientistas pesquisadores. Tampouco há previsão de limite temporal para a manipulação

dos embriões humanos. Falta determinação conceitual mínima ao conceito de inviabilidade do embrião prevista no inciso I do artigo 5º. O discrímen estabelecido pelo legislador no inciso II do artigo 5º a viabilizar a destruição de embriões humanos após o transcurso de três anos é "sem sentido e destituído de justificativa", "carece de qualquer explicação lógica" e, enfim, "cuida-se de uma decisão arbitrária que, como tal, repugna ao Direito." Lembrou, tal qual fez o ministro Menezes Direito, que existiam já no momento do julgamento métodos de obtenção de células-tronco sem danificar os embriões. Também lhe pareceu inadequado que, nos termos do normativo impugnado, as pesquisas tenham que se submeter à aprovação de comitês de ética das próprias instituições responsáveis pela realização dessas pesquisas. Por essas razões é que votou pela parcial procedência da ação para, sem redução de texto, conferir a seguinte interpretação aos dispositivos impugnados:

> i) art. 5º, *caput*: as pesquisas com células-tronco embrionárias somente poderão recais sobre embriões humanos inviáveis ou congelados logo após o início do processo de clivagem celular, sobejantes de fertilizações *in vitro* realizadas com o fim único de produzir o número de zigotos estritamente necessário para a reprodução assistida de mulheres inférteis;
> ii) inc. I do art. 5º: o conceito de "inviável" compreende apenas os embriões que tiverem o seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas contados da fertilização dos oócitos;
> iii) inc. II do art. 5º: as pesquisas com embriões humanos congelados são admitidas desde que não sejam destruídos nem tenham o seu potencial de desenvolvimento comprometido;
> iv) § 1º do art. 5º: a realização de pesquisas com as células-tronco embrionárias exige o consentimento "livre e informado" dos genitores, formalmente exteriorizado:
> v) § 2º do art. 5º: os projetos de experimentação com embriões humanos, além de aprovados pelos comitês de ética das instituições de pesquisas e serviços de saúde por eles responsáveis, devem ser submetidos à prévia autorização e permanente fiscalização dos órgãos públicos mencionados na Lei 11.105, de 24 de março de 2005.

O ministro Eros Grau, a seu turno, iniciou seu voto demonstrando certo desconforto com a manifestação das forças sociais que se movimentaram não apenas de forma intensa, mas mesmo "impertinente, algumas delas". Entendeu desnecessário que a Corte se propusesse a levantar o véu que algo oculta no discurso supostamente científico dessas forças sociais, pois, "o que há sob ele é o mercado."

Sob o enfoque jurídico, anotou que o nascituro é titular de direitos, sendo protegido pela ordem jurídica em sua dignidade humana que, inclusive, precede ao nascimento com vida. Assim, afirmou, sem dúvidas, que o embrião formado no ventre materno é pessoa, faz parte do gênero humano, razão pela qual a Constituição Federal lhe assegura o direito à vida.

Afirma, entretanto, que a expressão "embrião", como tudo o mais no contexto da linguagem natural, pode, em distintos contextos, assumir significados diversos. Assim, de domínio dessa premissa, afirma que, no texto impugnado, a expressão "embrião" não é uma entidade em útero, em processo de desenvolvimento vital; embrião "é aí, no texto legal, óculo fecundado congelado, isto é, paralisado à margem de qualquer movimento que possa caracterizar um processo. Lembre-se de que vida é movimento. Nesses óvulos fecundados não há ainda vida humana." Razão pela qual, não havendo vida, não há que se cogitar "em relação a esses "embriões" do texto do artigo 5º da Lei n. 11.105/05, nem de vida humana a ser protegida, nem de dignidade atribuível a alguma pessoa humana." Afastada, portanto, a suposta violação a esses princípios constitucionais.

Nada obstante, a "amplitude da permissão veiculada nos preceitos que se examina (...) incompatibiliza-a com o bloco de constitucionalidade". Por essa razão, votou pela constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei n.º 11.105/05, porém, estabelecendo termos aditivos da seguinte forma:

> (i) pesquisa e terapia mencionadas no caput do artigo 5º serão empreendidas unicamente se previamente autorizadas por comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde (não apenas das próprias instituições de pesquisa e serviços de saúde, como disposto no § 2º do artigo 5º);
> (ii) a "fertilização in vitro" referida no caput do artigo 5º corresponde à terapia da infertilidade humana adotada exclusivamente para fim e reprodução humana, em qualquer caso proibida a seleção genética, admitindo-se a fertilização de um número máximo de quatro óculos por ciclo e a transferência, para o útero da paciente, de um número máximo de quatro óculos fecundados por ciclo; a redução e o descarte de óculo fecundados são vedados;
> (iii) a obtenção de células-tronco a partir de óvulos fecundados --- ou embriões humanos produzidos por fertilização, na dicção do artigo 5º, caput --- será admitida somente quando dela não decorrer a sua destruição, salvo quando se trate de óvulos fecundados inviáveis, assim considerados exclusivamente aqueles cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de divisão após período superior a vinte e quatro horas; nessa hipótese poderá ser praticado qualquer método de extração de células tronco.

O ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, registrou que não é necessário, ao julgamento da questão, definir o momento do início da vida. É que se afigura necessário, isso sim, é averiguar se a opção do legislador ordinário, que no artigo 5º da Lei 11.105/05, estabeleceu exceção à tutela ao direito à vida, está em consonância com o texto constitucional. Entendeu que sim, a legislação é compatível com a Constituição Federal. Entendimento adotado a partir dos seguintes fundamentos: i) a lei é fruto de debate social no Congresso Nacional, âmbito adequado para discussões dessa natureza, e que optou por um caminho que propõe a proteção da vida em um sentido mais amplo e aliado ao desenvolvimento científico; ii) essa permissão legal possui como condicionantes fatores que devem ser conjugados, como a inviabilidade do embrião, o consentimento expresso dos genitores e que a doação seja gratuita, pois vedada a venda de embriões.

Assim, concluiu que a lei em questão atende a primados fundamentais da Constituição brasileira, tal é o caso da laicidade do Estado (art. 19, I), a liberdade religiosa (art. 5º, VI), a autonomia privada (art. 5º, *caput*) e o respeito à liberdade de expressão, intelectual e científica (art. 5º, IX). Destacou o fato de que os genitores dos embriões produzidos *in vitro* mantêm ampla e irrestrita liberdade de escolha e proteção de suas objeções de consciência, nada havendo que os obriga a tomar essa ou aquela opção em relação ao destino dos embriões. Citou uma série de exemplos provenientes do direito comparado (Inglaterra, França, Bélgica, v.g.) e, ao final, julgou totalmente improcedentes os pedidos.

O ministro Cezar Peluso iniciou seu voto lembrando que a pergunta a ser respondida pela Corte estava em saber se a tutela constitucional da vida seria aplicável, na sua integralidade, à classe dos embriões, notadamente aos embriões inviáveis e crioconservados. Afirma, nesse sentido, que o vocábulo vida, disposto no artigo 5º da Constituição, não pode estar dissociado de sua condição humana – condição que entende presente no embrião. Apontou contradição existente no entendimento – perfilhado pelo autor da ação direta – perante o qual se admitem o corriqueiro descarte dos embriões excedentes quando dos procedimentos de fertilização *in vitro*, mas repudiam com veemência sua destruição para fins de pesquisas terapêuticas.

Retornando ao conceito de embrião, afirmou que "não há vida no ser que não tenha ou ainda não tenha capacidade de mover-se por si mesmo, isto é, sem a necessidade de intervenção, a qualquer título, de força, condição ou estímulo externo." E os embriões congelados, ponderou o ministro, não possuem essa caraterística. Assim é que para a correta definição da vida se tem como pressuposto incontornável a fixação do óvulo

fecundado na parede uterino. Longe de ser coadjuvante, o útero é protagonista de "complexas e ainda mal conhecidas interações físicas, biológicas e psicológicas com o feto". Por essa razão é que concluiu que os embriões excedentes não são sujeitos de direito à vida, "nem guardam sequer expectativa desse direito." Aproximou o poder jurídico detido pelos genitores em face dos embriões à liberdade de disposição que cada um deles possui sobre o esperma ou o óvulo.

Nada obstante essas ponderações, o ministro Cezar Peluso entendeu a necessidade de que esses embriões extrauterinos sejam tratados com critérios e cuidados que denotem algum grau de dignidade, dada a sua natureza/derivação humana. Cuidados e critérios que, segundo anotou, foram adequadamente estabelecidos pela legislação questionada, que veda a comercialização desse material, proíbe sua produção intencional para fins de pesquisa e obriga participação dos respectivos comitês de ética e pesquisa.

Por essas razões julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, conferindo, porém, interpretação conforme com o fim de que a produção de embriões humanos *in vitro* ocorra exclusivamente com fins reprodutivos e que os excedentes sejam designados, com exclusividade, para pesquisas com caráter terapêutico; que, considerando os potenciais conflitos de interesses decorrentes da composição dos comitês de ética e pesquisa, se acentue perante a comunidade jurídica a responsabilidade penal dos membros dos referidos comitês e da própria Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, nos termos do art. 319 do Código Penal; e, por fim, a indispensável submissão das atividades de pesquisa discutidas nos autos a outros órgãos de controle e fiscalização estatal (v.g. Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde e Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

O ministro Marco Aurélio, a seu turno, após transcrição dos dispositivos legais questionados fez realce das exigências neles contidas para a efetiva realização da pesquisa e da terapia. Questionou se mesmo com essas exigências seria possível cogitar da inconstitucionalidade do normativo. Lembrou que a referida lei foi aprovada por 96% dos Senadores e 85% dos deputados, o que sinaliza razoabilidade da legislação.

Apontou que, ademais, boa parte dos embriões produzidos "jamais virão a se desenvolver, jamais se transformarão em feto, jamais desaguarão no nascimento", isso, justamente pela necessária produção a maior com o fim de manter banco próprio para eventuais insucessos na inseminação. Anotou que sob enfoque biológico o início da vida pressupõe, além da fecundação do óvulo a insubstituível gestação humana.

Assentando que a Constituição Federal tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, registra que a legislação questionada pretende "acima de tudo, avançar no campo científico para preservar esse fundamento, para devolver às pessoas acometidas de enfermidades ou às vítimas de acidentes uma vida útil razoavelmente satisfatória." De outro lado, eventual declaração de inconstitucionalidade é que, no dizer do ministro Marco Aurélio, teria o condão de prejudicar aqueles que não têm condições de buscar alternativamente outro tratamento necessário. É preciso manter a esperança, asseverou. Esperança "sem a qual a vida do homem torna-se inócua." São essas as razões pelas quais acompanhou o ministro relator e julgou improcedente o pedido.

O ministro Celso de Mello, registrando a importância do julgamento em questão, lembrou eu o direito é fato valor e norma, e que, portanto, alterado, radicalmente, o fato, a norma não pode deixar de sofrer alteração à luz dos valores." Argumentou largamente no sentido de afastar qualquer critério de índole confessional na decisão a ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal no caso em questão.

Após refletir sobre as questões atinentes ao início da vida humana e apresentar as principais correntes de pensamento a esse respeito, concluiu que, não havendo consenso sobre o tema, é dado ao intérprete acolher aquela concepção que melhor se ajuste "ao interesse público, que atenda as exigências sociais de desenvolvimento da pesquisa científica e que promova o bem-estar da coletividade, objetivando-se, com tal orientação, conferir sentido real ao princípio da dignidade da pessoa humana".

No que concerne ao embrião congelado, o ministro Celso de Mello refutou tratar-se de uma pessoa ou mesmo de um ser humano potencial. Não por outra razão é que não vislumbrou "paridade ontológica, no plano normativo, entre o embrião e a pessoa nascida." Nesse contexto, alertou que mesmo o direito à vida admite ponderações de diversas ordens, notadamente, como no presente, em face da aspiração de "milhões de pessoas afetadas por patologias graves e irreversíveis, cuja superação pode ser conseguida com a liberação (...) das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias. Registrou, inclusive, que foram várias a tentativas de, no decorrer do processo constituinte, incluir a proteção da vida desde a concepção; nenhuma delas foi acolhida. São essas, de modo geral, as razões pelas quais acompanhou integralmente o ministro relator no sentido de julgar improcedente a ação direta.

O ministro Gilmar Mendes, então Presidente e último a votar, argumentando pela importância do julgamento em questão, que fica demonstrado que a Corte pode ser considerada "uma Casa do povo, tal qual o parlamento", visto que diversos anseios

sociais e os pluralismos político, religioso e social encontram guarida. Reitera a máxima de Robert Alexy no sentido que as Cortes Constitucionais representam o povo argumentativamente. Trazendo ao enfoque, portanto, a legitimidade da decisão a ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal na ocasião.

Destaca a importância, para julgamento do caso, do chamado princípio da responsabilidade, a partir do qual se deve considerar que diante de novas tecnologias os resultados se afiguram imprevisíveis e ameaçam, no limite, a própria existência humana. A partir desse princípio é que se deve regular os avanços tecnológicos e científicos.

Questionou, portanto, se a lei em questão regula, com a prudência devida, o tema das pesquisas com células-tronco embrionárias. Propôs a análise a partir do princípio da proporcionalidade e demonstrou perplexidade – em comparação com outros países – com a falta de regulamentação de um tema tão sério, relegada a um único artigo de lei. Razão pela qual conclui que a lei é deficiente na regulamentação.

Por esse motivo é que propôs uma interpretação do artigo 5º da Lei n.º 11.105/2005, com efeitos aditivos. Considera que a lei deixa de instituir imprescindível Comitê Central de Ética, a ser adequadamente regulado; do mesmo modo, deixa de prever a chamada cláusula de subsidiariedade, a partir da qual as pesquisas com embriões humanos só estão autorizadas nas hipóteses em que outros métodos científicos não se demonstrem aptos ao mesmo fim.

Ocorre que, bem asseverou o ministro Gilmar Mendes, a pura e simples pronúncia de inconstitucionalidade do normativo causaria um vácuo normativo a promover uma situação pior que a que se observava na ocasião do julgamento. Nesse sentido, ponderou, "a técnica da interpretação conforme a Constituição pode oferecer uma alternativa viável." Votou, portanto, após larga justificativa nesse sentido, pela improcedência da ação, declarando-se a constitucionalidade do artigo 5º, seus incisos e parágrafos, todos da Lei n. 11.105/2005, "desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde."

6.4.4 Ementa do julgado

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIATOTALDAAÇÃO.I-OCONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradiças em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofias espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapreço pelo

embrião "in vitro", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estádio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção

pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello). V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a

processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição. VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia). VIII - SUFICIÊNCIA DAS

> CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas. IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente. (Dj 28/5/2010)

6.4.5 Conclusões

A questão posta nos autos da ADI 3.510 é carregada de severo desacordo moral. Isso, pois a verificação de constitucionalidade do artigo 5º da Lei n.º 11.105/2005 pressupõe a validação constitucional das pesquisas científicas mediante a destruição de embriões humanos para deles retirar células-tronco embrionárias. O referido questionamento constitucional, tratado eventualmente com o tom da simplicidade e obviedade, é, antes disso, altamente complexo. E não por outra razão é que se colhe exemplos de países de destaque no mundo Ocidental, tais como a Alemanha, a Itália, a Áustria e a Polônia, que não permitem as referidas pesquisas.

De toda sorte, para a solução da controvérsia, é estabelecer quais normativos devem ser utilizados pela Corte para definir a constitucionalidade da legislação questionada. Temos que são duas as principais disposições a balizar a análise das pesquisas das células-tronco embrionárias. Primeiramente, o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal a estabelecer a "inviolabilidade do direito à vida". Em complemento a essa determinação constitucional, está o artigo 4º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica,

que declara que toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida, bem como que esse "direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção."

A vida, portanto, recebe proteção constitucional e supralegal (tratado de direitos humanos) desde o momento da concepção. Essa afirmativa parece não carregar maiores dúvidas, pois decorre da literalidade dos dispositivos normativos a serem observados e respeitados por todos, inclusive pela comunidade científica. Assim é que a controvérsia ver a ser enquadrada a partir do questionamento concernente à possibilidade de se considerar como "concepção" para fins reprodutivos o manuseio científico (*in vitro*) que executa, fora do corpo da mulher, a fecundação do óvulo feminino com o espermatozoide masculino. E, em sendo positiva a resposta, evidentemente estaremos em um caso de flagrante inconstitucionalidade por violação ao direito à vida.

Com a finalidade de responder a esse questionamento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em 28.11.2012 – posterior ao acórdão ora comentado, portanto –, sentenciou o chamado "Caso Artavia", ocasião em que promoveu considerável e salutar esforço para compor as vias de entendimento científico que debateram o conceito de "concepção". Vamos, portanto, recorrer a essas duas vias de entendimento científico para cogitar sobre a adequação constitucional do acórdão proferido na ADI 3.510.

Para tanto, afirmou que a primeira corrente defende o entendimento de que ocorre a concepção no momento de encontro (fecundação) do óvulo pelo espermatozoide; e isso, pois desse encontro (fecundação) se gera a criação de uma nova célula que consubstancia um organismo vivo novo e distinto dos dois que lhe deram causa; sob essa primeira corrente, seria inconstitucional as pesquisas com células-tronco embrionárias haja vista que seu procedimento pressupõe o destruimento desse organismo vivo novo já concedido, por assim dizer, violando o direito à vida.

A segunda corrente, relatou a CIDH, defende o entendimento de que a "concepção" ocorre apenas no momento em que aquele óvulo fecundado é implantado no útero, pois é apenas nesse momento que se viabiliza que a nova célula se conecte com o sistema circulatório materno, que lhe concederá todos os nutrientes e o que mais for necessário ao seu pleno desenvolvimento; sob essa segunda corrente, seriam constitucionais as pesquisas com células-tronco embrionárias, pois se a concepção só ocorre com a implantação do embrião no ventre materno, certo é que o que é destruído para fins científicos ainda não é vida.

Destaca-se que as duas posições noticiadas pela CIDH vieram acompanhadas, cada uma delas, de ao menos uma dúzia de artigos científicos publicados em revistas dos mais altos extratos acadêmicos situados nos Estados Unidos e na Europa. O que demonstra, portanto, que permanece, sob perspectiva científica, ambíguo e sem definição o conceito de "concepção" para adequada definição da constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2005.

Disso decorre que temos como fato cientificamente incontroverso que, quando no útero feminino, a concepção já se perfectibilizou. Não se sabe se ocorre ali, naquele exato instante intrauterino, ou antes, quando da formação da nova célula. Mas é fato que já se tem a concepção para os fins de proteção constitucional.

A dúvida, portanto, e inclusive sob enfoque científico, permanece em relação à fecundação do óvulo *in vitro*, antes da sua implantação no ventre feminino. E é essa incerteza que deve ser tratada pelo Direito. Daí que, se mesmo cientificamente se verifica uma razoável possibilidade de que se tenha a concepção já desde o momento em que se fecunda o óvulo feminino com o espermatozoide masculino, mesmo que fora do corpo da mulher, é imperativo que se adote a interpretação que lhe ofereça o devido respaldo constitucional.

A própria lógica do nosso sistema de direitos fundamentais, expansiva por expressa disposição constitucional (art. 5º, § 2º, Constituição Federal) e protetiva dos direitos fundamentais, no geral, e do direito à vida, no particular, nos impõe a leitura de que, na possibilidade de concepção no momento da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, devemos estender a esse novo organismo – diferente dos dois (feminino e masculino) que a ele deram causa – a proteção constitucional do direito à vida, nos termos do caput do art. 5º da Constituição Federal, e do art. 4º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica.

Entendemos, assim, pela inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/20005, por violar o direito à vida. Por fim, nem se diga que essa declaração de inconstitucionalidade teria o condão de prejudicar o avanço científico que certamente decorrerá dessas pesquisas com células-tronco embrionárias, e isso porque é reconhecida a possibilidade que execução dessas pesquisas sem a necessidade de destruição dos embriões; possibilidade, inclusive, anotada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 3.510. Que avance a ciência todos queremos. Mas que o faça dentro de seus limites éticos, morais e, especialmente, constitucionais.

6.5 Tema 11. O princípio da razoabilidade na Corte Ayres Britto. Paradigma: ADI 4.578 (ficha limpa)

6.5.1 Colocação do tema em análise

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) e na qual requer a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º, inciso I, alínea "m" da Lei Complementar nº 64/1990, inserido que foi pela Lei Complementar nº 135/2010. O dispositivo questionado possui a seguinte redação:

> **Lei complementar nº 64/1990, art. 1º**. São inelegíveis: **I** - para qualquer cargo: (...) **m**) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário;

Argumentou a referida Confederação que o dispositivo questionado confere aos conselhos profissionais competência em matéria eleitoral, o que acarreta violação formal à Constituição. Argumenta, ainda, violação ao princípio da razoabilidade por conta da equiparação de decisões administrativas de conselhos profissionais a decisões do Poder Judiciário para fins de imposição de inelegibilidades.

A Presidência da República, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados se manifestaram, todos, pela constitucionalidade do dispositivo impugnado. A Advocacia-Geral da União opinou pelo não conhecimento da ação direta (inépcia da inicial) e, no mérito, pela improcedência do pedido. A Procuradoria-Geral da República emitiu parecer pela improcedência do pedido.

A ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.578 foi posta para julgamento conjunto com as ações declaratórias de constitucionalidade nº 29, proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), e nº 30, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Esse julgamento conjunto das três ações acabou ampliando em grande escala o enfoque do julgamento que, ao final, acabou por se debruçar – ainda que de forma ampla e sem descer à minúcias – sobre a lei complementar como um todo, analisando, assim, a nova estrutura jurídica por ela instituída, notadamente: i) as novas hipóteses de inelegibilidades; ii) a dispensa do trânsito em julgado como marco de contagem de prazo da inelegibilidade; iii) o aumento do prazo da inelegibilidade de

03 (três) para 08 (oito) anos; e, segundo interpretação dada pela Corte na ocasião, iv) a aplicação das novas regras de forma retroativa.

Assim, nas duas ações declaratórias se postulou a declaração de constitucionalidade da totalidade do texto normativo contido na Lei Complementar nº 135/2010, que alterou a Lei Complementar n.º 64/90, e, também em ambos, com foco na aplicabilidade dos casos de inelegibilidade a fatos ocorridos anteriormente à sua edição. A Procuradoria-Geral da República emitiu parecer pela procedência das duas ações declaratórias de constitucionalidade.

A discussão constitucional gravitou em torno de, basicamente, três temas: i) princípio da presunção de não culpabilidade; ii) princípio da irretroatividade da lei; e iii) princípio da proporcionalidade.

6.5.2 Dispositivos constitucionais em análise

Muito embora a presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, CF) e da irretroatividade da lei (art. 5º, inc. XXXVI, CF) tenham sido de boa relevância para a discussão, o tema das inelegibilidades, notadamente aquele estipulado pelo § 9º do artigo 14 da Constituição Federal, assumiu o centro do debate travado na Corte. Vejamos o texto do referido dispositivo:

> **Constituição Federal, artigo 14.** A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...)
> **§ 9º** Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Ao passo que os parágrafos 4º e 5º do artigo 14 da Constituição Federal trazem hipóteses próprias de inelegibilidades (as chamadas inelegibilidades constitucionais), o parágrafo 9º do mesmo artigo abre possibilidade de que lei complementar estabeleça novas hipóteses (as chamadas inelegibilidades infraconstitucionais) com o objetivo de prestigiar os valores constitucionais descritos no dispositivo: probidade administrativa, moralidade para o exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, proteção das eleições contra o abuso de poder econômico ou de exercício de função, emprego ou cargo na administração direta ou indireta.

No plano comparado temos a Constituição portuguesa que, em seu artigo 50.3, determina que para o acesso a cargos eletivos a lei só pode estabelecer as inelegibilidades necessárias para garantir a liberdade de escolha dos eleitores e a isenção e independência do exercício dos respetivos cargos. A constituição uruguaia traz algumas hipóteses de inelegibilidades em seus artigos 77, 78 e 91, porém nada tão ostensivo e minudente como o caso da legislação brasileira.

Sob a perspectiva internacional se encontra a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que, em seu artigo 23.2 autoriza que a lei regule o exercício dos direitos políticos (notadamente de votar e de ser votado) "exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal."

6.5.3 Posição do Tribunal sobre o tema

O ministro Luiz Fux, sorteado relator para a ação direta de inconstitucional-dade nº 4.578/DF, após análise das preliminares e ingressando no mérito, enquadrou a controvérsia constitucional, considerando o julgamento conjunto das três ações, a partir de três questões, quais sejam: i) se as inelegibilidades introduzidas pela Lei Complementar nº 135/10 poderiam alcançar atos ou fatos ocorridos antes da edição da lei; ii) se seria constitucional a hipótese de inelegibilidade prevista na alínea "m" do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/90; e, enfim, iii) o controle abstrato de constitucionalidade de todas as hipóteses de inelegibilidades trazidas pela Lei Complementar nº 135/2010.

O ministro relator já inicia sua análise de mérito afirmando que a aplicação da LC nº 135/10 a fatos anteriores à sua edição não viola o princípio da irretroatividade das leis. Fundamenta fazendo uma distinção entre retroatividade autêntica, vedada, e retroatividade inautêntica (ou retrospectividade), autorizada pela Constituição Federal, pois esta última seria uma simples atribuição de novos efeitos jurídicos a fatos ocorridos anteriormente.

Também não seria possível defender a existência de um suposto direito adquirido a candidatar-se; não havendo, portanto, que se cogitar de violação ao inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição.

Passa, então, o ministro relator, a argumentar pela razoabilidade e a proporcionalidade da lei em questão. Nessa direção questiona e responde: "é *razoável* a expectativa de candidatura de um indivíduo já condenado por decisão colegiada? A resposta há de

ser **negativa**." Lembra que a Lei Complementar nº 135/10, apresenta hipóteses que configuram condutas e fatos que carregam "altíssima carga de reprovabilidade social", de forma que, estando em conformidade com o juízo social, devem ser contempladas como razoáveis as referidas hipóteses. Por outro lado, a legislação em análise também se afigura proporcional, pois todas as hipóteses de inelegibilidade "passam no conhecido triplo teste de *adequação, necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*."

Afasta, igualmente, suposta violação ao princípio da presunção de inocência e, nesse sentido, propõe uma releitura desse postulado na esfera eleitoral, notadamente no que toca às inelegibilidades. Nesse contexto, pondera: "a presunção de inocência, sempre tida como absoluta, pode e deve ser relativizada para fins eleitorais ante requisitos qualificados como os exigidos pela Lei Complementar nº 135/10."

De modo a viabilizar essa releitura da presunção de inocência no âmbito eleitoral o ministro relator recorre à "voz das ruas". Nesse sentido, afirma que "é de meridiana clareza que as cobranças da sociedade civil de ética no manejo da coisa pública se acentuaram gravemente." Reflete sobre a "crescente e disseminada" crítica que promove a sociedade civil "à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades."

Por essas razões é que se mostra necessária uma readequação da interpretação constitucional, vale dizer: "ou bem se realinha a interpretação da presunção de inocência, ao menos em termos de Direito Eleitoral, com o estado espiritual do povo brasileiro, ou se desacredita a Constituição." Não por outra razão é que afirma que "a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular." Afasta, nesse mesmo ponto, a eventual utilização do inciso LVII do artigo 5º da Constituição como obstáculo à imposição de inelegibilidades a indivíduos condenados criminalmente por decisões sem trânsito em julgado, pois isso "esvaziaria sobremaneira o art. 14, § 9º, da Constituição Federal".

Por fim, considera que a lei em questão é fruto de "**ponderação efetuada pelo próprio legislador**", que possui posição de primazia na interpretação da Constituição. Lembrou, nessa direção, o chamado princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

No dispositivo do voto, propôs interpretação específica a determinados dispositivos da Lei Complementar nº 135/2010, o que fez nos termos a seguir:

> Diante de todo o acima exposto, conheço integralmente dos pedidos

formulados na ADI 4578 e na ADC 29 e conheço em parte do pedido deduzido na ADC 30, para votar no sentido da improcedência do pedido na ADI 4578 e da procedência parcial do pedido na ADC 29 e na ADC 30, de modo a:
a) declarar a constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas "c", "d", "f", "g", "h", "j", "k", "m", "n", "o", "p" e "q" do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90, introduzidas pela Lei Complementar nº 135/10; e
b) declarar parcialmente inconstitucional, sem redução de texto, o art. 1º, I, alíneas "e" e "l", da Lei Complementar nº 64/90, com redação conferida pela Lei Complementar nº 135/10, para, em interpretação conforme a Constituição, admitir a dedução, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado.
É como voto.

O ministro Joaquim Barbosa, menos de um mês após pedido de vista, trouxe ao plenário voto no qual enquadrou a questão a partir da leitura do § 9º do artigo 14 da Constituição Federal. Dispositivo que, "numa clareza incomum", determina ao Congresso Nacional a propositura de lei complementar a estabelecer hipóteses de inelegibilidade. Determinação essa que, na leitura do ministro, foi adequadamente atendida pela LC nº 64/1990 e, posteriormente, aprimorada com a LC nº 135/2010. Aprimoramento necessário "para fazer frente às mais sofisticadas formas de corrupção que vêm sendo forjadas nos últimos anos pelos homens públicos brasileiros."

Destacou que a lei em questão é fruto de um "raro momento de efetiva mobilização" da sociedade brasileira e que eventual entendimento pela inconstitucionalidade da lei em questão seria consequência de uma "interpretação limitada" do texto constitucional a privilegiar ocupantes de cargos eletivos (minoria) em prejuízo da sociedade (maioria), que anseia por padrões morais mais elevados na gestão da coisa pública.

Sobre os postulados da irretroatividade da lei e da presunção de inocência destacou que inelegibilidade não é pena. É, antes, um acervo de critérios objetivos e razoáveis que traduzem um sentimento social. Assim é que, "por não serem penas, às hipóteses de inelegibilidade não se aplica o princípio da irretroatividade da lei e, de maneira mais específica, o princípio da não presunção de inocência." Na leitura do ministro Joaquim Barbosa a jurisdição constitucional não se presta a mesclar princípio de diferentes searas do Direito, mas, antes, se presta – uma entre tantas metas – a extirpar as mazelas sócio-políticas que afligem o país.

Votou, portanto, pela procedência integral das ações declaratórias, inclusive no que toca à alínea "k", haja vista que a intenção (*voluntas legis*) do referido dispositivo é a de evitar manobras tendentes a assegurar uma possível impunidade em âmbito legislativo, dando "concretude à opção constitucional pela avaliação de vida pregressa".

O ministro Dias Toffoli, a seu turno, iniciou o voto lembrando que o tema sob análise refletia um "momento de relevante mobilização social" e cujo resultado certamente teria "profundas implicações para o anseio social". Alertou, contudo, que as dificuldades e percalços do sistema político representativo não podem ser reparadas por movimentos de salvação nacional tendentes ao "amesquinhamento de garantias constitucionais". O papel da Corte, portanto, é contramajoritário.

Estabeleceu como premissa do raciocínio o reconhecimento do direito subjetivo do cidadão a participar das eleições não só como eleitor mas como candidato e, nesse contexto, verificou a necessidade de incidência ao caso do postulado da presunção de inocência, pois "a prevalência usual e saudável do interesse coletivo sobre o individual não pode resultar na nulificação do segundo". Assim, o princípio da presunção de inocência afasta a incidência de atos sancionadores (administrativos ou judiciais) antes da conclusão do respectivo processo, daí que esse princípio deve incidir sobre as clausulas de inelegibilidade previstas na legislação infraconstitucional. Não se pode presumir a culpabilidade e negar acesso do cidadão ao pleito eleitoral.

Sobre a inelegibilidade decorrente de exclusão do exercício da profissão, afirmou que o "**uso político dos conselhos de classe** nos respectivos julgamentos dos pares, trata-se de **opção do legislador** que não desabona, a meu ver, nenhum preceito constitucional". Nada obstante, ressalta que tal dispositivo deve ser lido sob o prisma da presunção de inocência. Do mesmo modo é constitucional a cláusula que trata da apreciação de contas por órgão de controle, "já que no dispositivo há **menção expressa à definitividade do julgado administrativo**."

Sobre a inelegibilidade decorrente de renúncia ou exoneração voluntário, entendeu pela sua constitucionalidade tendo em conta tratar-se de fatos sob os quais não incide o inciso LVII do artigo 5º da Constituição. Sobre a inelegibilidade decorrente de condenação decorrente de desfazimento ou simulação do vínculo conjugal, afirmou inadequada a invenção "de uma causa e inelegibilidade a partir de uma **condenação** (**não se sabe ao certo de que e em que área do Direito, se cível ou penal**) por tentativa de fraude à lei por divórcio praticado com fins eleitorais."

No que diz com a aplicação de novas causas e prazos a fatos ocorridos antes da Lei da Ficha Limpa (LC nº 135/2010), o ministro Dias Toffoli afirmou tratar-se de mera alteração de prazos, sem que isso implique ofensa ao texto constitucional. Nesse sentido, questionou de modo retórico: "Ora, se a lei inovar e criar novas hipóteses de inelegibilidade, por que não poderia ela ampliar ou tornar mais rigorosa causas de inelegibilidades já existentes?"

Com base nesses fundamentos, votou da seguinte forma:

> 1) pela procedência parcial do pedido formulado na ADI 4.578, tão somente para conferir interpretação conforme à alínea m do art. 1º, esclarecendo que a causa de inelegibilidade somente incide após a condenação definitiva no âmbito administrativo, de forma que o prazo de inelegibilidade somente começa a contar a partir da decisão administrativa final;
> 2) pela procedência do pedido da ADC 29, para declarar a constitucionalidade da aplicação da Lei Complementar nº 135/10 a atos e fatos jurídicos que tenham ocorrido antes do advento do referido diploma legal;
> 3) pelo conhecimento parcial da ADC 30, julgando, quanto à parte de que conheço, o pedido parcialmente procedente, para:
> a) declarar a constitucionalidade do art. 1º, alíneas c, f, k, e seus §§ 4º e 5º;
> b) conferir interpretação conforme à expressão "aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição" contida na parte final da alínea g do art. 1º, para esclarecer que os Chefes do Poder Executivo, ainda quando atuam como ordenadores de despesas, submetem-se aos termos do inciso I do art. 71 da Carta Federal;
> c) conferir interpretação conforme às alíneas m e o do art. 1º para esclarecer que a causa de inelegibilidade somente incide após a condenação definitiva no âmbito administrativo, de forma que o prazo de inelegibilidade começa a contar a partir da decisão administrativa definitiva;
> d) conferir interpretação conforme à alínea q do art. 1º, para que (i) a expressão "por decisão sancionatória" pressuponha decisão administrativa definitiva e (ii) o termo "sentença" seja interpretado como decisão judicial transitada em julgado, na forma do art. 95, I, da Lei Fundamental;
> e) declarar a inconstitucionalidade da alínea n do art. 1º;
> f) declarar a inconstitucionalidade da expressão "ou proferida por órgão colegiado" contida nas alíneas d, e, h e l do art. 1º;
> g) declarar a inconstitucionalidade da expressão "ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral" contida nas alíneas j e p do art. 1º;
> h) declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, (i) do art.

> 15, caput; (ii) da expressão "independentemente da apresentação de recurso" contida no parágrafo único do art. 15; (iii) dos arts. 26-A e 26-C, caput e §§ 1º, 2º e 3º, todos da Lei Complementar nº 64/90, com as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 135/2010; e (iv) do art. 3º da Lei Complementar nº 135/10.
> É como voto.

A ministra Rosa Weber, convergindo com o relator, afirmou que a LC 135/2010 consubstancia atividade legislativa que atende ao comando constitucional contido no § 9º do artigo 14 da Constituição Federal. Apontando para o fato constitucional de que todo poder emana do povo (artigo 1º, parágrafo único, Constituição Federal), afirmou que os Poderes instituídos devem dar ressonância às "legítimas expectativas da sociedade." Não deve a Corte, portanto, ao analisar a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, desconsiderar o "esforço hercúleo da população brasileira em trazer para a seara política uma norma de eminente caráter moralizador"; lei "gestada no ventre moralizante da sociedade brasileira", no dizer da ministra.

Trazendo para o centro da análise o princípio da proporcionalidade – e citando, para tanto, a doutrina de Ingo Sarlet –, afirma que a incidência do princípio da presunção de não culpabilidade em âmbito eleitoral deve ocorrer admitindo-se mitigações, desde que razoáveis e proporcionais. E isso, pois, se no próprio processo penal são admitidas essas mitigações (v.g. prisão provisória), não poderia ser diferente no direito eleitoral.

Avançando, estabelece algumas premissas de análise da presunção de inocência ao caso, quais sejam:

> **i)** o princípio da presunção de inocência esté relacionado com a questão probatória, **ii)** o princípio da presunção de inocência também impede a imposição de restrições aos direitos do processado antes de um julgamento, mas não tem nessa vertente caráter absoluto, sendo elas admitidas desde que necessárias, **iii)** o princípio da presunção de inocência não é universalmente compreendido como perdurando até o trânsito em julgado, antes, na tradição de países que constituem o seu próprio berço histórico, perde força após um primeiro julgamento, ainda que não definitivo e **iv)** o princípio da presunção de inocência é pertinente ao Processo Penal.

Diante dessas premissas, conclui a ministra Rosa Weber que as hipóteses de inelegibilidade trazidas pela legislação em questão mostram-se "de todo razoável", notadamente por decorrerem, no geral, de julgamento de órgãos colegiados que oferecem "maior segurança quanto à correção da decisão." A esse propósito, novamente recorre

a doutrina de Ingo Sarlet para demonstrar a legitimidade constitucional das hipóteses de inelegibilidade trazidas pela Lei da Ficha Limpa, pois, no seu entender, atendem o triplo teste da proporcionalidade (necessidade, adequação, proporcionalidade em sentido estrito).

Votou, portanto, pela improcedência da ação direta.

A ministra Cármen Lúcia, do mesmo modo acompanhando o relator, partiu da premissa de que inelegibilidade não é pena, mas apenas uma condição interdita para o exercício de determinado desempenho no panorama político-eleitoral. Assim, portanto, não sendo pena, não há como cogitar que a aplicação da Lei Complementar 135/2010 venha a desobedecer o "princípio constitucional da presunção de não culpabilidade penal".

Lembrou, a esse respeito, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (Consulta nº 11.173, de 31/05/1990) na qual se definiu que a então nova lei de inelegibilidades (Lei Complementar n.º 64) teria aplicação imediata aos registros de candidatos do pleito eleitoral daquele mesmo ano. Entendimento ao final mantido pelo Supremo Tribunal Federal (RE nº 129.392) sob o argumento de que a previsão de novas hipóteses de inelegibilidade configura aperfeiçoamento do processo eleitoral, e não sua alteração. Justamente daí a conclusão de que a lei "que traga aperfeiçoamentos ao processo eleitoral, como foi o caso da Lei Complementar 64, de 1990, e da Lei 11.300, de 2006, mesmo tendo sido promulgada em ano eleitoral, não se sujeita à vacatio legis do art. 16 da Constituição." Conclusão essa que, por decorrência lógica, também se aplica a questionada Lei Complementar 135/2010.

No que diz com a análise do caso por intermédio dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, afirmou a ministra Cármen Lúcia que, ao se questionar sobre possível "uso arrazoado, abusivo ou degenerado do poder de legislar quando da criação de causas de inelegibilidade fundadas na vida pregressa do candidato", há que se ter em mente que a legislação em comento veio ao encontro da determinação constitucional prevista no § 9º do artigo 14 da Constituição, vale dizer, trata-se de norma que atende a própria força normativa do texto constitucional. Não havendo como se falar, portanto, em qualquer ofensa à razoabilidade.

Por essas razões julgou improcedente a ação direta.

O ministro Ricardo Lewandowski, a seu turno, abriu o voto lembrando que a Lei Complementar nº 135/2010 "buscou proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, bem como a normalidade e a legitimidade

das eleições." Vale dizer, a legislação em comento possui como objetivo a proteção de valores constitucionais condizentes com o próprio regime republicano.

No que toca com a discussão sobre a retroação da referida lei complementar, afirmou o ministro não se tratar de hipótese de retroatividade pois, por ocasião do registro de cada candidatura é preciso que se considere a lei vigente naquele dado momento. No que diz com a eventual ofensa ao postulado da presunção de inocência, na mesma esteira do quanto já afirmado pela ministra Cármen Lúcia, afirmou que as hipóteses de inelegibilidade não têm natureza penal, não configurando sanção.

A partir desses argumentos é que se chega à conclusão de que "as causas de inelegibilidade, enquanto normas de ordem pública, aplicam-se a todos indistintamente, contemplando, inclusive, situações jurídicas anteriores à publicação da LC 135/2010" Em se tratando de interesse público, pontuou o ministro, é necessário que este se sobreponha aos interesses exclusivamente privados.

Sob o aspecto da razoabilidade e da proporcionalidade, concluiu que a LC 135/2010, ao atender a vetores constitucionais, notadamente o quanto determinado pelo § 9º do artigo 14 da Constituição, definiu novas hipóteses de inelegibilidade mediante critérios razoáveis e objetivos. Nesse mesmo tom, lembrou se tratar de uma opção legislativa de iniciativa popular que, sem qualquer ressalva do Poder Executivo, foi aprovada por ampla maioria nas duas casas do Congresso Nacional. Desse modo, "não seria lícito ao julgador aplicar, de forma discricionária, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade para restringir o âmbito de incidência da norma". Arrematou afirmando não haver, na lei em questão, qualquer critério que possa ser tido por desproporcional.

Votou, portanto, pela improcedência da ação direta.

Na sequência, o ministro Ayres Britto, lembrando a nossa tradição de desrespeito ao erário, apontou três como os valores universalmente aceitos e consagrados nas democracias maduras e culturalmente evoluídas: a democracia, o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a moralidade da vida pública. Nesse ponto, argumentou que cada povo dá a formatação jurídica específica para esses valores, pois isso ocorre em sintonia com a sua própria história e cultura. Desse modo é que, ponderou, no Brasil "a Constituição tinha que ser mais dura na formatação do combate à imoralidade e à improbidade, porque nossa história não é boa".

Lembrou, igualmente, que as matérias controversas sobre a compatibilidade constitucional da lei foram debatidas não só em sua própria votação, mas debatidas também já na própria Constituinte. Vale dizer: temas como retroação da lei e presunção

de inocência foram amplamente debatidos no âmbito político-parlamentar. A esse propósito, pontuou, sobre a presunção de inocência, que sua circunscrição à esfera penal foi expressamente discutida e acatada nos debates constituintes, não havendo que pretender sua ampliação para questões atinentes à matérias políticas.

Por essas razões, concluiu: "para sair da condição singela de gente para a condição muito mais qualificada de agente, a face visível do poder, a encarnação do Estado, é preciso muito maior qualificação. E é essa razão de ser da ficha limpa, bebendo de boa fonte, de fonte límpida, que é o § 9º, do artigo 14 da Constituição." Votou, portanto, acompanhando o voto do ministro Joaquim Barbosa, haja vista que o voto do ministro relator trouxe restrição pontual (interpretação conforme) e, para o ministro Ayres Britto "a lei é constitucional às inteiras, de ponta a ponta."

O ministro Gilmar Mendes organizou seu voto a partir dos principais argumentos apontados pelos requerentes da ação direta nº 4.578, bem como aqueles ventilados por ocasião das ações declaratórias de constitucionalidade nº 29 e nº 30, quais sejam: possível violação aos princípios da irretroatividade da lei, da presunção de não culpabilidade e da proporcionalidade.

Sobre a irretroatividade da lei, afirma que ao estabelecer como causa de inelegibilidade a condenação por improbidade administrativa – no caso da alínea "l" do inciso I –, a LC n. 135/2010 assume caráter retroativo e incide sobre uma garantia já assegurada aos cidadãos antes mesmo de seu próprio advento. Do mesmo modo, a lei não pode incidir sobre casos de renúncias ocorridas antes de sua entrada em vigor, pois isso seria admitir uma norma *ad hoc*, com destinatários previamente escolhidos. Lembrou, a esse propósito, a jurisprudência da Corte, notadamente os casos Joaquim Roriz e Jader Barbalho, ocasiões em que foi afastada a aplicação retroativa de lei eleitoral.

Sobre a presunção de inocência, afirmou o ministro Gilmar Mendes que sua negação "mergulha raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático". Negou a tese de que a presunção de inocência se esvaziaria progressivamente na medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Defendeu a projeção dessa garantia para além dos campos do direito penal e processual penal. Argumentou que a virtude democrática da jurisdição constitucional reside justamente no seu potencial contramajoritário; criticou, portanto, o argumento apresentado por outros ministros no sentido de que a interpretação do Supremo Tribunal Federal deveria acompanhar "o estado espiritual do povo brasileiro" (min. Luiz Fux). Não cabe ao Tribunal relativizar princípios constitucionais visando atender anseio popular, concluiu.

Sobre o princípio da proporcionalidade, especialmente com enfoque nas alíneas "e" e "l", defendeu a desproporção e irrazoabilidade dos prazos de inelegibilidades que, em casos concretos, poderiam alcançar e talvez ultrapassar os 20 (vinte) anos, hipótese a constatar "uma **patente violação ao princípio da proporcionalidade**". Princípio esse que, no dizer do ministro Gilmar Mendes, constitui critério de aferição da constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais. Sobre essa questão pontuou, ainda, que:

> A Lei de Improbidade Administrativa – a Lei 8.429/1992 – prevê, em seu art. 12, pena de suspensão de direitos políticos que pode chegar, no máximo, a 10 anos.
> Na medida em que a Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010) possibilitou que a inelegibilidade possa chegar a prazos de mais de 20 anos – mais que o dobro fixado na Lei 8.429/1992 –, ela entra em confronto claro com o regime de responsabilização político-administrativa estabelecido na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992).
> Mas não só isso, ela viola claramente o postulado da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que fixa a medida por ela prevista é extremamente invasiva dos direitos políticos do cidadão, sem qualquer proporção em relação ao fim almejado.
> Há, aqui, uma evidente relação de desproporção entre a medida legislativa adotada e o objetivo a ser alcançado.
> Não se pode negar que a previsão de prazos de inelegibilidade que podem superar os 20 anos tem o condão de praticamente retirar um cidadão da vida política, dependendo do caso.
> A medida adotada pela Lei da Ficha Limpa pode, inclusive, aniquilar carreiras políticas, tamanha a desproporçãoo com que fixou o prazo da inelegibilidade.
> (...)
> Perceba-se, portanto, que a Lei da Ficha Limpa adota medidas que restringem direitos políticos dos cidadçãos condenados por improbidade administrativa de forma muito mais rigorosa do que a própria legislação penal, a qual, para os crimes contra a administração pública, prevê penas de no máximo 12 anos.
> Parece evidente, nesse sentido, a sanha do legislador ao tentar retirar da vida política cidadãos condenados apenas em segunda instância em ação de improbidade administrativa.
> Não vejo como não reconhecer a violação ao princípio da proporcionalidade (...)

Votou, portanto, pela procedência integral da ação direta e pela improcedência da ação declaratória n.29.

O ministro Marco Aurélio, a seu turno, aponta que seu raciocínio há de decorrer do "bom-senso, da ordem natural das coisas, da razoabilidade, da proporcionalidade". De

modo geral, o ministro entender que a estipulação de novas causas de inelegibilidade, assim mesmo como a alteração dos prazos pelos quais essa inelegibilidade se mantém, estão dentro da esfera de legítima opção político-normativa. Fez ponderações específicas sobre cada alínea do inciso I do artigo 1º da LC n. 135/2010 e, em cada uma delas, reiterou tratar-se de opção política válida.

Especificamente sobre o pedido contido na ação declaratória de constitucio-nalidade n. 29 referente a aplicação da lei complementar questionada a atos e fatos jurídicos ocorridos antes de seu advento, o ministro frisou que "paga-se um preço por se viver em um Estado Democrático, esse preço módico" é a irretroatividade da lei. Assim, julgou improcedente o pedido ventilado na ação direta, procedente o pedido apresentado na ação declaratória n. 30 e, sobre o pedido apresentado na ação declaratória n. 29, que chamou de "extravagante" e "consentânea com o fascismo", julgou improcedente o pedido de que fosse tido por constitucional o alcance da lei a fatos e atos anteriores ao seu advento.

O ministro Cezar Peluso, então Presidente e último a votar, antecipando entendimento pela improcedência do pedido na ação declaratória n. 29 (retroatividade da lei complementar n. 135), pontuou não se tratar de lei de caráter geral, mas de lei destinada a apanhar pessoas certar tendo em vista que basta "só percorrer os registros de decisões, ou de todas as hipóteses que estão na lei, para se ter identificado o conjunto das pessoas alcançadas pelos efeitos nocivos" da norma em questão.

Sobre a presunção de inocência, argumentou que não importa se as medidas gravosas são ou não de natureza criminal, pois, o que "se quer preservar, com o princípio, é a condição do réu de, enquanto não for julgado, não ser tratado como o era antes (...) isto é, como **coisa**". Daí a conclusão de que nenhuma medida restritiva pode ser imposta àquele que ainda não é definitivamente condenado.

Assim, por maioria, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela plena constitucionalidade da Lei Complementar n. 135/2010.

6.5.4 Ementa do julgado

> EMENTA: AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA

À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO. 1. A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar nº 135/10 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula rebus sic stantibus) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito). 2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional. 3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal. 4. Não é violado pela Lei Complementar nº 135/10 o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral. 5. O direito político passivo (ius honorum) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, in casu, não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto

se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político. 6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar nº 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido munus publico. 7. O exercício do ius honorum (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar nº 135/10, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares. 8. A Lei Complementar nº 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas. 9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante do art. 14, § 9.º, da Constituição Federal. 10. O abuso de direito à renúncia é gerador de inelegibilidade dos detentores de mandato eletivo que renunciarem aos seus cargos, posto hipótese em perfeita compatibilidade com a repressão, constante do ordenamento jurídico brasileiro (v.g., o art. 55, § 4º, da Constituição Federal e o art. 187 do Código Civil), ao exercício de direito em manifesta transposição dos limites da boa-fé. 11. A inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, e não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (ius honorum), mas também ao direito de voto (ius sufragii). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos. 12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado. 13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas "c", "d", "f", "g", "h", "j", "m", "n", "o", "p" e "q" do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90, introduzidas pela Lei

> Complementar nº 135/10, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado. 14. Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes (repercussão geral).

6.5.5 Conclusões

A maioria de apenas 07 (sete) votos contra 04 (quatro) demonstra a falta de consenso na Corte e, ao mesmo tempo, sugere a complexidade do tema, especialmente por ser atravessado por argumentos extrajurídicos. Maioria essa que, a nosso sentir, andou mal, pois são intransponíveis os obstáculos constitucionais do princípio da presunção de não culpabilidade (artigo 5º, LVII) e da irretroatividade da lei (artigo 5º, incisos II, XXXVI e XXXIX).

A incidência do princípio presunção constitucional de inocência em temas de direito político – notadamente sobre o regramento das inelegibilidades –, era já de há muito reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo no regime constitucional anterior, do que serve de exemplo o julgamento do RE n. 99.969/BA (relator ministro Oscar Corrêa, julg. 12/11/1982). No regime constitucional de 1988, por ocasião da ADPF n. 144/DF (relator ministro Celso de Mello, julg. 06/08/2008), também se reconheceu a presunção de inocência como um direito constitucional com alcance dilatado; alcance irrestrito, a bem da verdade. Isso não só por sua raiz constitucional, que o irradia por todas as áreas do direito, mas também por sua expressa previsão nos mais diversos documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário. A conclusão, portanto, inevitável, é a de que o regramento das inelegibilidades deve respeitar esse princípio constitucional. Assim, são inconstitucionais os dispositivos da LC 135/2010 que tornam inelegíveis cidadãos submetidos a condenações ainda pendentes de trânsito em julgado.

A irretroatividade da lei também desautoriza a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal no caso em comento. Utilizemos como o exemplo o caso das renúncias aos mandatos que, a partir da lei complementar em questão, passaram a ser consideradas como causas de inelegibilidade. Como muito bem alertado pelo ministro Gilmar Mendes, ao abarcar casos ocorridos antes de sua entrada em vigor acabou por tornar-se sanção *ad hoc*, vale dizer, sanção estabelecida já com vistas aos

seus destinatários. Inconstitucional, portanto, a interpretação de que a lei pode, em absoluto prejuízo ao destinatário, alcançar fatos passados e já consumados para dar-lhes nova conformação e consequências jurídicas no presente.

Sob a perspectiva internacional é de se ter em conta a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que, em seu artigo 23.2 autoriza que a lei regule o exercício dos direitos políticos (notadamente de votar e de ser votado) "exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal." Desse modo, em se considerando o *status* supralegal desses documentos internacionais, se mostra questionável as previsões da LC 135/2010 que, por exemplo, estabeleceram inelegibilidades decorrentes condenações administrativas dos órgãos de classe.

A conclusão inevitável é no sentido de que o comando constitucional contido § 9º do artigo 14 deve ser executado tendo em conta o respeito à unidade da Constituição. Não pode, sob o argumento de cumprir determinado dispositivo do texto constitucional, desrespeitar e violar outros tantos.

Conclusão

Controlar o Direito é o caminho para controlar a sociedade.[510] Essa advertência de Van Caenegen deve ser recebida com seriedade no estudo da dinâmica institucional abordada na tese. Essa relação de interdependência entre os três Poderes, considerando-se a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal como o eixo central para os fins deste estudo, gera uma série de controvérsias assentadas, no mais das vezes, na chamada dificuldade contramajoritária[511] que sobressai ainda mais quando na tentativa da Corte – em tempos mais recentes – de exercer um papel *iluminista* e de *motor da história.*[512]

---

[510] CAENEGEN, R. C. Van. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 48.

[511] BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. 2 ed., New Haven: Yale University Press, 1986.

[512] "Além do papel representativo, descrito no tópico anterior, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, um papel iluminista. Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia pelo risco democrático que ela representa e para que cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas. Ao longo da história, alguns avanços imprescindíveis tiveram de ser feitos, em nome da razão, contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade majoritária da sociedade. A abolição da escravidão ou a proteção de mulheres, negros, homossexuais, transgêneros e minorias religiosas, por exemplo, nem sempre pôde ser feita adequadamente pelos mecanismos tradicionais de canalização de reinvindicações sociais. A seguir, breve justificativa do emprego do termo *iluminista* no contexto aqui retratado. Iluminismo designa um abrangente movimento filosófico que revolucionou o mundo das ideias ao longo do século XVIII. As *Lumières*, na França, o *Enlightment*, na Inglaterra, o *Illuminismo*, na Itália ou *Aufklarung*, na Alemanha, foi o ponto culminante de um ciclo histórico iniciado com o Renascimento, no século XIV, e que teve como marcos a Reforma Protestante, a formação dos Estados nacionais, a chegada dos europeus à América e a revolução científica. A *razão* passa para o centro do sistema de pensamento, dissociando-se da fé e dos dogmas da teologia cristã. Nesse ambiente, cresce o ideal de conhecimento e de liberdade, com a difusão de valores como a limitação do poder, a tolerância religiosa, a existência de direitos naturais inalienáveis e o emprego do método científico, entre outros. Estava aberto o caminho para as revoluções liberais que viriam logo a diante, e para a democracia, que viria bem mais à frente, já na virada do século XX. Historicamente, portanto, o iluminismo é uma ideia associada à razão humanista, a direitos inalienáveis da condição humana, a tolerância, ao conhecimento científico, à separação entre Estado e religião e ao avanço da história rumo à emancipação intelectual social e moral das pessoas. E nesse sentido que o termo é empregado nesse tópico: o de uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens. Para espancar qualquer maledicência quanto a uma visão autoritária ou aristocrática da vida, Iluminismo, no presente contexto, não guarda qualquer semelhança com uma postura análoga ao *despotismo esclarecido* ou aos *reis filósofos* de Platão. A analogia mais próxima, eventualmente, seria com uma tradição filosófica que vem de Tomás de Aquino, Hegel e Kant de que a história é um fluxo contínuo na direção do bem e do aprimoramento da condição humana. A razão iluminista aqui propagada é a do pluralismo e da tolerância, a que se impõe apenas para derrotar apenas as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos. As intervenções humanitárias que o papel iluminista dos tribunais permite não são para impor valores, mas para assegurar que cada pessoa possa viver o seus, possa professar as suas convicções, tendo por limite o respeito às convicções dos demais." Em: BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 165-167.

Essa aspiração parece ter surgido com mais força no início dos anos dois mil e na qual, a partir desse "novo projeto de Constituição"[513], o Supremo Tribunal Federal abandonou uma tradicional postura de autocontenção (*self constraint*) na manuseio do texto constitucional, notadamente em vista aos seus possíveis sentidos literais e às regras elementares de hermenêutica, e adotou uma postura de manipulação de princípios constitucionais de larga abstração e se propôs, de forma arrojada, a concretizar os valores constitucionais.[514]

Assim é que a leitura aqui proposta a partir da divisão do referido histórico (1988-2012) em duas Cortes, segundo nosso entendimento, confirmou a hipótese previamente aventada e trouxe ainda mais luz para essa mudança de postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Nova postura que, repita-se o que já foi reiteradamente dito ao longo do trabalho, impõe uma dificuldade não só em termos de atuação contramajoritária, mas também no sentido de que, como bem alerta Rodrigo Brandão, "mesmo em relação às liberdades fundamentais, a questão é complexa, pois não é trivial afirmar que o Judiciário apresenta melhores condições para sua tutela do que o Legislativo, muito menos que as decisões judicias são necessariamente mais reverentes aos direitos individuais do que as leis."[515]

É de se reconhecer, entretanto, que nada obstante essas dificuldades, essa tomada de nova posição por parte da Corte reflete, em alguma medida, a realidade política (influências e influxos) peculiar de cada momento histórico. Vale dizer, ainda que essa nova postura seja deliberada, não é apenas isso. É também fruto de um momento político e histórico próprio a exigir da Corte uma visão também peculiar e própria de qual o seu papel no arranjo institucional do país.

Rememorando os acórdãos que foram trazidos e analisados ao longo da tese, de modo a reforçar a confirmação da hipótese, temos que na ocasião do MS n. 20.927/DF (fidelidade partidária), a Corte Moreira Alves rejeitou a possibilidade de cassação

---

513 GRAU, Eros Roberto. Novo ministro do STF defende Estado mais forte na economia. Entrevista concedida a Valdo Cruz e Silvana de Freitas. **Folha de S. Paulo**, 28 de junho de 2004. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2806200418.htm; acesso em: 01/04/2021.

514 Sobre essa questão, ver a interessante abordagem de Rodrigo Brandão em análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol, *verbis*: "Não por acaso o STF tradicionalmente aplica tais técnicas em sua jurisprudência constitucional, de modo que o seu emprego atual não representa uma novidade. O que há de novo, efetivamente, é o abandono da tradicional postura de autorrestrição na manipulação do sentido literal de textos normativos a partir de princípios constitucionais abstratos, de que é prova eloquente a já citada decisão do STF de incluir diversas cláusulas de exceção ao decreto de demarcação da reserva Raposa Serra do Sol." Em: BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. **Direito, Estado e Sociedade**, n.44 p. 189 a 220, jan/jun, 2014.

515 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial *versus* diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 8.

de mandato de parlamentar tido por "infiel" justamente por entender a literalidade e a taxatividade do texto constitucional (art. 55, CF) como verdadeiros óbices à pretensão aventada na ação mandamental.

Nesse sentido, mesmo nas soluções mais "arrojadas" adotadas pela Corte Moreira Alves, tal como no caso da QO-MI 107, tem-se, conforme nosso entendimento, uma decisão dentro de um esquadro de razoável legitimidade do Poder Judiciário, haja vista que por diversas vezes, conforme se colhe da íntegra do acórdão, os ministros ressalvaram a impossibilidade de que a Corte se arvorasse na condição de legislador para, por conta própria, regulamentar a questão; a solução foi adequada: ao determinar a incidência no que coubesse da lei do mandado de segurança, utilizou-se – expressamente ou não – de uma clássica regra hermenêutica (analogia) para viabilizar a solução do caso.

Também não se pode cogitar que esse período tenha sido marcado por um extremo conservadorismo interpretativo. Nesse sentido, veja-se o quanto julgado na ADI 958/RJ, ocasião em o Supremo Tribunal Federal teve por inconstitucionais dispositivos da Lei n. 8.713/93. Entendimento a que chegou com base no princípio da razoabilidade; padrão interpretativo que, junto com a ideia de proporcionalidade e como é sabido, nem sempre é recebido pela doutrina constitucional – ou pelo próprio Supremo Tribunal Federal – como parâmetros aptos a aferir a constitucionalidade de dispositivos legais.[516]

Por outro lado, em se observando a Corte Ayres Britto, suas aspirações inovadoras – em termos mais recentes seria possível dizer *iluministas* –ficam claras já na análise do RE 466.343/SP, ocasião em que o Tribunal[517] estabelece a inédita tese da hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos. Construção jurisprudencial inédita e que, a nosso ver e com as vênias de estilo, acaba por esvaziar a normatividade de dispositivo constitucional expresso (art. 5º, LXVII, CF), tal qual argumentamos no item 6.1.2 deste trabalho.

---

[516] Por todos, a famosíssima passagem do voto do ministro Eros Grau por ocasião do julgamento do HC n. 95.009-4/SP: "Tenho criticado aqui --- e o fiz ainda recentemente (ADPF 144) - a banalização dos 'princípios' [entre aspas] da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, em especial do primeiro, concebido como um 'princípio' superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de 'corrigir' o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que *proporcionalidade* e *razoabilidade* nem ao menos são princípios - porque não reproduzem as suas características - porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito. (...) No caso de que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual não há direitos absolutos. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos."

[517] Muito pela liderança intelectual do Ministro Gilmar Mendes, é preciso reconhecer.

Se temos no RE 466.343/SP exemplo de acórdão no qual dispositivo constitucional expresso teve sua força normativa esvaziada de modo a compor a nova compreensão da Corte sobre medidas coercitivas de natureza civil, por outro lado, encontramos, no MS n. 26.602/DF, franca criação de nova hipótese de perda do mandato por parlamentar "infiel". Para tanto, em seus argumentos, a Corte defendeu a necessidade de superação de um método interpretativo excessivamente positivista para uma abordagem concretizadora dos princípios e valores constitucionais; postura interpretativa essa que, conforme fica claro no item 6.5 do trabalho, repete-se no julgado da ADI 4.578, ocasião em que regras constitucionais como a presunção de inocência e a irretroatividade da lei acabaram cedendo lugar para valores constitucionais, tais como a necessidade de moralização do espaço de disputas políticas.

Sobre a discutível utilização e manuseio dessa Escola Metodológica, como se "positivismo" significasse, em termos interpretativos, a rigorosa aplicação dos textos legais, remetemos o leitor para o item 1.5 deste trabalho. Basta, neste momento, relembrar que a tentativa de desenvolvimento de um novo paradigma para a metodologia do direito – tal como o pós-positivismo – se justifica, dentre outras causas, por falta de orientação ou de respostas[518] que o paradigma positivista apresenta quando se questiona sobre o acontecer (aplicação) do direito. Daí é que, se é bem verdade que podemos reconhecer, sem qualquer espanto, que o direito não cabe na lei e que sua aplicação consubstancia evidente construção, também é de se reconhecer como absolutamente verdadeira nesse atual paradigma, que o Poder Judiciário não cria direito *ex nihilo*.

Tampouco o recurso aos princípios constitucionais, como amplamente promovido nos acórdãos em comento, pode justificar criação judicial do direito a partir de um vácuo textual – ou, pior, contra disposição textual expressa. Tanto pelo contrário. A utilização dos princípios, a partir de uma adequada compreensão da nossa Constituição exige que se reconheça não apenas a sua normatividade, que é auto evidente, mas o fato de que é por intermédio deles (princípios) que se institucionaliza o mundo prático (intersubjetividade) na aplicação do direito. Ao se compreender que os princípios só se realizam a partir de determinadas regras e que à cabresto de toda regra existe um princípio, se chega a inevitável conclusão de que essas espécies normativas servem como forma de "fechamento interpretativo", e jamais como salvo conduto para uma

[518] Ou, ao menos, de resposta ou orientação que tenhamos como suficientemente adequadas ao constitucio-nalismo contemporâneo.

livre criação jurisprudencial do direito. Princípios, enfim, não determinam o direito à revelia do sistema de regras.

Ainda nesse propósito, é se de lembrar que o MS n. 26.602/DF não foi a única ocasião em que a Corte utilizou de forma inadequada o significado de positivismo jurídico, com todas as vênias. Também no julgamento da ADPF n. 132 (uniões homoafetivas), nada obstante o evidente acerto da interpretação promovida pela Corte Ayres Britto, não é possível desconsiderar a fundamentação utilizada por alguns ministros. Desnecessária, nesse sentido, foi a utilização de elementos tais quais "amor", "afeto" ou "afetividade" como critérios para reconhecimento de efeitos jurídicos a determinadas situações de fato; não é necessário ou adequado, nesse sentido, tentar reinventar os parâmetros de juridicidade já bem estabelecidos pela Lei n.º 9.278/1996, quais sejam: a união estável, que deve alcançar uniões entre pessoas do mesmo sexo, é aquela que decorre da convivência duradoura, pública e contínua e que foi estabelecida com o objetivo de constituição de família. Por fim, retornando ao tema do positivismo, não bastando a má compreensão do que seja o método jurídico no paradigma positivista, temos como chocante, por motivos óbvios, a aproximação argumentativa que se fez entre Hans Kelsen e o sistema judicial nazista.

Não se pode negar igualmente que a Corte Ayres Britto parece ter enfrentando um mar mais tempestuoso que sua antecessora. E isso não apenas pelas turbulências políticas que, com o amplo acesso à internet, acabam instabilizando consigo o país inteiro, mas também questões de severo desacordo moral, tal como no caso da ADI 3.510, na qual discutiu-se a pesquisa com células-tronco e se colocou no centro da análise o avanço da ciência sob o enfoque do direito à vida. Tema dos mais tormentosos e que certamente exigiu muito esforço da Corte.

É de se concluir, enfim, que, em boa medida, a Corte Moreira Alves (1988-2003) e a Corte Ayres Britto (2002-2012) assumiram uma postura reflexa aos seus próprios arquétipos. A primeira em uma postura de maior contenção e aos poucos testando as possibilidades interpretativas da então nova Constituição e evitando levar em consideração aspectos emocionais[519] que não digam respeito à tradição jurídica em análise; a outra, na sua convicção (sentimento[520]) de promotora dos valores e missões

[519] "Concluindo, Sr. Presidente, mantenho o meu voto, em que, como sempre pautei minha atuação como juiz, procurei cumprir a Constituição, sem levar em consideração aspectos emocionais que não diziam, nem dizem, respeito à nossa tradição racial. E as considerações que agora faço, faço-as para deixar bem clara a posição que nele assumi." Trecho do voto do ministro Moreira Alves por ocasião do HC n. 82.424/RS.

[520] "A justiça da lei a ser descoberta pela inteligência (mente, intelecto), a justiça do caso concreto a ser intuída pelo sentimento (alma, coração). (...) Talvez uma coisa que se sente em primeiro lugar ou com anterioridade em relação à inteligência, pois não se pode esquecer jamais que o próprio substantivo ´sentença´vem do verbo

constitucionais, implementa soluções arrojadas justamente em razão dessa busca axiológica. Sentimento (intuição) que, frisa-se, é, segundo a doutrina de Ayres Britto, a porta pela qual melhor de interage com o mundo dos valores.[521]

* * *

´sentir´(é da poetisa Adélia Prado o juízo de que ´o olhar amoroso sobre as coisas descobre um sentido atrás daquilo, na perspectiva final do sentido da vida.´)." Cf. BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1 ed., 2 reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 73, e p. 75.
Muito embora a frase de efeito seja creditada ao ministro Ayres Britto, certo é que não está sozinho nesse entendimento: "E não é por outra razão que a própria sentença significa aquilo que o juiz sentiu, aquilo que é o sentimento do juízo." Trecho do voto do ministro Luiz Fux por ocasião da ADPF 132.

[521] BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1 ed., 2 reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 77-85.

Referências Bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____ ; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABEL, Henrique. *Positivismo jurídico e discricionariedade judicial:* a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. Hans Kelsen (1881-1973). Em: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

ANASTÁCIA, Fátima; IGNÁCIO, Magna. Democracia, Poder Legislativo, interesses e capaxidades. *Cadenos ASLEGIS*, mai/ago, 2010.

AIETA, Vânia Siciliano. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Coord. Vicente de Paulo Barreto. Verbete: Democracia. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O sistema partidário e a reforma política*: uma breve análise acerca da estrutura normativa e da dinâmica constitucional dos partidos políticos e do regime representativo brasileiro. Texto apresentado por ocasião de palestra proferida na Segunda Reunião de Membros do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC, realizada em 23.4.2015, dentro do ciclo de palestras sobre "Reforma Política, Corrupção e Financiamento de Campanha". Brasília: UniCEUB, 2015.

_____ . *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____ . *Lições de direito constitucional*: lição 1 – a Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Ed. Do Autor, 2021

AMAR, Akhil Reed. *America's constitution*: a biography. New York: Random House Trade Paperbacks, 2005.

ANDREA FERREIRA, Fernando Galvão de. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Coord. Vicente de Paulo Barreto. Verbete: Realismo Jurídico. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

Ayres Britto, um poeta na alta corte. *Carta Capital*. Caderno: Política, 8 de maio e 2012, disponível em: https://www.cartacapital.com.br/politica/ayres-britto-um-poeta-na-alta-corte-2/, acesso em: 07 de agosto de 2020.

ARIGONY, Alexandre Foch. *A presunção de constitucionalidade das leis regulatórias e econômicas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (mestrado). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2019

AZEVEDO, Amaral. *O Estado autoritário e a realidade nacional*. Brasília: Câmara dos Deputados/Ed. Universidade de Brasília, 1981.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Inércia do Congresso traz riscos para a democracia. Folha de São Paulo. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/12/1388727-entrevista-com-luis-roberto-barroso.shtml . Acesso em 26 de maio de 2014.

_____ . Palestra UniCEUB. Exposição oral: *Judicialização e Ativismo Judicial*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=idAWyb9QGDs>. Acesso em: 16/03/2015.

_____ . *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo*: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BASTOS, Celso. Ribeiro. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____ .*Curso de direito constitucional*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

BENEDETTI, Héctor Ángel. *Las mejores letras del tango*. 2 ed., Buenos Aires: Planeta, 2002.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*: the Supreme Court at the bar of politics. 2 ed., New Haven: Yale University Press, 1986.

BILLIER, Jean-Cassien; MAYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, 4 ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____ . *Il futuro della democrazia*: una difesa delle regole del gioco. Giulio Einaudi Editore S. P. A. Torino, 1984.

_____. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. trad. e notas Márcio Publiesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2013.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução Fernando Tomaz, 2. Ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

_____ . *Language and Symbolic Power*. Harvard University Press 1991.

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

_____. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. *Direito, Estado e Sociedade*, n.44 p. 189 a 220, jan/jun, 2014.

BRASIL. *Procuradoria Geral da República*. Parecer n. 4.414/2014-AsJConst/SAJ/PGR, de 25 de julho de 2014.

_____ . *Tribunal Superior Eleitoral*. Resolução n. 20.993 - Instrução n. 55, Classe 12ª. Relator ministro Fernando Neves.

_____ . *Tribunal Superior Eleitoral*. Consulta n. 715/DF – Relator ministro Garcia Vieira.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. 1 ed., 2 reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012

_____ . Os sentidos do vocábulo poder na Constituição. *Vox Legis*, vol. 145/181.

BRITTO, Carlos Ayres. *Poder Judiciário: ativismo versus proatividade*. Disponível em: https://www.ayresbritto.com.br/2015/05/26/poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade/ Acesso em: 08/08/2020.

BUENO, Roberto. O autoritarismo brasileiro e as vias conservadoras em Francisco Campos, Oliveira Vianna e o Estado Novo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 53 n. 210 abr./jun. 2016 p. 25-41.

BULYGIN, Eugenio. *Il positivismo giuridico*. A cura di Pierluigi Chiassoni, Ricardo Guastini e Giovani Ratti. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007.

CABRAL DOS SANTOS, Marco Antônio. Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo. Em: *Revista de história*, Juiz de Fora, v. 13, n. 2, p. 31-48, 2007.

CAENEGEN, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores*: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

_____ . *Atualidade de D. Quixote*. Belo Horizonte: Publicações da Secretaria de Educação de Minas Gerais, Coleção Cultural n.º 1, 1951.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direit*o. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito*: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CHIASSONI, Pierluigi. Le disavventure della teoria dell'interpretazione. Presentazione. Em: BULYGIN, Eugenio. *Il positivismo giuridico*. A cura di Pierluigi Chiassoni, Ricardo Guastini e Giovani Ratti.Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007.

_____. Wiener Realism. Em: *Kelsen Revisited*: New Essays on the Pure Theory of Law. Luís Duarte d'Almeida; John Gardner; Leslie Green [edit.]. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013.

_____. *Positivismo giuridico:* uma investigazione analitica. Italia: Mucchi Editore, 2013.

_____. *El discreto placer del positivismo jurídico.* Pablo Moreno Cruz (ed.), María Angélica Moreno Cruz (trad.). Bogotá: Univesidad Externado de Colombia, 2016.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização de política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Caderno Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 25(8):1839-1849, ago, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosófica a hermenêutica jurídica*: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____ . *Interpretação constitucional*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

_____ , et alli. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____ . Disciplina "Cultura Política e Direitos" ministrada no curso de Mestrado em Direito no UniCEUB, 2014. Notas de aula.

_____ . *A hermenêutica constitucional como teoria do conhecimento do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

_____ . Konrad Hesse/Peter Haberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Notícia Do Direito Brasileiro* - n.5 jan./jun. 1998.

COELHO, Luiz Fernando. *Aulas de introdução ao direito.* Barueri-SP: Manole, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O lugar do poder do juiz em Portas Abertas, de Leonardo Sciascia. Em: STRECK, Lenio; TRINDADE, André (orgs.) *Os modelos de juiz*: ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA, Jorge Campos da. Comunicação e inferência em linguagem natural. *Letras de Hoje*. Porto Alegre, v. 40, n. 1, março, 2005.

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro, São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DANTAS, Marcus. Jurisprudência dos conceitos. Em: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DARTON, Robert; DUHAMEL, Olivier [Orgs.]. *Democracia*. Trad. de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

DAVIS, Kenneth Cup. *Discretionary Justice*: a preliminary inquiry. Lousiana: Lousiana University Press, 1977.

DELFINO, Lucio; LOPES, Ziel Ferreira. A expulsão do livre convencimento motivado no Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas. *Justificando*, 13 de abril de 2015. Disponível em: http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/. Acesso em: 11/10/2016.

DIAS TOFFOLI, José Antônio; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estudo introdutório. Em: Autobiografia de Hans Kelsen. Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto (trad.), 4 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1988.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Nelson Boeira (trad. e notas). São Paulo: Martins Fontes: 2002.

_____. *El imperio de la justicia*. Claudia Ferrari (trad.). Barcelona: Gedisa, 2008.

_____. *O império do direito*. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. The concept of unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. *University of Chicago Law Review*, v. 58, n. 1, 1992.

_____. ¿Es el derecho um sistema de normas? Em: *La filosofia del derecho*. Ronald Dworkin (comp.), Miguel Carbonell (pról.), Javier Sáinz de los Terreros (trad.), 2 ed., México: FCE, 2014.

_____. É o Direito um Sistema de Regras? Trad. Wladimir Barreto Lisboa, *Revista do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, n. 92, vol. 34, set/dez, 2001.

_____. Direitos fundamentais: a democracia e os direitos do homem. Em: DARTON, Robert; DUHAMEL, Olivier [Orgs.]. *Democracia*. Trad. de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

_____. Igualdade como ideal. *Novos estudos. - CEBRAP*, São Paulo, n. 77, p. 233-240, mar. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000100012&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 26/02/2017.

DUHAMEL, Olivier. As eleições. Em: DARTON, Robert; DUHAMEL, Olivier [Orgs.]. *Democracia*. Trad. de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

DUMONT, Louis. *O individualismo*: uma perspectiva antropológica de uma ideologia moderna. Trad. Álvaro Cabral. Rocco: Rio de Janeiro, 2000.

_____ . *Essais sur l'individualisme*: une perspective anthropologique sur l'ideologie moderne. Paris: Seuil, 1983.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Court of Appeals of New York*. Riggs v Palmer. 115 NY 506 (1889).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Suprema Corte dos Estados Unidos da América*. State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).

FARIA, José Eduardo. Entrevista. ESTADÃO. Blog Estado da Arte. "Há uma mudança no conceito de prova, de processo e de delito". Disponível em: http://cultura.estadao.com.br/blogs/estado-da-arte/ha-uma-mudanca-no-conceito-de-prova-de-processo-e-de-delito-entrevista-com-jose-eduardo-faria/. Último acesso em: 21/02/2018.

_____ . *Direito e conjuntura – a sociologia jurídica*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

_____ . *Poder e legitimidade: uma introdução à política do direito*. São Paulo: Ed. Perspectivas, 1978.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Hermenéutica Jurídica*: em torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer. Valladolid: Secretariado Publicaciones, Universidad, 1992.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Del arbítrio y de la arbitrariedade judicial.* Madrid: Iustel, 2005.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão e dominação. 7 ed., São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Comentário ao art. 49, inc. X. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva / Almedina, 2018.

FERREIRA, Fábio Bragança. Decisão judicial e políticas públicas: o juiz, a lei e o termômetro. Em: *Constituição, Economia e Desenvolvimento – Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2015, vol. 7, n. 13, jul.-dez. p. 476-495.

_____; PÁDUA, Thiago Aguiar de. Entre o Tribunal e o Parlamento: a atualidade das lições dos casos de verticalização e fidelidade partidárias no contexto do papel das instituições na reforma política. Em: *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 14, n. 04, p. 231-270, out./dez. 2015.

FERREIRA Siddharta Legale; FERNANDES, Eric B. Dore. O STF nas "Cortes" Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO* 9(1) | P. 023-046 | JAN-JUN 2013.

FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

FLICKINGER, Hans-Georg. *Gadamer & a educação*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014.

FOLHA DE SÃO PAULO, Caderno Poder, Indicado ao Supremo critica excesso de emendas à Constituição, Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/05/1284313-indicado-ao-stf-barroso-critica-excesso-de-emendas-a-constituicao.shtml.

FONTAINHA, Fernando de Castro; DE PAULA, Christiane Jalles; DE ALMEIDA, Fábio Ferraz (orgs.). *História oral do Supremo (1988-2013)*, v.13: Moreira Alves. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 13 ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

GALEANO, Eduardo. *Las palabras andantes*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Ediciones, 2013.

GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. Em: WHITTINGTON, Keith; CALDEIRA, Gregory; e KELEMEN, Daniel. *The Oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios).* 6 ed., refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 2ª tiragem, 2013.

GUEDES, Jefferson Carus; PÁDUA, Thiago; OLIVEIRA, Clarice. Os Códigos de Processo Civil Brasileiros e Suas Exposições de Motivos como Promessas Milenaristas: Cruzada, Esperança, Fé e Salvação no Direito Processual. Em: *Civil Procedure Review*. v.9, n.2: may.-aug., 2018.

HART, Herbert L. A. *Derecho y moral*: contribuiciones a su análisis. Genaro R. Carrió (trad. y nota preliminar). Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1962.

_____. El nuevo desafío del positivismo jurídico. Liborio Hierro, Francisco Laporta e Juan Ramón Páramo (trad.). *Sistema*, n. 36, 1980.

_____. *O conceito de direito.* 6 ed., A. Ribeiro Mendes (trad.), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

_____. *El concepto de derecho.* Genaro Carrió (trad.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

HECK, Luís Afonso. *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HERNANDEZ, Chaves Efrén. Ética en el Poder Legislativo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIX, núm. 115, enero-abril de 2006.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. Em: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de cultura Economica, 2003.

INGENIEROS, José. *O homem medíocre*. Tradução de Terumi Bonet Villalba. 3 ed., Curitiba: editora do Chain, s.d.

JOUANJAN, Olivier. De Hans Kelsen a Friedrich Müller – método jurídico sob o paradigma pós-positivista. Em: MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito:* introdução à teoria e metódica estruturantes. 3 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 4 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, 8 ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Direito natural e direito positivo. Uma investigação de sua relação recíproca. [trad. Waldir Alves]. Em: HECK, Luís Afonso. *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LANDIM, Francisco. A jurisdição constitucional como penhor da separação de poderes. *Prefácio* em: ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

LIMONGI, Fernando. *O Poder Executivo na constituição de 1988*. Disponível em: www.academia.edu. Acesso em 09/08/2020.

LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Cambridge University Press – Student Edn., 2003.

LÓPEZ GARRIDO, Diego. *Nuevo derecho constitucional comparado*.Valência: Tirant lo Blanch, 2000.

LOSANO, Mário G. *Sistema e estrutura no direito*: o século XX. Vol. II. Tradução de Luca Lamberti, rev. de trad. de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. Entrevista. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 203-209, 2014. Entrevista concedida a Cesar Antonio Serbena e Edna Torres Felício Câmara.

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial:* dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MALIN, Mauro. Verbete: CAMPOS, FRANCISCO. Em: ABREU, Alzira Alves de. *Dicionário histórico-biográfico da Primeira República*: 1889-1930, Editora: FGV-CPDOC: 2015.

MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. *Opinião Pública*: Campinas, vol. 15, n. 2, nov. de 2009.

MARRAFÓN, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional*: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Da hermenêutica filosófica à individualização do Direito: a decisão judicial no pensamento de Lenio Streck. Em: *Hermenêutica, constituição, decisão judicial*: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Alexandre Morais da Rosa et ali (org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: 2004.

_____ , COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

_____; STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao art. 92. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELVILLE, Herman. *Moby Dick*, vol. I. Berenice Xavier (trad.), São Paulo: Abril, 2010.

MONEBHURRUN, Nitish. *Manual de metodologia jurídica*: técnicas para argumentar em textos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Prefácio*. Em: SIQUEIRA, José Eduardo Paiva Miranda de. *A arbitrariedade na fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MONTEIRO SOARES, Rosinethe. Fiscalização e controle do Executivo pelo Legislativo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 101, p. 147-160, jan./mar. 1989

MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo*: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORESO, José Juan; QUERALT, Jahel. Bosquejo de Dworkin: la imbricación entre el derecho y la moralidad. *Isonomía*, México , n. 41, p. 143-174, 2014. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182014000200007&lng=es&nrm=iso .Acesso em:10/fev/2017.

MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para a resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério:* uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2 ed., rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; RAMIRES, Maurício. O novo código de processo civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade? Em: STRECK, Lenio Luiz; ARRUDA ALVIM, Eduardo; LEITE, George Salomão (orgs.).

Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade, São Paulo: Saraiva, 2016.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. Poder Executivo Forte. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

_____. Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal. Acesso em: 27 de maio de 2014.

_____. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. A interpretação jurídica no estado democrático de direito. Em: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Ativismo judicial e o papel das Cortes constitucionais mas correções de rota da crise da democracia representativa. *Direito Publico*, vol. 01, n. 40, 2011. Disponível em: www.direitopúblico.idp.edu.br. Acesso em: 29.03.2015.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio:* a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA VIANNA, Francisco José. *Populações meridionais no Brasil*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1933.

_____ . *Problemas da política objetiva*. 3 ed., Rio de Janeiro: Record, 1974.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733. Acesso em: 19/12/2016.

PERDOMO, Jaime Vidal. *Derecho Constitucional General*. 2 ed., Universidad externado de Colombia, 1981.

PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Público e Análise da Constituição do Império**. Brasília: Senado Federal, 1978.

PINKER, Steven. *Guia de escrita*: como conceber um texto com clareza, precisão e elegância. Tradução de Rodolfo Ilari, São Paulo: Contexto, 2016

PISIER, Evelyne. Montesquieu e Rousseau: dois batedores da democracia. Em: DARTON, Robert; DUHAMEL, Olivier [Orgs.]. *Democracia*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

PRADO, Paulo. *Retrato do Brasil*: ensaio sobre a tristeza brasileira, 10ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

RAMÍREZ, Alfonso Francisco, *Antología del pensamiento político*. 3 ed., México: Cultura, 1971.

REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *Filosofia do Direito*. 19.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *O Direito como Experiência*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RIEZU, Antonio Cuerda. *Cum laude. Guía para realizar una tesis doctoral em derecho o un trabajo de fin de grado o máster en derecho*. Madrid: Tecnos, 2 ed., 2016.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), 5(2):141-149, jul/dez, 2013.

_____; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RÓDENAS, Ángeles. *Los intersticios del derecho*: indeterminación, validez y positivismo jurídico. Madrid, Marcial Pons, 2012.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini, Bauru: EDIPRO, 2 ed., 2007.

SÁES, Manuel Alcántara; MONTERO, Mercedes García; y LÓPES, Francisco Sanchés. *Funciones, prodecimientos y escenarios*: um análisis del poder legislativo em américa latina. Ediciones Universidas Salamanca. 2005.

SALDANHA, Nelson. Escola da Exegese. Em: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 117, p. 193-217, 2018.

SANTANO, Ana Cláudia. Una propuesta de medidas jurídicas anticorrupción para los partidos políticos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 119, pp. 13-37 | jul./dez. 2019.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Considerações sobre a teoria kelseniana. *Revista do Curso de Direito*, Cruz Alta: Unicruz, v. 5, n. 5, 2000.

SHAPIRO, Scott. The "Hart-Dworkin" debate: a short guide for the perplexed. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series – University of Michigan Law School*. Working Paper n.º. 77, March, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34 ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude*: estrutura e movimento na interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001.

_____. Prefácio em: STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____ . *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais de teoria do direito à luz de crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5 ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. *O que é isto – o senso incomum?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

_____. *Juiz não é Deus: juge n'est pas Dieu*. Curitiba: Juruá, 2016.

_____. *Compreender direito*: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Compreender direito II*: como o senso comum pode nos enganar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Compreender direito III*: nas brechas da lei. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. Direito. Em BARRETO, Vicente Paulo; CULLETON, Alfredo [Coords.]. *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

_____. Hermenêutica jurídica. Em: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

_____. Art. 371. Em: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CINHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 551-555.

_____. Art. 489. Em: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CINHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 681-692.

_____. E a professora disse: "você é um positivista". Em: *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos* – Eletrônica, vol. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308. Acesso em: 25.11.2014.

_____. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. *Revista da AJURIS* - v. 40 - n. 132 - Dez. 2013.

_____. O Supremo Tribunal deve julgar por princípios ou por políticas?. Em: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André. *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, pp. 253-264.

_____. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiano. *Revista de informação legislativa*, v. 52, n. 206, p. 33-51, abr./jun. 2015.

_____. O Realismo ou "Quando Tudo Pode Ser Inconstitucional". Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional> Acesso em: 26 de maio de 2014.

_____. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil. Em: STRECK, Lenio Luiz; ARRUDA ALVIM, Eduardo; LEITE, George Salomão (orgs.). *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil*: coerência e integridade, São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. O direito como um conceito interpretativo. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*. Fortaleza, v. 10, n. 2, p. 500-513, jul./dez., 2010.

_____; BARRETO LIMA, Martonio Mont'Alverne. *Lei de políticas públicas é Estado Social a golpe de caneta?* Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-fev-10/lei-politicas-publicas-estado-social-golpe-caneta>. Acesso em: 30/03/2015.

_____; BOLZAN, Jose Luis. *Ciência política e teoria do estado*. 8 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2014.

_____; ARRUDA ALVIM, Eduardo; LEITE, George Salomão (orgs.). *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil*: coerência e integridade, São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Prefácio. Em: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio:* a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Posfácio. Em: ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. Must formalism be defended empirically?, 1999, *The University of Chicago – The law school.* Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/publications>. Acesso em: 20.03.2015.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial*: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, C. Neal; TORBJORN, Vallinder. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

THAYER, James B. The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, v. 7, n. 3, 1893.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 17 ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

TELES FILHO, Eliardo França. *Estado, Sociedade e Direito: uma reflexão sobre a ideologia política em Oliveira Vianna*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília. Brasília: 2006.

TODOROV, Tzvetan. *Nós e os outros*: a reflexão francesa sobre a diversidade humana. Vol. I, Trad. Sergio Goes de Paula, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

TOOBIN, Jeffrey. **The Nine**: Inside the Secret World of the Supreme Court. New York: Anchor, 2008.

TORRES, Alberto. *A organização nacional*. São Paulo: Ed. Nacional/Ed. Universidade de Brasília, 1982.

TORRES, Heleno. O Princípio de Segurança Jurídica na Construção do Estado Democrático de Direito. Em: LUCCA, Newton de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (coords.). **Direito constitucional contemporâneo**: homenagem ao Professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 413-428.

TROPER, Michel. The judicial power and democracy. *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n. 2, 2007.

UNGER, Roberto Mangabeira. *A segunda via: presente e futuro do Brasil*. São Paulo: Boi Tempo, 2001.

VARGAS, Getúlio. *A Nova Política do Brasil*, volume V. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941, p. 311. Disponível em: www.biblioteca.presidencia.gov.br. Acesso em: 11/02/2018.

VALLADÃO, Haroldo. *História do direito especialmente do direito brasileiro*. 3 ed., revista e atualizada, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *O conceito de derrotabilidade normativa*. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito, Faculdade Federal do Paraná, 2009.

VÁSQUEZ SOTELO, José Luis. A jurisprudência vinculante na 'common law' e na 'civil law'. *XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual (Brasília).* Rio de Janeiro: Forense; Brasília: IEBT, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Apresentação à Edição Brasileira. Em: NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

VILAJOSANA, Josef M. *Identificación y justificación del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. de Cláudia Berliner; notas revistas por Eric Desmons; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2 ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

VIOLANTE, Luciano. *Il dovere di avere doveri*. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1997

ZAGREBELSKI, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Trad. Monica de Sanctis Viana, São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2011.

_____ . *Il «Crucifige!» e la democrazia*. Turim: Einaudi, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Estructuras Judiciales*. República Dominicana: comissionado de apoyo a la reforma e modernizacion de la justicia, 2007.

ZANETI Jr., Hermes. A teoria da separação dos poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. Em: *O controle jurisdicional de políticas públicas.* 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4ª ed., rev. atual. ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017