

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ
ÁREA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO-SENSU EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E
DESENVOLVIMENTO REGIONAL

Márcio Alves Figueira

**Atuação Normativa: Supremo Tribunal Federal como Legislador
Ocasional**

**Belém
2020**

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ
ÁREA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO-SENSU EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E
DESENVOLVIMENTO REGIONAL

Márcio Alves Figueira

Atuação Normativa: Supremo Tribunal Federal como Legislador Ocasional

Dissertação apresentada para obtenção do grau de mestre em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará.

Orientador: José Henrique Mouta Araújo

**Belém
2020**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca do CESUPA, Belém – PA

F475a Figueira, Márcio Alves.

Atuação normativa: Supremo Tribunal Federal como legislador ocasional /
Márcio Alves Figueira. — Belém, 2020.

148 p.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário do Estado do Pará, Mestrado
Acadêmico em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional, Belém,
2020.

Orientador: Prof. Dr. José Henrique Mouta Araújo.

1. Legisladores. 2. Direito constitucional. 3. Suprema Tribunal Federal (Brasil).
4. Integridade. 5. Audiências públicas. I. Araújo, José Henrique Mouta (orient.). II.
Título.

CDD 341.2

Regina Coeli Araújo Ribeiro CRB-2/739

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ

MÁRCIO ALVES FIGUEIRA

ATUAÇÃO NORMATIVA: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO
LEGISLADOR OCASIONAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
Strictu sensu do Centro Universitário do Estado do Pará, como
requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Data da Defesa:

Conceito:

Banca Examinadora

Dr. José Henrique Mouta Araújo
Orientador - CESUPA

Dr. Jean Carlos Dias
Examinador

Dr. Beclaute Oliveira Silva
Convidado Externo
Examinador

Aos meus pais José Carlos Dias Figueira (*in memoriam*) e Maria de Lourdes Alves Figueira, pela vida e pelos ensinamentos que me ofertaram.

Aos Silva Figueira, em especial, aos meus avós José da Silva Figueira (*in memoriam*) e Maria Zilda Dias Figueira (*in memoriam*), exemplos de dignidade humana.

Aos meus filhos Carlos Vinicius Nascimento Figueira, Maria Beatriz Diniz Figueira e João Gustavo Diniz Figueira.

As minhas amadas irmãs, Letícia Alves Figueira e Lorena Alves Figueira, que fazem parte deste triunfo.

Aos tios-avôs Antonio da Silva Figueira (*in memoriam*), Alice Sampaio Figueira (*in memoriam*), Manoel da Silva Figueira (*in memoriam*), Etelvina Guedes Figueira (*in memoriam*), Ademir da Silva Figueira (*in memoriam*), Maria Guiomar da Silva Figueira (*in memoriam*), Raimundo da Silva Figueira (*in memoriam*), Consolação da Silva Figueira.

Aos tios-primos Sérgio Sampaio Figueira e Nilza Costa Figueira, Pedrina da Silva Figueira (*in memoriam*), pelo exemplo de vida, honestidade e perseverança nas adversidades, além da força repassada, como uma pequena demonstração de que sempre devemos buscar concretizar nossos sonhos por meio da força e crença em Deus.

AGRADECIMENTOS

Ao Centro Universitário do Estado do Pará por existir e por oferecer possibilidades ao povo paraense, no sentido de encontrar seus próprios caminhos na construção de uma sociedade justa, digna e solidária.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação *Scricito Sensu* em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), nas pessoas dos Professores Doutores Elísio Augusto Veloso Bastos, Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro, José Cláudio Monteiro de Brito Filho, Lise Vieira da Costa Tupiassú Merlin, Jean Carlos Dias, José Henrique Mouta Araújo e Ana Elizabeth Neirão Reymão.

Ele te cobrirá com as suas penas, e debaixo das suas asas estarás seguro; a sua verdade é escudo e broquel.

(Bíblia, Salmo 91)

RESUMO

A dissertação objetiva pronunciar-se relativamente à atuação normativa do Supremo Tribunal Federal (STF), tendo como delineamento de exame a explanação das correntes substancial e procedimental. Neste ponto de vista, o presente documento possui como propósito clarificar a ocorrência da atuação normativa do STF pelo prisma da integridade do Direito. Cabe esclarecer, corresponder a atuação normativa ao procedimento do magistrado de legislar ocasionalmente, valendo-se do standard da política e não dos princípios ou regras. Desta maneira, o objetivo geral refere-se a analisar a possibilidade de atuação normativa do STF, por procedimento de legislação ocasional, máxime quando o STF emprega o standard da política como parâmetro decisório. A pesquisa fundamentou-se pelo método hipotético-dedutivo em estudo bibliográfico de abordagem qualitativa. Nestes termos, a integridade acrescenta um paradigma de coerência, indicando não só examinar os casos semelhantes da mesma forma, mas identificar a presença de um modelo de justificação racional das decisões judiciais, fundamentado em uma leitura principiológica de todo o sistema jurídico. A repercussão regula a imposição de um discernimento sobre o parâmetro decisório empregue pelo STF ao pronunciar os seus Acórdãos. Nesse ponto de vista, o Acórdão estribado na integridade como parâmetro decisório perfilharia uma interpretação construtiva do Direito. Em contrapartida, a aplicação do standard decisório da política retrata um significativo constrangimento ao regime democrático, carecendo um aperfeiçoamento da Democracia, ante a mencionada distorção. A conclusão impõe alteração legislativa, mediante Proposta de Emenda Constitucional, no sentido diametralmente antagônico àquele determinado pelo STF, traduzindo na praticabilidade da reação legislativa, seguidamente à efetuação de Audiências Públicas Obrigatórias, especificamente quando o STF empregue argumentos de política remodelados em argumentos de princípios, obrando como legislador ocasional.

Palavras-chave: Legislador Ocasional. Correntes substancial e procedimental. Integridade. Efeito *BackLash*. Audiências Públicas Obrigatórias.

ABSTRACT

The dissertation aims to comment on the normative performance of the Federal Supreme Court (STF), having as an examination outline the explanation of the substantial and procedural currents. In this point of view, the purpose of this document is to clarify the occurrence of the normative action of the STF from the perspective of the integrity of the law. It is worth clarifying, corresponding to the normative performance to the magistrate's procedure of legislating occasionally, using the policy standard and not the principles or rules. Thus, the general objective is to analyze the possibility of normative action by the STF, through an occasional legislation procedure, maximum when of the STF uses the policy standard as a decision parameter. The research was based on the hypothetical-deductive method in a bibliographic study with a qualitative approach. In these terms, integrity adds a paradigm of coherence, indicating not only to examine similar cases in the same way, but to identify the presence of a rational justification model for judicial decisions, based on a principled reading of the entire legal system. The repercussions regulate the imposition of a discernment about the decision parameter used by the STF when pronouncing its judgments. From this point of view, the judgment based on integrity as a decision parameter would outline a constructive interpretation of the law. On the other hand, the application of the policy's decision-making standard, portrays a significant constraint to the democratic regime, requiring an improvement of Democracy, in view of the mentioned distortion. The conclusion imposes a legislative change, through the Proposal of Constitutional Amendment, in a diametrically antagonistic sense to that determined by the STF, translating into the feasibility of the legislative reaction, then the holding of Mandatory Public Hearings, specifically when the STF employs policy arguments remodeled in arguments of principles, acting as occasional legislator.

Key words: Occasional Lawgiver. Substantial and procedural currents. Integrity. BackLash effect. Mandatory Public Hearings.

LISTA DE ABREVIATURAS E DE SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIN Interventiva	Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
CEUA	Constituição dos Estados Unidos da América
CPB	Código Penal Brasileiro
CPPB	Código de Processo Penal Brasileiro
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
EUA	Estados Unidos da América
HC	Habeas Corpus
PGR	Procuradoria Geral da República
RE	Recurso Extraordinário
RESE	Recurso em Sentido Estrito
RFB	República Federativa do Brasil
SCOTUS	Suprema Corte dos Estados Unidos da América
STF	Supremo Tribunal Federal
TVA	Tennessee Valley Authority

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O QUE É ATUAÇÃO NORMATIVA?	16
1.1 PARÂMETROS DO PRAGMATISMO JURÍDICO	18
1.2 OS JUÍZES COMO LEGISLADORES OCASIONAIS	20
1.3 LIMITAÇÕES À ATUAÇÃO DOS JUÍZES COMO LEGISLADORES OCASIONAIS	26
1.4 ATUAÇÃO NORMATIVA: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR OCASIONAL	27
2 AS CORRENTES SUBSTANCIAL E PROCEDIMENTAL	40
2.1 CORRENTE SUBSTANCIAL	43
2.1.1 Crítica ao utilitarismo pela doutrina de direitos de Ronald Dworkin.....	44
2.1.2 Regras e princípios para Ronald Dworkin (Teoria de Direitos)	49
2.1.3 O direito como prática interpretativa.....	58
2.2 CORRENTE PROCEDIMENTAL	74
2.2.1 Pensamento habermasiano: a razão comunicativa como motivo para reconstrução de toda sociedade	77
2.2.2 Os direitos humanos como direitos jurídicos originadores de um sistema de direitos	82
2.2.3 O direito como integridade como meio de reconstrução racional do direito	89
3 OS REFLEXOS DA CORRENTE SUBSTANCIAL NA QUESTÃO DA LEGISLAÇÃO OCASIONAL	95
3.1 O DIREITO COMO INTEGRIDADE COMO RAZÃO PARA SUPERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO OCASIONAL	96
3.2 A ILEGITIMIDADE DA POLÍTICA COMO PARÂMETRO DECISÓRIO VÁLIDO .	111
3.3 A TESE DA RESPOSTA CORRETA COMO JUSTIFICAÇÃO PARA SUPERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO OCASIONAL	115
4 OS REFLEXOS DA CORRENTE PROCEDIMENTAL NA QUESTÃO DA LEGISLAÇÃO OCASIONAL	122
4.1 REAÇÃO LEGISLATIVA (EFEITO BACKLASH) E PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	124
CONSIDERAÇÕES FINAIS	139

REFERÊNCIAS	141
APÊNDICES	146

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, o século XXI revela a ascendência do Poder Judiciário na conjuntura da divisão dos Poderes.

Nessa perspectiva, o presente documento possui o intento de clarificar o episódio da atuação normativa do STF pelo ângulo da integridade do direito.

Cabe sublinhar, corresponder a atuação normativa ao procedimento do magistrado de legislar, ocasionalmente, valendo-se do standard da política e não dos princípios ou regras.

Nesse sentido, este evento acha-se acoplado ao fenômeno da Judicialização, evidenciando que busque perquirições substanciais do ponto de vista político, social ou moral, acham-se decididas, em caráter final, pelos magistrados.

Nesse sentido, a Constituição é lei fundamental, e o magistrado é obrigado a aplicá-la. Daí o dogma da doutrina do judicial *review*, assegurar que o Poder Judiciário se habilite a declarar não aplicáveis normas constitucionais contraditórias com a própria Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 5/10/1988.

Nessa sequência, a revisão judicial incluiria por objeto o controle de constitucionalidade da lei ou ato normativo federal e estadual. É aceitável o controle de constitucionalidade do direito pré-constitucional, da mesma maneira que o direito municipal pela via da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Não obstante, a revisão judicial empreendida pelo Poder Judiciário expressa uma especificidade designada de atuação normativa, equivalendo ao procedimento do magistrado de legislar ocasionalmente, valendo-se do standard da política e não dos princípios ou regras.

Como resultado, a razão originadora da vicissitude é um discernimento imprescindível relativamente a parâmetro empregado pelo STF ao exprimir os seus acórdãos, se princípios, regras ou standard da política.

Nessa perspectiva, o processo de tomada de decisão tem que se subsumir no paradigma liberal do igual respeito e consideração. Assim sendo, o princípio do igual respeito e igual consideração é um condutor para direcionar a própria interpretação do Direito.

Na sequência, a repercussão do igual respeito e igual consideração expressa o impedimento do procedimento arbitrário e discriminatório, em especial, quando do julgamento dos casos difíceis (*hard cases*), individualizados como casos sem regras; casos em que a norma não encerra clareza ou casos em que a regra empreste uma orientação ambígua, omissa ou incompleta.

Por isso é fundamental a integridade como modo a se conseguir uma única resposta correta. Por outras palavras, a integridade permanece como um ideal, pressupondo significar o sistema jurídico um conjunto coerente de princípios.

Por consequência, a integridade incorpora um padrão de coerência, referindo-se a desvelar-se os casos semelhantes da mesma forma, corroborando a existência de um modelo de justificação racional nas decisões judiciais, arrematado por uma leitura principiológica de todo o sistema jurídico.

Como se pode ver, a integridade consiste em um ideal, na exata medida em que o povo quer ser governado por uma única e coerente perspectiva de princípios, justiça, equidade e devido processo legal, impossibilitando o tratamento arbitrário e sem justificação racional.

Por conseguinte, o conteúdo da integridade é condensado na ideia de adequação e justificação, entendendo-se que adequação é revelada pela interpretação do magistrado que tem de ser coerente com a história institucional e, por justificação, há de se compreender como a intenção do autor.

Nesse cenário, o STF obteve a qualidade de guardião da CRFB, de 1988, garantindo a revisão judicial de quaisquer matérias de competência constitucional, quer isto dizer, a prerrogativa da última palavra a ele compete.

No cenário mundial, o STF tem sintonia com os movimentos vinculados à Ciência Jurídica, aplicando uma compreensão acerca de que sua configuração perpassa necessariamente pela integridade.

Dessa maneira, o objetivo geral refere-se a analisar a possibilidade de atuação normativa do STF, por procedimento de legislação ocasional, máxime quando o STF emprega o standard da política como parâmetro decisório.

Nesta perspectiva os juízes legislam ocasionalmente, já que a expressão “legisladores ocasionais” alusiva a obra de Posner (2008) pretende indicar o conceito expresso nos princípios do Código Civil Suíço, tendo relevância que no caso em que a lei não diga nada, por ser pouco clara, o juiz deve decidir o caso como se ele mesmo fosse o legislador, mediante decisões que empregam argumentos políticos remodelados em argumentos de princípios.

Nesse seguimento, o problema permeia o paradigma decisório apropriado para o julgamento de um caso difícil. Nesta perspectiva, a Constituição Federal, Códigos, leis e precedentes, pelo ponto de vista do interpretativismo, consistiriam apropriados para tal encargo. No entanto, Posner (2008) compreende que não, e nos aponta uma teoria de decisão judicial centralizada nas convicções políticas do magistrado.

Em vista disso, o Supremo Tribunal Federal transmudaria progredindo da clássica incumbência de legislador negativo, cuja responsabilidade traduz-se em retirar as leis ou atos normativos inconstitucionais do ordenamento jurídico, em direção a um encargo de legislador positivo, originando normatividade em decorrência do exercício da jurisdição constitucional.

Por tal perspectiva, o Supremo Tribunal Federal representa corte pragmática e utilitária, tendo potencial de afastar a normatividade legal. Nesta perspectiva, a atuação normativa realiza-se por intervenção da agregação das atribuições de legislador positivo com as incumbências características empreendidas pelo Supremo Tribunal Federal em um processo de simbiose.

Destarte, por tal processo de similaridade de atribuições entre o Supremo Tribunal Federal e o próprio Congresso Nacional, os termos cogentes dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal correspondem ao próprio texto da Constituição da República Federativa do Brasil.

No entanto, pela dimensão da integridade, as práticas jurídicas representadas pela Constituição Federal, Códigos, Estatutos e Leis compreendem o verdadeiro meio para conduzir direitos do cidadão, pois que oriundos do processo de legiferação.

Destarte, remanesce saber se a legislação ocasional equiparada à atuação normativa é uma fonte legítima de direitos e obrigações, mesmo ante ao déficit democrático.

Segundo Posner: “[...] caso se trate de um direito verdadeiramente novo [...] o texto e os precedentes jamais determinarão uma conclusão. Os juízes terão de levar em conta questões políticas, empíricas, institucionais e de simples prudência [...]” (POSNER, 2012, pág. 395, 396).

Nessa sequência, urge a necessidade de se elaborar um problema científico que atenda ao foco desta pesquisa, assim delineado: Por que nos casos difíceis os magistrados como legisladores ocasionais empregam o standard da política como parâmetro decisório?

Por conseguinte, o balizamento do período da pesquisa envolvera acórdãos do STF posteriores à edição da Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/2004, denominada de Reforma do Poder Judiciário, sobretudo pela alteração promovida no § 2º do artigo 102 da CRFB, de 1988.

Ora, aqui também se faz necessário formular uma hipótese para esta pesquisa, com o intuito de responder, preliminarmente, ao problema científico, com este teor: o STF é o guardião da CRFB, de 1988, responsável por sua revisão judicial, limitado pelo teor das disposições constitucionais, não poderia adotar o standard da política como parâmetro decisório, já que ele não é um legislador ocasional, máxime pelo enfoque da integridade do direito.

Nessa lógica, necessário que se perfaça a apresentação dos objetivos desta pesquisa, divididos em geral e específicos. O objetivo geral refere-se a considerar a revisão judicial

praticada pelo STF conforme a possibilidade da atuação normativa pela legislação ocasional. E os objetivos específicos foram segmentados em quatro partes:

a) analisar a revisão judicial realizada pelo STF pela probabilidade de atuação normativa por legislação ocasional, destacando a intervenção do STF mediante a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.983, oriunda do Estado do Ceará e o Habeas Corpus (HC) n.º 124.306, advindo do Estado do Rio de Janeiro;

b) expor a integridade mediante o ponto de vista das correntes substancial e procedimental;

c) identificar o parâmetro apropriado para o processo de tomada de decisão;

d) analisar os resultados do uso da política como standard decisório.

Metodologicamente, recorreu-se ao método hipotético-dedutivo, por qual, o cientista, estabelece reflexões diligentes, compreendendo um conjunto de pressupostos que comandam os acontecimentos pela qual está atraído, daí percebe os resultados por meio de investigação e, dessa forma, refuta as hipóteses, substituindo-os, quando necessários, por outros, e assim prossegue.

Como resultado, a análise será qualitativa, mediante informações que representam todo o acervo bibliográfico diagnosticado especialmente pelo levantamento bibliográfico da pesquisa exploratória: livros, periódicos científicos, artigos científicos, legislações constitucionais, infraconstitucionais e internacionais, doutrinas, jurisprudências, dentre outros.

Metodologicamente, a dissertação consistirá com assistência de revisão da obra de Ronald Dworkin, servindo-se de sua produção: *O Império do Direito* (2007), no qual o Autor ganha notoriedade ao defender o direito como integridade; e do mesmo modo do autor Jürgen Habermas, em especial, sua obra intitulada: *Direito e Democracia* (1997), pela qual este Autor aprimora uma teoria pluralista e procedimental da Constituição, conjecturando a reconstrução racional do direito por interferência da integridade.

Torna-se primordial revelar as correntes substancial e procedimental, de modo a esquadrihar a temática, máxime pela elucidação da integridade como pressuposto para reconstrução racional do direito.

Por conseguinte, o estudo acha-se engendrado em quatro capítulos; no primeiro estará a contextualização do problema, com a definição do tema objeto desta pesquisa.

No segundo será executada a elucidação das correntes substancial e procedimental.

No terceiro, serão reveladas as consequências da corrente substancial no tema da legislação ocasional.

No quarto capítulo serão reveladas as consequências da corrente procedimental no assunto da legislação ocasional, principalmente o ativismo legislativo retratado pelo efeito *backlash*, bem como manifestada uma proposta para resposta do dilema da atuação normativa do STF, terminando com o fechamento deste documento.

Nas considerações finais da pesquisa foram discutidos os problemas referentes à atuação normativa do STF, à luz dos arcabouços legais, de âmbito constitucional e infraconstitucionais, além das possibilidades de se apresentar uma contribuição desta pesquisa ao cenário nacional.

1 O QUE É ATUAÇÃO NORMATIVA?

Em primeiro lugar, cabe salientar, a atuação normativa do STF é um tema já debatido na academia.

Em nosso entender, a atuação normativa sobrevém quando o magistrado se comporta como legislador ocasional, utilizando do standard decisório da política e não dos princípios ou regras.

Por esse ângulo, a atuação normativa realiza-se por intervenção da agregação das atribuições de legislador positivo com as incumbências características empreendidas pelo Supremo Tribunal Federal como legislador negativo em um processo de simbiose.

Por isso, a característica do Supremo Tribunal Federal traduz-se em preencher omissões e ambiguidades por intermédio do pragmatismo e do utilitarismo, pretendendo instalação de um standard político para o futuro.

Por tal premissa há suplantação da legalidade vigente, isso em razão de o Supremo Tribunal Federal arrogar uma atribuição própria de Poder Constituinte Permanente, esquadrihando os fatos pela compreensão pragmática e utilitária, metamorfoseando o Direito em mecanismo para consecução dos fins mais eficientes.

Em vista disso, tal concepção configura uma teoria de decisão judicial resumida no entendimento da legislação ocasional, suplantando-se a legalidade vigente.

Cabe destacar significar a base da teoria de decisão judicial da legislação ocasional, no comportamento pragmático de rejeição da metafísica ou da busca pela verdade absoluta, interessando meramente a instituição de um melhor padrão futuro para conduzir a sociedade.

Sendo assim, tal procedimento descarta qualquer teoria interpretativista de hermenêutica constitucional, visto que o verdadeiramente relevante é o fato em si, associado a um melhor programa para comunidade como um todo.

Nesse ponto de vista, os magistrados empregariam uma argumentação política para decidir casos difíceis, de maneira que a liberdade dos magistrados conseguiria igualar-se à própria liberdade dos legisladores (POSNER, 1990, p. 175).

Essa concepção origina-se do pragmatismo, tendo como eixo uma visão instrumental do direito, de modo que as decisões não afluíam das deduções de simples silogismos, tampouco decorreriam do mero legalismo (POSNER, 2002, p. 152).

Dentro dessa perspectiva, o STF é um tribunal inevitavelmente político, em especial quando decide casos constitucionais, no exercício de suas competências, reconhecendo-se a

discricionabilidade judicial como razão para sua jurisprudência constitucional (POSNER, 2005, p. 12).

Antes de mais nada, Posner indaga como os juízes pensam? Será que os magistrados se equiparam a árbitros de beisebol meramente marcando bolas e *strikes*, analogia utilizada pelo Juiz Roberts ao esclarecer a natureza da função jurisdicional, na ocasião de sua audiência de confirmação, perante o Senado Federal norte-americano?¹ Os juízes equivaleriam afinal à corrente formalista, originalista ou legalista? Ou os magistrados, a rigor, decidem os casos difíceis baseados em teorias morais ou constitucionais abrangentes? Na perspectiva de Richard Posner, os magistrados não realizariam nada disso.

Por esse ângulo, Posner apresenta uma teoria positiva de tomada de decisão judicial naquilo que ele denomina de área aberta, a dimensão em que os materiais jurídicos convencionais, notadamente a Constituição Federal, Códigos, Estatutos e precedentes anteriores, já não conseguem gerar respostas aceitáveis ou minimamente razoáveis (POSNER, 2008, p. 06, 09, 369).

Nessa sequência, Posner sustenta que os juízes sempre recorrem, ocasionalmente, a outras fontes de julgamento, englobando suas próprias opiniões políticas ou julgamentos de políticas, até mesmo suas idiosincrasias, mormente nos casos omissos ou ambíguos, quando os materiais jurídicos convencionais já não conseguem responder os casos difíceis (POSNER, 2008, p. 06, 09).

Nessa acepção, os juízes operariam como legisladores ocasionais, mas similarmente como adjudicadores. Neste sentido, o standard decisório é a política. Portanto, o pragmatismo, escreve Posner, é um componente importante do comportamento judicial, e um juiz pragmático avalia as consequências das decisões judiciais por sua influência em políticas sólidas, como ele as concebe (POSNER, 2008, p. 13, 20).

Nesse sentido, o dado essencial, é que há um elemento político pronunciado nas decisões dos juízes. E isso não significa necessariamente algo ruim, pelo menos na visão de Posner. De fato, é uma consequência inevitável da estrutura do sistema jurídico (POSNER, 2008, p. 94, 118).

Além disso, as normas governam as decisões judiciais, assim como os vários gêneros de arte. Tanto na arte quanto no julgamento, no entanto, as normas são contestáveis, e rápidas

¹ Audição de confirmação sobre a nomeação de John G. Roberts Jr. para ser Chefe de Justiça dos Estados Unidos: Audiência perante a S. Comm. no Judiciário, 109ª Cong. 55 (2005) (declaração de John G. Roberts Jr., indicado como Chefe de Justiça dos Estados Unidos).

mudanças de normas válidas é possível, isso em razão do produto dessas atividades não ser avaliado objetivamente (POSNER, 2008, p. 12, 13, 63, 64).

Não obstante, apresenta-se uma escassez democrática oriunda da inexistência de legitimidade democrática da normatividade originária da legislação ocasional.

Por esse ângulo, não se pode remover legitimidade pela simples fundamentação do acórdão, já que há uma jurisprudência errática. Nesta significação, a dignidade da pessoa pela legislação ocasional pode amparar direitos aos animais. Sem embargo, paradoxalmente, a mesma dignidade pode respaldar o abortamento de fetos.

Destarte, subsiste uma correspondência entre atuação normativa e legislação ocasional, aparentando uma noção ser o verso e o reverso do mesmo fenômeno, de agregação de atribuições judicantes e legislativas na mesma Corte.

Todavia, manifesta-se danoso para qualquer regime democrático tal agregação de atribuições, principalmente, pela suplantação da legalidade vigente, ignorando a particularidade da legitimidade derivar do procedimento de legiferação e carecer de um processo suplementar de reconstrução racional do direito pela integridade para alcançar o devido processo legal, a equidade e a justiça substantiva.

Resumidamente, a atuação normativa equivale à atividade dos magistrados como legisladores ocasionais, nos mesmos termos patrocinados por Posner, sendo necessário uma melhor definição a respeito do conteúdo do pragmatismo jurídico, bem como, uma melhor delimitação do conceito de legisladores ocasionais.

1.1 PARÂMETROS DO PRAGMATISMO JURÍDICO

Primordialmente, cabe esclarecer, não se constitui o pragmatismo jurídico um movimento filosófico bem definido, não obstante um termo multifuncional às diversas tendências do pensamento jurídico contemporâneo (POSNER, 2009, p. 410).

Para começar, pela sua natureza o pragmatismo expressa uma rejeição enfática do pensamento dualista iluminista, como: sujeito e objeto, mente e corpo, percepção e realidade, forma e substância, negando, desta maneira os pilares componentes do pensamento formalista (POSNER, 2009, p. 411).

Por certo, por essa corrente filosófica, a busca a favor da verdade é substituída pelo fundamento social da crença. Nestes termos, haveria um deslocamento da busca das leis eternas da natureza, por aquelas formulações de teorias movidas pelo desejo dos seres humanos de prever e controlar o seu ambiente natural e social (POSNER, 2009).

Nesse sentido, o papel da norma jurídica é instrumental como procedimento adaptado a uma conclusão maior, cujo enfoque é a eficiência para comunidade como um todo (POSNER, 2009, p. 413).

Com efeito, o pragmatismo empreende um giro no objeto da ciência jurídica, uma vez que não é relevante uma busca daquilo que é certo, posto que esta perspectiva seria substituída pela pesquisa daquilo que posso razoavelmente crer, que outros homens de intelecto e consciência normais poderiam considerar razoavelmente como certo (POSNER, 2009, p. 413).

Em hipótese alguma, a interpretação equivale a uma mera descoberta de sentido, já que ela seria inerentemente criativa, de maneira a atribuir ao magistrado pragmático maior liberdade para resolução de um caso difícil (POSNER, 2009, p. 414).

Desse modo, tornar o direito pragmático tem significado de reconhecer o seu caráter instrumental como *input* necessário para assegurar padrão mais eficiente para a comunidade como um todo (POSNER, 2009, p. 414).

Nesse ponto de vista, o consequencialismo provém do juízo pragmático, mostrando-se pertinente indagação circunscrita à consequência de determinado fato empírico, assim como, quais seriam as consequências (custo e benefício) de tentar impedi-los (POSNER, 2009, p. 419).

No entanto, cabe pontuar, desde logo, uma diferença entre o legalismo, cuja indagação gira em torno de uma cadeia lógica apontando para uma fonte jurídica revestida de autoridade, da perspectiva pragmática, cuja ênfase é empírica, naquilo que é eficiente, socialmente viável e razoável (POSNER, 2009, p. 422).

Pela metodologia pragmática, os conceitos jurídicos devem servir às necessidades humanas, existindo sempre um ajuste às categorias do direito, para que se adaptem às práticas das outras comunidades que não a jurídica (POSNER, 2009, p. 422).

Dessa maneira, haveria uma relação necessária entre o pragmatismo e a concepção instrumental do direito, a saber, a econômica. Nestes termos, o direito deveria promover e facilitar o advento dos mercados competitivos e maximizar a riqueza, em razão desta ótica econômica possuir afinidade tanto com a ética kantiana, quanto com o utilitarismo (POSNER, 2009, p. 426).

Por conseguinte, o pragmatismo patrocina o abandono da intrincada concepção metafísica corporificada na teoria moral de interpretação da Constituição. Nessa lógica, o paradigma decisório esquadrinha o discernimento do magistrado, o melhor padrão político, a própria formação profissional e inclusive a intuição do magistrado.

Sendo assim, o ponto de vista legalista do direito hermeticamente fechado em si torna-se objeto de contestação. Desse modo, o direito assume uma especificidade instrumental, um

mecanismo para que outras ciências como a economia consigam ponderar e dirimir a demanda subordinada ao magistrado.

Nessa perspectiva, existe um elevado grau de criatividade originário da própria prática jurisdicional, extrapolando a legalidade do sistema jurídico como um todo.

Em consequência, não há qualquer obrigatoriedade do magistrado em observar coerência com as decisões passadas.

Nesse ponto de vista, a suplantação da legalidade vigente sobreviria de duas maneiras. Neste significado, a lei antiquada e arcaica para reger o caso concreto torna-se ultrapassada. No entanto, nos casos difíceis, a Constituição, lei, precedente, códigos, irrompem inúteis para resolução do problema jurídico, não tipificando critério válido para resolução da problemática.

Em vista disso, a metodologia pragmática possuiria por infraestrutura os fatos aliados às suas consequências jurídicas. Nesta acepção, as consequências da decisão judicial constituem parâmetro orientador da atividade judicante, mormente, o padrão originário da política.

Nessa sequência, a hostilidade de Posner às teorias filosóficas qualificam o pragmatismo como antiteórico, isso porque as teorias hermenêuticas de interpretação não aproveitariam como arcabouço para análise dos fatos e das consequências.

Por consequência, Posner (2008) sustenta conveniente uma teoria de decisão judicial como a legislação ocasional, aproximando a atividade jurisdicional de seu aspecto prático e real, e não aquela incumbência romantizada e idealizada pelas teorias morais de interpretação da Constituição.

Por derradeiro, o direito é um instrumento para fins sociais, e uma das maiores qualidades do pragmatismo seria o reconhecimento de que a inexistência de fins comuns consiste em um impeditivo para resolução racional de um problema (POSNER, 2009, p. 427), razão pela qual, a legislação ocasional é uma consequência lógica do pragmatismo jurídico.

1.2 OS JUÍZES COMO LEGISLADORES OCASIONAIS

Posner (2009) defende atuarem os juízes norte-americanos em um sistema jurídico complexo e induzido pela incerteza, caracterizado por uma constituição antiga, uma sobreposição de leis federais sobre leis estaduais, partidos políticos fracos, legislaturas incômodas e indisciplinadas, bem como disputas entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

Dessa maneira, quaisquer dos casos que surgem não podem ser decididos pela aplicação direta de uma regra preexistente. Nessa lógica, um código, um estatuto, a Constituição ou um

precedente geralmente expressa apenas o ponto de partida na regulamentação das atividades que se enquadram para formulação final de uma decisão.

Sem embargo, o aperfeiçoamento subsequente da decisão judicial pelos juízes, seja mediante a interpretação, de uma emenda legislativa ou da distinção de precedentes, visa adequar a decisão judicial a uma determinada situação. Esta não é uma operação baseada na lógica ou na aplicação direta de uma regra aos fatos previstos na elaboração da decisão judicial (POSNER, 2008).

Como resultado, escreve Posner (2008), os juízes detêm um poder discricionário. Especialmente se são juízes de apelação, mesmo intermediários, eles atuam como legisladores ocasionais. Assim, eles não são formalistas, muito menos legalistas, o termo que Posner (2008) prefere seria juízes que transportam menos bagagem.

Por certo, eles decidem casos aplicando regras preexistentes ou, em alguma versão do legalismo, empregando modos de raciocínio jurídico supostamente distintos, como raciocínio jurídico por analogia. Pelo menos isso é verdade em determinados casos, pois o “[...] legalismo conduz a maioria das decisões judiciais [...]” (POSNER, 2008, p. 7), embora, geralmente, “[...] sejam as menos importantes para o desenvolvimento da doutrina jurídica ou o impacto na sociedade” (POSNER, 2008, p. 8).

Desse modo, quando os materiais da tomada de decisões legalistas são insuficientes, os juízes devem se engajar em uma adjudicação pragmática. Posner (1999) advoga que julga ser a área em que as fontes legais de orientação se esgotam, não se pode fazer melhor do que confiar em noções de política, senso comum, valores pessoais e profissionais, intuição, opinião, incluindo opinião pública informada ou cristalizada.

Nesse sentido, este juiz não está centralmente preocupado em garantir consistência com as promulgações passadas, não sendo a integridade o seu pressuposto. Nestes termos, a principal preocupação é produzir os melhores resultados para o futuro (POSNER, 1999).

Posner (2008) sustenta que a palavra que melhor descreve o juiz, em todos os níveis de hierarquias judiciais e que produz a maior percepção de seu comportamento, está no pragmatismo, ou com mais precisão, no pragmatismo restrito.

Nessa significação, “[...] o núcleo do pragmatismo jurídico é a adjudicação pragmática, cujo pressuposto compõem-se na preocupação judicial com as consequências [...]” e, portanto, “[...] uma disposição de basear-se em julgamentos de política, e não em conceitualismos e generalidades” (POSNER, 2008, p. 230, 238).

Nessa acepção, o dado essencial na raiz da teoria positiva de Posner (2008) resume-se “[...] no elemento político pronunciado nas decisões dos juízes”, incluindo “[...] juízes federais

de julgamento e de apelação intermediária e inclusive juízes da Suprema Corte dos EUA” (POSNER, 2008, p. 20, 369).

Decerto, dizer que opiniões políticas influenciam a tomada de decisões judiciais não significa, no entanto, que opiniões partidárias sejam decisivas. Político, no sentido em que Posner (2008) enverga a palavra, refere-se a “[...] ideologia, em outras palavras, um corpo de crenças mais ou menos coerentes sobre questões sociais, econômicas e políticas, uma visão de mundo que molda respostas, quando surgem perguntas na área aberta” (POSNER, 2008, p. 94).

Nessa sequência, mesmo um judiciário politizado não é usurpativo em uma sociedade politicamente heterogênea. A lei seria imbuída de “[...] valores políticos que, quando endossados pelo público em geral, fornecem um pano de fundo neutro de suposições e pressupostos, em vez de ser uma cabine de contenção” (POSNER, 2008, p. 235).

Não obstante, “[...] a ideologia, não é o único recurso dos juízes na área aberta” (POSNER, 2008, p. 10). Outros fatores na tomada de decisões judiciais incluem traços de personalidade ou temperamento, que são características pessoais mais ou menos inatas. Essas características incluem características pessoais de base, como raça e sexo, e, também, experiência pessoal e profissional. Também “[...] considerações estratégicas, aliadas a fatores institucionais, como a clareza ou não da lei como parâmetro de julgamento, e, por fim, a estrutura da promoção judicial, também é um fator apto a influenciar o comportamento judicial” (POSNER, 2008, p. 94).

Por outro lado, a emoção também desempenha um papel na tomada de decisões judiciais. E nem sempre é um terreno ilegítimo ou mesmo ruim para uma decisão judicial. Um juiz tem que decidir o caso mesmo que incapaz, porque está enfrentando incerteza irreduzível, para chegar a uma decisão (POSNER, 2008).

Da mesma forma, a intuição desempenha um papel importante no judiciário, como na maioria das tomadas de decisão. Este conceito é melhor entendido “[...] como uma capacidade de acessar um repositório subconsciente de conhecimento adquirido com a educação de alguém e, em particular, com a experiência de alguém” (POSNER, 2008, p. 107).

Em resumo, esses fatores políticos e pessoais criam preconceitos, muitas vezes inconscientes, que um juiz leva a um caso. Isso pode explicar como “[...] os juízes podem pensar que suas decisões não são influenciadas por considerações políticas, mas observadores neutros descobrem justamente o contrário” (POSNER, 2008, p. 11). É impossível, “[...] por uma questão psicológica, nos purificarmos de preconceitos e seria irracional fazê-lo” (POSNER, 2008, p. 67).

Cabe sublinhar, a partir de agora, as falhas do legalismo, também mencionadas por Posner (2008), especialmente nessa perspectiva, na qual o legalismo pode ser considerado como uma restrição à tomada de decisões dos juízes.

Não obstante, Posner (2008) pensa que não, e um de seus objetivos consiste em criticar o legalismo. Os “[...] magistrados legalistas não legislam, não exercem discricção, não têm nenhuma conexão com a política e não olham para fora dos textos legais, para orientação na decisão de novos casos [...]” (POSNER, 2008, p. 7). Em resumo, para os legalistas, “[...] a lei é um domínio autônomo do conhecimento e da técnica” (POSNER, 2008, p. 8).

Dessa maneira, “[...] os legalistas respondem ao fato de que muitos casos não podem ser decididos pela aplicação direta de uma regra preexistente, oferecendo ferramentas para gerenciar omissões e ambiguidades e produzir o que os legalistas consideram decisões objetivas” (POSNER, 2008, p. 12). Essas ferramentas incluem raciocínio por analogia e interpretação estrita de estatutos e constituição. Estes, no entanto, ficam sem sentido, isto porque, “[...] o primeiro é vazio de significado e o segundo, apesar de aparências, consiste em um grande elemento discricionário” (POSNER, 2008, p. 13).

Ademais, “[...] o legalismo falha em um nível mais profundo ao refutar a hipótese de que inclinações pessoais e políticas influenciam as decisões judiciais” (POSNER, 2008, p. 179). Técnicas legalistas, como literalismo estatutário e constitucional, a preferência por regras sobre padrões e raciocínio por analogia, todos requerem julgamentos legislativos e, portanto, o exercício da discricionabilidade judicial. “[...] A escolha de uma regra sobre um padrão, por exemplo, depende de um julgamento de política e não de um exercício de lógica” (POSNER, 2008, p. 371).

De fato, o encantamento mais influente do legalismo é guiado por um julgamento político, cujo pressuposto significa a existência de muitos direitos legalmente aplicáveis. A contemporânea exaltação do legalismo é em grande parte uma reação de pensadores legais politicamente conservadores. A expansão dos direitos inclui os autores de atos ilícitos, presos, consumidores, trabalhadores e réus criminais. “[...] Essa expansão é provocada pelo ativismo judicial da Corte Warren da década de 1960 e seus sucessores que, continuando na década de 1970, emitiram novas decisões ativistas, notadamente *Roe v. Wade*, e por seus pares nos tribunais estaduais” (POSNER, 2008, p. 372).

Por isso, a alegação de que os tribunais mudaram demais a balança em favor dos direitos constitui uma alegação perfeitamente razoável, no entanto, na visão de Posner, marcadamente política (POSNER, 2008).

Nesse sentido, os legalistas atribuem controle a um subconjunto arbitrário de consequências institucionais das decisões judiciais. Eles são hipersensíveis à incerteza que pode resultar da construção frouxa de estatutos e contratos, da busca do objetivo de uma regra para determinar o escopo e a aplicação da regra. Os pragmatistas, por outro lado, “[...] não veem como tão sensível uma ênfase unilateral nas possíveis consequências negativas do julgamento pragmático” (POSNER, 2008, p. 239).

Além do mais, Posner (2008, p. 239) “[...] observa que o pensamento pragmático sucede tão difundido na cultura política americana [...]”, que os legalistas são levados a defender os resultados menos claros para os quais “[...] sua metodologia de regras estritas e interpretações literais, tende a produzir melhores consequências do que uma abordagem pragmática à tomada de decisões judiciais” (POSNER, 2008, p. 240).

De acordo com os legalistas, a adjudicação deve ser retrospectiva, e os juízes não devem tentar manter a lei atualizada, mas devem “[...] deixar para as legislaturas no caso da lei estatutária e para o processo de emenda no caso da Constituição, como também qualquer atualização dos estatutos ou códigos” (POSNER, 2008, p. 240).

Desta forma, a adjudicação pragmática resulta inevitável e não existe alternativa. Numerosas características da estrutura do sistema jurídico criam um imenso domínio irreduzível da legislação discricionária aos magistrados. Esses recursos incluem a própria Constituição. Além disso, “[...] as legislaturas seriam indisciplinadas, um produto em parte da fraqueza dos partidos políticos nos Estados Unidos e em parte do bicameralismo e do veto presidencial, que juntos tornam extremamente difícil a promulgação de nova legislação, a menos que deixada vaga” (POSNER, 2008, p. 255).

Nessa perspectiva, a legislação ocasional representa uma teoria de decisão judicial pragmática para os casos difíceis.

Nessa lógica, o pressuposto constitui a subsistência de uma área aberta no direito, onde as práticas jurídicas como a Constituição, lei, precedente e códigos não retratam desenlace homogêneo e exato à demanda submetida ao magistrado.

Não obstante, desponta extremamente discutível a própria pressuposição da legislação ocasional, por causa da reconstrução racional do direito pela integridade corroborar justamente o contrário. Por este ângulo, não há uma área aberta no direito.

Destarte, a aplicação do paradigma da política, consubstanciado na ideologia, reproduz o uso impróprio da hermenêutica jurídica, sobretudo pelo desprestígio à legitimidade do processo de legiferação e reconstrução racional do direito pela integridade.

Nessa continuação, a legislação ocasional acarreta insegurança jurídica, gerando os magistrados direitos e obrigações, produzindo decisões erráticas desagregadas do paradigma da integridade.

Por conseguinte, a legislação ocasional, ao proporcionar uma atuação normativa do magistrado como legislador positivo, retrata um desencaminhamento da jurisdição constitucional, por amalgamar funções legislativas aos Tribunais.

Por outro lado, a imparcialidade é predicada ao exercício da jurisdição constitucional evidenciando-se problemático, discutível e controverso justificar a fundamentação de uma decisão judicial em emoções ou na intuição do magistrado.

Nessa perspectiva, a legislação ocasional, ao disponibilizar uma atribuição de legislador positivo ao magistrado, fundamentado em padrões políticos ou convicções pessoais, padece de um grande déficit democrático, ante a exiguidade de legitimidade democrática de tal expediente.

Outrossim, o magistrado concebe a lei como instrumento para uma melhor decisão futura, o que despreza a coerência e a integridade das decisões passadas.

Por tal visão, não há responsabilidade com o parâmetro adequado à decisão do caso concreto, porquanto o direito é instrumental, e a legalidade vigente pode ser superada por um padrão extrajurídico, como a política (ideologia), o que confere um caráter lotérico às decisões, ante a inexistência de integridade.

Nesse seguimento, existe aleatoriedade nas decisões consequentes da legislação ocasional, de modo que o direito caminhará de modo subjugado ao fato, ideologia e idiosincrasia do magistrado.

Nessa lógica, não há uma restrição na coerência, integridade ou legalidade do sistema jurídico como um todo, uma vez que a decisão passada é suscetível de suplantação por um melhor padrão futuro para comunidade.

Assim sendo, face à elevação do *standard* político como parâmetro decisório, o consequencialismo próprio da legislação ocasional intenta atingir o maior número de pessoas, o que certamente constitui na violação do direito de uma minoria não compreendida pelo novo parâmetro.

Por esse ângulo, há flagrante ilegitimidade na utilização da política (ideologia), convicção pessoal e intuição como parâmetro decisório originador de direito e obrigação ao cidadão, representando os Tribunais legisladores positivos. Não obstante, cabe demarcar algumas limitações à atuação dos juízes como legisladores ocasionais.

1.3 LIMITAÇÕES À ATUAÇÃO DOS JUÍZES COMO LEGISLADORES OCASIONAIS

Cabe a partir de agora frisar algumas restrições identificadas por Posner (2008) à atuação dos juízes como legisladores ocasionais. Nessa sequência, a legislação reflete a preferência do legislador, e essa preferência “[...] é formada pelos valores de cada legislador, temperamento, experiências de vida e concepção do escopo e limites da função legiferante. Tais características seriam extensíveis ao juiz como legislador” (POSNER, 2008, p. 253).

Da mesma forma, não se deve ignorar as restrições materiais, psicológicas e institucionais da pragmática dos juízes. Os juízes, por exemplo, estão sujeitos à destituição do cargo. Além do mais, suas decisões podem ser anuladas por emendas legislativas ou constitucionais e o processo de seleção de juízes tende a excluir aqueles mais distantes do convencional.

Ademais, “[...] o sistema de remuneração e as regras relativas a conflitos de interesse asseguram que se o juiz é um legislador, pelo menos é um legislador desinteressado” (POSNER, 2008, p. 253). Além disso, o bom juiz pragmatista é um pragmatista restrito, operando sob restrições internas e externas, como fazem os juízes legalistas. Ele, como outros juízes, deve jogar pelas regras do jogo judicial, “[...] que não permitem a consideração de certos tipos de consequências. Em resumo, as normas processuais representam uma restrição à figura do magistrado como legislador ocasional” (POSNER, 2008, p. 254).

Por outro lado, o sistema adversarial serve como controle do processo de tomada de decisão judicial. Nesse sentido, “[...] o juiz é obrigado a dar ouvidos a alguém que desafiará a intuição do juiz, com a possibilidade de apresentar recurso da decisão” (POSNER, 2008, p. 107, 110).

Da mesma forma, “[...] o dever de fundamentar as decisões em leis, doutrina e jurisprudência, também consistiria em uma restrição à figura do juiz como legislador ocasional” (POSNER, 2008, p. 110).

Nestes termos, “[...] a própria opinião judicial deve ser entendida como uma tentativa de explicar como a decisão” (POSNER, 2008, p. 107), mesmo que tenha sido tomada com base na intuição, “[...] poderia ter sido tomada com base no raciocínio lógico passo a passo, melhor dizendo, a fundamentação serve assim como uma verificação dos erros aos quais o raciocínio intuitivo é propenso por causa de seu caráter compactado e inarticulado” (POSNER, 2008, p. 110).

Também serve como uma restrição às preocupações institucionais como a viabilidade de uma intervenção judicial específica, dado o conhecimento e poderes limitados dos tribunais, ou o efeito sobre a estabilidade da lei (POSNER, 2008).

Nessa continuidade, as maiores restrições internas ao julgamento, para a maioria dos juízes, são, “[...] primeiro, o desejo de auto respeito e respeito de outros juízes e profissionais do direito em geral, que um juiz ganha por ser um bom juiz” (POSNER, 2008, p. 61) e, “[...] segundo, as satisfações intrínsecas do julgamento, que geralmente são maiores para um bom juiz do que para um mau” (POSNER, 2008, p. 371).

Posner (2008) traça um paralelo entre as funções da utilidade dos juízes e as de artistas sérios, sendo que os artistas sérios não são maximizadores de renda ou de lazer, e os juízes têm a satisfação intrínseca de seu trabalho como um componente importante de sua função de utilidade. No entanto, ligado a isso, na maioria dos casos, os juízes sentem um desejo de poder se considerar e serem considerados pelos outros como bons artistas.

Da mesma forma, “[...] a maioria dos juízes obtém considerável satisfação intrínseca de seu trabalho e deseja poder se considerar e ser considerado pelos outros como bons juízes” (POSNER, 2008, p. 61). E para ser considerado “[...] como um bom juiz exige conformidade com as normas de julgamento aceitas” (POSNER, 2008, p. 62).

Por derradeiro, o processo de tomada de decisão judicial seria mais controverso nas decisões que envolvem interpretação da CRFB, de 1988, particularmente ante as omissões e ambiguidades (POSNER, 2008).

Nesses campos, a lei seria algo que os juízes inventam à medida que avançam, e o juiz é um legislador ocasional.

Posner (2008) vê esse papel legislativo como um dado do sistema jurídico, algo inevitável, inclusive que o direito deve tornar desconfortável ao legalista, mas mesmo a maioria dos legalistas estejam dispostos a permitir anular e distinguir precedentes e criar regras e padrões de direito.

Inferindo-se, em breve corolário, que tudo parece, com exceção de alguns legalistas, que o consenso hoje é que, no direito, o magistrado é legislador ocasional.

1.4 ATUAÇÃO NORMATIVA: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR OCASIONAL

Primeiramente, cabe ressaltar, a capacidade de legislar ocasionalmente não significa uma faculdade de formular políticas públicas ao Governo conservando-se restrito à aptidão de cercear as ações governamentais em nome da aplicação da própria CRFB, de 1988.

Nessa perspectiva, a política constitui um *standard* decisório nos casos difíceis diante de omissões e ambiguidades do texto constitucional. A *práxis* do magistrado corroboraria o quadro do fenômeno da legislação ocasional, devendo-se dilucidar este aspecto para, posteriormente, limitar a temática.

Posner (2008) parte da seguinte indagação, isto é, se o legalismo não existe tudo estaria permitido? A resposta é que nem tudo seria lícito ao magistrado, visto que o legalismo é uma realidade, e por esta razão, aplicável a grande maioria dos casos.

Não obstante, é necessário elucidar a factual atividade realizada pelos magistrados, não aquela idealizada, mas a efetiva, assim como o parâmetro determinante na obtenção da conclusão do magistrado.

Destarte, a questão em aberto dimanaria das áreas abertas, cujas omissões e ambiguidades consistem em questões não decifradas satisfatoriamente pelo legalismo, e que conduzem à questão de o parâmetro decisório adequado para o magistrado solucionar essas questões difíceis.

Nesses casos, Posner (2008) advoga que invariavelmente o ato de julgar é pessoal e perceptivelmente político, porquanto as crenças políticas do magistrado sistematicamente seriam utilizadas, crenças estas mais bem definidas como ideologia.

Destarte, o termo política, pela expressividade do conceito, poderia ser mais bem definido como ideologia.

Nesse sentido, a política é um termo confuso e que deve ser cuidadosamente analisado, antes de poder ser aplicável ao comportamento judicial. Poderia se referir a um juiz cujas decisões refletissem uma ideologia política consistente, que pode ser tanto a liberal, quanto a conservadora e, assim, corrigida pela plataforma democrática, poderia orientar o julgamento dos casos a ele submetidos (POSNER, 2008).

Dito isso, dada a importância da ideologia nas decisões dos juízes, mesmo abaixo do nível da Suprema Corte, deve-se considerar as fontes das ideologias dos juízes, considerando que estas fontes também seriam os valores morais e religiosos. Estes, por sua vez, são um produto da educação, experiências de vida marcantes e características pessoais (que podem determinar essas experiências), como raça, sexo e etnia, e também o temperamento, moldando não apenas as decisões, mas também disposições, como a timidez e ousadia, influenciando as respostas do juiz aos casos.

No fundo, “[...] a fonte da ideologia é cognitiva e psicológica, apesar disso a psicológica interfere, posto que, a psicológica exerce uma influência grande na interpretação de nossas

experiências, incluindo os pesos atribuídos às possíveis consequências da decisão” (POSNER, 2006, p. 1060).

Como resultado, o STF reflete uma corte forçosamente política quando estivesse decidindo casos constitucionais, porquanto, pelo menos, deveria ser reconhecido abertamente o caráter discricionário de suas decisões.

Por este ângulo, o Supremo Tribunal Federal transmudou em uma corte pragmática e utilitária onde a ponderação empírica e sua consequência conquistou maior importância do que a própria legalidade vigente, produzindo-se uma jurisprudência simbólica e precedente claramente invasiva de direito de minorias.

Nessa sequência, o caráter inconstante, mutável, flutuante dos acórdãos traduz-se em uma característica da legislação ocasional produzida pelo Supremo Tribunal Federal, não sendo praticável pressupor com segurança qual será a manifestação do tribunal, as demandas que lhe são submetidas.

Desse modo, há aleatoriedade nas decisões. Por este ângulo, princípio consagradamente aceito pelos tribunais inferiores e pelo próprio STF pode ser desconsiderado, desprezado ou rejeitado, porque o parâmetro decisório não é a reconstrução racional do direito pela integridade.

Nessa significação, o próprio processo de legislação e sua consequência, a lei, oriunda do Parlamento, pode experimentar clivagem por intermédio de uma argumentação empírica, pretendendo inauguração de um melhor programa para comunidade, com, por exemplo, a outorga de direitos aos animais ou o reconhecimento de direito de aborto às mulheres.

Destarte, o procedimento adequado para identificar a legislação ocasional perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal traduz-se na análise da argumentação e fundamentação de seus acórdãos, de maneira, a reconhecer-se as características pragmáticas e utilitárias ali englobadas.

Dessa maneira, verificando-se uma argumentação política remodelada em argumentos de princípios, existe atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador ocasional, caracterizado pela influência na fundamentação do acórdão dos seguintes argumentos:

- a) poder discricionário do Tribunal ao julgar casos omissos;
- b) arrimo em base pragmática e utilitarista;
- c) utilização de argumentação empírica;
- d) comparação de políticas públicas;
- e) rompimento da integridade do direito.

Ademais, existindo repetição das características da legislação ocasional na fundamentação dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, conseguimos corroborar com infalibilidade à legislação ocasional oriunda do tribunal.

Nessa situação, há admissão de uma área aberta do direito pelo Supremo Tribunal Federal, transformando-se em legislador positivo, originando normatividade, daí existir atuação normativa.

Dessa maneira, a jurisdição constitucional significa uma atividade, uma prática, cujo instrumento é o direito e a matéria-prima são os fatos, ponderados pelas ciências sociais da economia e da sociologia jurídica.

Ante o exposto, o Supremo Tribunal Federal expandiu o âmbito de instrumental da Jurisdição Constitucional, gerando direito e obrigação por intervenção de jurisdição, objetivando maximizar a utilidade para o maior número de pessoas, o que transgredir o direito de minoria, como por exemplo, direito à vida dos nascituros e o direito ao exercício de práticas culturais imemoriais pelas comunidades nordestinas.

Posner (2012) sustenta que o pragmatismo encerra como consequência a constatação de que se o caso trata de um direito verdadeiramente novo, a CRFB, de 1988, os códigos, estatutos e precedentes, de modo nenhum, podem ser utilizados.

A rigor, o julgamento se inicia, quando o magistrado discricionariamente delibera o parâmetro decisório entre regras, princípios ou padrões políticos, tentando alcançar as melhores consequências (POSNER, 2008).

Nessa perspectiva, o magistrado legisla ocasional, já que a expressão legisladores ocasionais relacionado à obra de POSNER (2008), objetiva indicar o conceito expresso nos princípios do Código Civil Suíço, tendo relevância que no caso em que a lei não diga nada, por ser pouco clara, o magistrado deve decidir o caso como se ele mesmo fosse o legislador, mediante decisões que utilizam a política como um *standard* decisório.

Nessa sequência, urge a necessidade de se rememorar o problema científico que atende o foco desta pesquisa, assim delineado: Por que nos casos difíceis os magistrados como legisladores ocasionais empregam o *standard* da política como parâmetro decisório?

Infere-se, então, que o STF, no exercício da jurisdição constitucional, atua normativamente criando direitos e, destarte, gera sérios questionamentos no que tange à legitimidade de suas decisões, considerando que pratica atos que causam insegurança jurídica, ante a falta de previsibilidade, inovando no ordenamento jurídico.

Dessa maneira, a diferenciação demonstra existir ocultação da noção do STF como legislador ocasional, o que extravasaria da clássica função política exercida na qualidade de

legislador negativo, figurando no estado da arte do Direito, a noção do STF, como legislador positivo, ao exercer uma função normativa.

Por outras palavras, a atuação normativa seria capaz de ocorrer face à omissão ou à ambiguidade da legislação, avultando pela relevância os exemplos emblemáticos representados pelas:

a) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.983, oriunda da Justiça do Estado do Ceará;

b) Habeas Corpus (HC) nº 124.306, oriundo da Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Nesse sentido, o STF teria atuado como legislador ocasional ao legitimar direitos aos animais, bem como legitimar o direito à interrupção voluntária da gestação, à míngua de disposição constitucional, com a ruptura da integridade do direito.

Por consequência, a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana, aliado a fatos cientificamente comprovados, representaria a metodologia para interpretação pragmática do texto constitucional, bem sintetizada pelo Ministro Barroso (2018, p. 352), do STF:

[...] A norma, muitas vezes, traz apenas um início de solução, inscrito em um conceito indeterminado ou em um princípio. Os fatos, por sua vez, passam a fazer parte da normatividade, na medida em que só é possível construir a solução constitucionalmente adequada a partir dos elementos do caso concreto. E o intérprete, que se encontra na contingência de construir adequadamente a solução, torna-se coparticipante do processo de criação do Direito. [...] Há muitas situações em que não existe uma solução pré-pronta no Direito. A solução terá de ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito [...].

Infere-se, assim, que o intérprete é um coparticipante no processo de criação do direito, um legislador ocasional, diante das omissões e ambiguidades da legislação.

Resumidamente, seriam cinco as características da atuação normativa do Supremo Tribunal Federal como legislador ocasional:

a) Reconhecimento do poder discricionário do Supremo Tribunal Federal nos casos de omissões e ambiguidades do texto constitucional;

b) Base filosófica pragmática e utilitarista;

c) Utilização de dados fáticos como determinantes para resolução de controvérsias constitucionais;

d) Comparação de políticas públicas;

e) Rompimento da integridade do direito.

Essas características foram identificadas quando o STF reconheceu direitos aos animais, bem como, da legitimidade do direito à interrupção voluntária da gestação. Cabe a partir de agora caracterizar a atuação normativa do STF proveniente dos precedentes analisados.

Para tanto, será adotado nesta pesquisa a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.983 e o Habeas Corpus (HC) nº 124.306, oriundos do Supremo Tribunal Federal, para alcançar a identificação das características da legislação ocasional como *ratio decidendi* dos precedentes.

A princípio, cabe salientar, tratar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.983 da declaração de direitos aos animais caracterizado o precedente pela fundamentação pragmática; adoção de dados fáticos como determinantes para resolução da demanda, além da existência de rompimento da integridade do direito.

Primeiramente, cumpre assinalar, abarcar o objeto da ADI nº 4983, de origem da Justiça do Estado do Ceará, na qual a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 15.299, de 8/01/2013, daquele Estado, o que, afinal, e, depois da análise dos argumentos vencedores, sinalizou ao reconhecimento de direitos aos animais.

Neste sentido, o voto-vista, proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, pormenorizou a hipótese motivadora da demanda como uma ação objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 15.299, de 2013, originária do Estado do Ceará, regulamentadora da prática desportiva e cultural da vaquejada.

Pelo dispositivo legal controvertido, a vaquejada é descrita como uma atividade desportiva e cultural. Pela definição legal, a vaquejada significa todo evento de natureza competitiva, no qual uma dupla de vaqueiros a cavalo persegue animal bovino, pretendendo dominá-lo.

No arrazoado da Procuradoria-Geral da República (PGR) há submissão dos animais bovinos e equinos a condutas consideradas cruéis, vedada constitucionalmente, por força do princípio da proibição do tratamento cruel e degradante aos animais, especificado no artigo 225, § 1º, inciso VII, da CRFB, de 1988, sobretudo diante de laudos técnicos e estudos reveladores da ocorrência de lesões sofridas em bovinos e equinos manipulados na competição.

Segundo o voto proferido pelo relator da ADI nº 4983-CE, Ministro Marco Aurélio, existiria um evidente conflito entre princípios constitucionais coletivos materializados no princípio da vedação do tratamento cruel aos animais descrito no artigo 225, § 1º, inciso VII, e de outro lado, o princípio da proteção de manifestações culturais populares, na forma do artigo 215, caput, e § 1º, todos preceitos descritos na CRFB, de 1988.

No caso, segundo o relator Ministro Marco Aurélio, sucederia um conflito entre direitos coletivos. No entanto, a problemática da ponderação entre direitos coletivos é elucidada em favor do meio ambiente, como roborado pelos precedentes do Recurso Extraordinário nº 153.531, advindo da Justiça do Estado de Santa Catarina, referente à Festa da Farra do Boi, além da ADI nº 1.856, também de Santa Catarina e ADI nº 2.514, esta de origem do Rio de Janeiro, na intitulada competição galística.

Sob outra perspectiva, o voto do Ministro Edson Fachin sublinhava ser a vaquejada, antes de tudo, uma manifestação cultural, não havendo qualquer demonstração cabal e inequívoca, no sentido da vaquejada corresponder à festa da farra do boi (RE nº 153.531/SC), muito menos equivaler ao caso da competição galística (ADI nº 1.856/SC e ADI nº 2.514/RJ).

Nessa continuação, o voto do Ministro Edson Fachin esclarece objetivar a vaquejada a dominação do animal por intervenção de técnicas tradicionais transmitidas entre gerações, sem, no entanto, constranger o animal a sofrimento que ultrapasse o necessário ao atingimento do objetivo mencionado.

De modo igual, o voto do Ministro Gilmar Mendes não vislumbrava a possibilidade de se fazer uma aplicação dos precedentes da farra do boi e das rinhas de galos, ao caso da vaquejada, não havendo coerência na equiparação de circunstâncias marcadamente distintas, o que de certa forma violaria a integridade.

Por certo, na visão do Ministro Gilmar Mendes, inconstitucional é conduzir à ilegalidade milhares de pessoas que se dedicam a essa atividade em caráter amador ou profissional, retirando das comunidades rurícolas o mínimo de lazer.

Por outras palavras, o conflito hermenêutico entre o voto do Ministro Relator Marco Aurélio e o voto do Ministro Edson Fachin provocou um pedido de vista, por parte do Ministro Luís Roberto Barroso, cujas questões jurídicas deveriam ser equacionadas para responder duas indagações principais, quais sejam: (a) a vaquejada consiste em prática que submete os animais à crueldade?; (b) ainda que submeta animais à crueldade, a vaquejada é protegida pela Constituição, por ser uma manifestação cultural?

No voto-vista proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, a princípio, tece explicações acerca da origem histórica da vaquejada. Nessa sequência, a vaquejada trata-se de uma prática tradicional oriunda do Brasil colônia e compreenderia, na origem, em uma convocação de vaqueiros para separar os bovinos que se misturavam pelas fazendas dos colonos. No entanto, a prática evoluíra para uma corrida no pátio das fazendas, competição denominada de corrida de morão.

Na contemporaneidade, a vaquejada compreende um caráter de manifestação cultural tradicional, o que não a torna imune ao contraste com outros valores constitucionais.

Nestes termos, o relevante é a outorga de direitos aos animais como um valor autônomo, caracterizando-se o precedente pela utilização de argumentos políticos como *standard* decisório, transformando o Supremo Tribunal Federal em um legislador ocasional.

Neste sentido, os animais contam com o direito de não serem tratados de uma forma cruel, já que detêm senciência, capacidade de sentir dor e prazer, possuindo similarmente algumas capacidades próprias dos seres humanos.

Destarte, os animais não podem ser instrumentalizados, tratados como meros meios para satisfação de determinados fins específicos pelos seres humanos, de modo que o imperativo categórico kantiano, da não instrumentalização, igualmente é extensível a eles.

A rigor, ao reconhecer a proteção dos animais contra práticas cruéis como uma norma autônoma, com objeto e valor próprio, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso valeu-se do *standard* político como paradigma decisório, agindo como legislador ocasional, ao arrimar a sua visão no imperativo categórico kantiano, fundamentador da dignidade animal.

Por tal ponto de vista existe um valor moral independente na vedação do tratamento cruel independente do equilíbrio do meio ambiente, da sua função ecológica ou de sua importância para a preservação das espécies.

Portanto, a vedação à crueldade significaria uma norma autônoma, de modo que sua proteção não se daria unicamente em razão de uma função ecológica ou preservacionista.

Ainda nesse sentido, segundo o voto-vista prolatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, há precedentes no mesmo sentido, como no RE nº 153.531, no qual julgou o caso da farra do boi.

Por outro lado, o voto-vista não elucida a diferença entre a mera dominação dos bois da vaquejada em relação ao verdadeiro flagelo da farra do boi, onde os bovinos são apedrejados até a morte pelos participantes.

Também, no mesmo sentido, o voto-vista assinala como precedentes a ADI nº 1.856/SC e ADI nº 2.514/RJ, nos quais foram declaradas inconstitucionais leis estaduais editadas com o objetivo de legalizar a prática da competição galística.

No entanto, o voto-vista não explicita a dessemelhança entre a mera dominação dos bovinos, característica da vaquejada, e as verdadeiras sevícias aos animais, nas rinhas de galo, já que tal prática compreende em inserir artefatos de metais nas esporas dos galos, o que conduz inevitavelmente a morte de um dos animais envolvidos na competição.

Por outro lado, o voto-vista pontua existir crueldade nas vaquejadas, não tão perceptível como nas outras práticas.

No entanto, pelo voto-vista, haveria tratamento cruel aos bovinos e equinos empregues na vaquejada, pois no caso dos bovinos é cruel a tração e torção brusca da cauda do boi, assim como a sua derrubada em área delimitada, e, no caso dos equinos, a crueldade consiste na possibilidade de eles sofrerem um conjunto de lesões decorrentes do esforço físico despendido na corrida atrás do boi.

Tais conclusões, verificaram-se dos dados fáticos constituídos no Laudo juntado aos autos, agregado a estudos acadêmicos, além de dezenas de vídeos da prática em questão visualizados pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

Nesses termos, empregaram-se dados fáticos como determinantes para resolução da controvérsia constitucional, cuja análise pragmática conduziu a um padrão mais eficiente no tratamento dos bovinos, qual seja, a vedação da prática da vaquejada, o que é indicativo da legislação ocasional.

Cabe salientar, o voto-vista registra a existência de um direito moral dos animais em não se submeterem à crueldade, não sendo possível a regulamentação da prática da vaquejada, na exata medida em que a legislação regulamentadora para ser constitucional descaracterizaria os elementos essenciais da prática.

Por outro lado, faz-se indispensável pontuar a intervenção do Ministro Gilmar Mendes, no sentido da ausência de parâmetro no reconhecimento da inconstitucionalidade da vaquejada, principalmente quando prática semelhante, como a corrida de cavalos, é considerada lícita, o que conduz a uma jurisprudência meramente simbólica.

No que tange ao caráter normativo, tal afirmação mostrasse autoevidente, mormente pela análise da argumentação empreendida no voto-vista, cuja fundamentação fora orientada em um melhor padrão para o futuro, o que significa o reconhecimento de um padrão político, para arrimar a criação de direitos aos animais.

No entanto, cabe salientar, um exemplo ainda mais patente do caráter normativo das decisões do Supremo Tribunal Federal, representado na legitimação do direito à interrupção voluntária da gestação.

Nesse sentido, cabe pontuar, tratar o Habeas Corpus (HC) n.º 124.306/RJ da legitimação do direito à interrupção voluntária da gestação, arrimado no padrão político da comparação de políticas públicas; de fundamentação pragmática; da ruptura da integridade e finalmente no reconhecimento do poder discricionário do Supremo Tribunal Federal nos casos de omissão e ambiguidade do texto constitucional.

No voto-vista de lavra do Ministro Luís Roberto Barroso emitido no Habeas Corpus (HC) nº 124.306/RJ, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), legitimou-se o direito à interrupção voluntária da gestação, à míngua de disposição constitucional.

Nessa sequência, o voto-vista emitido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, condensa a circunstância fática originadora do acórdão aduzindo tratar-se de uma impetração direcionada ao reconhecimento da ilegalidade da prisão preventiva de médicos proprietários de uma clínica de aborto, cujo segregação fora decretada pelo Tribunal de Justiça Fluminense, em sede de Recurso em Sentido Estrito (RESE).

Dessa forma, na solução do caso concreto, o voto-vista assinala de abertura, o despropósito da via eleita pelos impetrantes, a saber, o habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional, amparado em construção pretoriana do Supremo Tribunal Federal (HC nº 109.956, Rel. Min. Marco Aurélio).

No entanto, isso não seria óbice à apreciação de eventual ilegalidade, ante a possibilidade jurídica da concessão de ordem de ofício.

Por isso, a concessão de ofício de ordem de Habeas Corpus seria plenamente exequível, ante a igualmente construção pretoriana do Supremo Tribunal Federal (HC nº 109.449, Rel. Min. Marco Aurélio), em direção à ilegalidade da prisão preventiva determinada sem a demonstração, empiricamente motivada dos requisitos legais descritos no artigo 312 do Código de Processo Penal Brasileiro (CPPB).

Não obstante, o voto-vista lavrado pelo Ministro Luís Roberto Barroso caracteriza outros motivos relevantes para concessão da ordem de ofício de Habeas Corpus, notadamente a inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

Seguramente, detectamos uma atuação normativa do Supremo Tribunal Federal como um legislador ocasional no presente precedente, porquanto em nome de uma leitura principiológica estribada na dignidade da pessoa humana, seria legítimo o direito à interrupção voluntária da gestação.

Nestes termos, há um pressuposto implícito no acórdão, materializado no poder discricionário do STF reconhecer omissões e ambiguidades, mormente, no caso do Código Penal Brasileiro, não podendo ser recepcionado os artigos 124 e 126 do CPB, por supostamente conflitarem com os valores descritos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse sentido, haveria a não recepção da tipificação penal do crime de aborto voluntário retratada nos artigos 124 e 126 do Código Penal Brasileiro (CPB), posto que a criminalização de uma conduta exige a violação de um bem jurídico relevante, além do comportamento

incriminado não constituir exercício legítimo de um direito fundamental, necessitando, por fim existir proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal.

Destarte, pelo teor do voto-vista expresso, haveria uma violação a direitos fundamentais das mulheres, torna-se necessária uma breve incursão na teoria geral dos direitos fundamentais para esclarecer tal argumentação.

Por tal visão, os direitos fundamentais converteram-se em uma emanção da dignidade humana, na linha de uma das proposições do imperativo categórico kantiano, de acordo com a premissa de que toda pessoa deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não como meio para satisfação dos objetivos coletivos.

Cabe salientar, ser a dignidade da pessoa humana, a base filosófica do pragmatismo jurídico fundamentador do precedente.

Além disso, para se assegurar uma justiça substantiva, o precedente utiliza como parâmetro de julgamento, o princípio da proporcionalidade, como formulado por Robert Alexy (1999), máxime pelos três subprincípios: (I) adequação, cujo significado abrange a idoneidade da medida para atingir o fim visado; (II) a necessidade, que expressa a vedação do excesso e (III) a proporcionalidade em sentido estrito, consistente na análise do custo-benefício.

Nesse seguimento, segundo o voto-vista, se a conduta de abortamento do nascituro executada pela mulher é legítima, não existiria sentido em se incriminar o profissional de saúde, ao viabilizar o procedimento de aborto. Daí existir uma suposta omissão e ambiguidade no sistema jurídico, o que justificaria a atuação do STF como legislador ocasional.

Pelo teor do voto-vista tais enunciados direcionariam a percepção de que a criminalização da interrupção voluntária da gestação alvejaria gravemente diversos direitos fundamentais das mulheres, dentre outros os seguintes:

(I) violação à autonomia da mulher, tratada no voto-vista como se tratasse de um direito, cujo conteúdo seria determinado como uma violação à autonomia do direito da mulher em realizar as suas escolhas existenciais, na forma do artigo 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil. No entanto, a autonomia da mulher figura como um paradigma a orientar a elaboração de uma política pública em favor da mulher, não podendo dele, originar-se direito, sem o necessário processo de legiferação;

(II) violação do direito à integridade física e psíquica, cuja acepção no voto-vista, concerne uma imposição de gravidez forçada em decorrência de uma norma penal, o que traduziria um tormento indesejado para mulher. Apesar disso, não há um direito propriamente dito, já que não há uma obrigação em engravidar, perante os vários métodos anticoncepcionais. Não obstante uma vez grávida, a continuidade da espécie humana transforma-se em um bem

jurídico tutelado pela lei penal, a saber, o direito de o feto desenvolver-se e nascer. Tal bem jurídico, só poderia ser alterado por intermédio do processo de legiferação;

(III) violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher cuja definição engloba o direito de a mulher decidir sobre se e quando deseja ter filhos, o que seria afetado com a criminalização do aborto. É que o tratamento penal afetaria a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coação, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada. Sem embargo, a argumentação utilizada no voto-vista é marcadamente política, já que se poderia contra argumentar, o fornecimento de contraceptivos necessários para evitar uma gravidez, não havendo uma obrigação em engravidar;

(IV) violação à igualdade de gênero, cujo postulado seria a constatação de que só haveria igualdade de gênero entre homens e mulheres, se fosse garantido às mulheres o direito de abortamento, já que os homens não engravidam. Entretanto, tal argumentação é marcadamente política e não jurídica, sendo retirada de um *slogan* do movimento feminista;

(V) discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres, último padrão político abordado, cujo sentido consiste no fato das mulheres pobres não terem acesso a clínicas particulares ou médicos, não podendo se valer do sistema único de saúde, o que as obrigaria a recorrer a procedimentos rudimentares, com alto risco de lesões, mutilações e óbitos. Não obstante, há um bem jurídico tutelado, o direito do feto nascer, por outro lado, não havendo um direito legal de financiamento público do abortamento, de modo que não se poderia impor um financiamento público aos contribuintes de um “direito a abortamento”, já que os contribuintes não seriam obrigados a financiar o exercício de um direito de outros cidadãos.

Decerto, encontramos-nos diante de *standard* político utilizado para definir uma política pública mais eficiente. No entanto, a partir de uma argumentação política, o voto-vista legitimou o direito ao abortamento, baseado em uma suposta omissão e ambiguidade no sistema jurídico.

Por esse ângulo haveria o reconhecimento de *standard* político identificado como se direito fosse, apto a partir de agora, a legitimar o direito ao abortamento.

Por esse ângulo, o amálgama entre argumentos genéricos de princípios, aliado a perceptível padrão político, evidentemente configura uma deformidade na interpretação principiológica, pela irrefutável ruptura da integridade do direito.

De outro lado, pelo teor do voto-vista, a tipificação do aborto não suplantaria o teste da proporcionalidade, fazendo-se necessária uma revisão da questão à luz dos novos valores constitucionais, aliados às transformações dos costumes, agregados a uma perspectiva

cosmopolita, representando tal argumentação o reconhecimento do caráter político do padrão utilizado no julgamento.

Nesse sentido, a criminalização do aborto constitui-se uma medida inadequada para proteção do direito à vida do nascituro, posto que as taxas de aborto nos países onde o procedimento é autorizado são muito semelhantes àsquelas encontradas nos países em que ele é vetado.

Na verdade, tal justificativa confronta a política pública de países em que o aborto é liberado com a política pública brasileira de interdição do aborto.

Ademais, a pura e simples criminalização não extrapolaria o teste da necessidade, já que haveria outros meios menos invasivos para assegurar o direito das mulheres, de modo que a descriminalização do aborto em seu estágio inicial (em regra, no primeiro trimestre), é medida apta à preservação do direito das mulheres e dos nascituros.

Da mesma forma que o argumento anterior, existe uma confrontação, no voto-vista entre a política pública de países, onde o aborto no primeiro trimestre é lícita, com a política de proibição do aborto, representando tal arrazoado, o uso do paralelo de políticas públicas como fundamento determinante para o julgamento.

Por derradeiro, não haveria proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que a criminalização além de violar os direitos fundamentais das mulheres, geraria um custo social (e.g problema de saúde pública e mortos) muito superior aos benefícios de criminalização.

Tal arguição, da mesma forma que as anteriores, equivale à aplicação de argumentos políticos remodelados em argumentos de princípios, singularmente, quando nivela a questão do aborto no Brasil, aos princípios colhidos no famoso caso *Roe v. Wade*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (SCOTUS).

Em síntese, a atuação normativa do Supremo Tribunal Federal ao agir como legislador ocasional, sobejou demonstrada pela análise dos argumentos empregues como razão de decidir nos precedentes analisados, argumentos de política remodelados em argumentos de princípio, o que conduziram à concessão da ordem de habeas corpus, ante a inexistência dos crimes descritos nos artigos 124 e 126 do Código Penal Brasileiro (CPB), motivo porque a prisão preventiva seria ilegal, face à inexistência de um pressuposto para a sua concessão.

Desse modo, em breve corolário, depois da elucidação do fenômeno da atuação normativa do STF, doravante será abordado o enfoque da integridade do direito, pela exposição das correntes substancial e procedimental, de modo a aprofundar a temática e corroborar a hipótese levantada neste documento.

2 AS CORRENTES SUBSTANCIAL E PROCEDIMENTAL

Primordialmente, para delineamento do debate acerca da atuação normativa do STF pela compreensão da integridade, faz-se necessário entabular a revisão da literatura, registrando a subsistência de duas correntes, no que tange ao tema.

Nessa sequência, estas correntes acham-se denominadas de substancial e de procedimental. Pela corrente substancial há um núcleo de direitos e de garantias fundamentais constantes na CRFB, de 1988, limitando a atuação dos Poderes Públicos, cuja justificativa traduz-se na perspectiva da integridade do Direito.

Em contrapartida, a corrente procedimental privilegia o processo dialógico como fonte de direitos, e o reputa como a única forma de assegurar a todos a igualdade de participação no processo de produção de direitos por parte do Estado, concretizando uma reconstrução racional do direito similarmente pela concepção da integridade.

Assim sendo, tanto o modelo substancial como o modelo procedimental, de uma forma ou de outra, terminam confluindo para a óptica da integridade do direito, como forma de superação à discricionariedade judicial, nota característica da atuação normativa dos Tribunais, como legisladores ocasionais.

Nesse sentido, há dois temas objeto da corrente procedimental e substancial. Cumpre salientar, o primeiro objeto consiste no processo de legiferação, resultado da relação entre autonomia pública e privada do cidadão. No entanto, o segundo objeto representa o processo de reconstrução racional do direito pela integridade.

Portanto, a corrente procedimental terá como objeto a elucidação da origem do processo de legiferação, bem como sua conexão com os direitos políticos do cidadão.

Nesse significado, a corrente procedimental esclarecerá a relação entre direito e democracia. Nestes termos, não há direito sem democracia, muito menos existe democracia sem direito, por conta de relação intrínseca entre os dois conceitos.

Por outro lado, o produto do processo de legiferação representado pela Constituição, Códigos, Estatutos e leis denominados de práticas jurídicas deverão submeter-se a um processo de reconstrução racional.

Destarte, há necessidade de adoção de um paradigma de argumentação jurídica exterior às práticas jurídicas. Tal paradigma consiste na integridade como meio para reconstrução racional do direito.

Em outros termos, cabe salientar que as correntes substancial e procedimental se apresentam como propósito de aclaração por parte do historicismo de Bruce Ackerman,

apropriado juntamente por tecer considerações relativamente a tais correntes do pensamento jurídico contemporâneo.

Por esse ângulo, existiriam dois tipos de processos decisórios em um regime democrático. O primeiro processo decisório equivale às definições adotadas pelo governo cotidianamente e o segundo constitui-se pelas decisões perfilhadas pelo povo de forma soberana. Nestes termos, a Constituição traduz-se em um compromisso dualista (ACKERMAN, 2006).

Como resultado destas noções preambulares, existiriam dois momentos políticos dessemelhantes vividos por uma nação, uma situação entrelaçada aos fatos cotidianos e outra condição adotada somente em acontecimentos de ruptura de paradigmas.

Nessa acepção, existiria um empecilho cujo intuito seria coarctar o vitorioso no pleito eleitoral do ímpeto de exceder-se em seus poderes, de modo a aprovar leis que viessem subverter as garantias alcançadas outrora pelo povo (ACKERMAN, 2006, p. 7).

No tocante ao modelo procedimental, ele seria correlacionado à concepção de uma democracia monista, cuja premissa representa a faculdade do vencedor do pleito eleitoral em criar legislação nos Parlamentos, desde que as eleições fossem justas e livres, e não sucedessem restrição na participação dos perdedores no próximo certame eleitoral (ACKERMAN, 2006, p. 9).

Em um ângulo díspar, a democracia dualista amparada por Bruce Ackerman, não vê nenhuma dificuldade contra majoritária, visto que a função dos Tribunais seria a de salvaguardar os elementos essenciais do regime democrático, de modo a defender o espírito da Constituição contra os políticos que fracassaram na obtenção do apoio necessário para reforma ou para elaboração de uma nova Constituição (ACKERMAN, 2006, p. 12).

Como corolário, o modelo substancial engloba como pressuposição a garantia de direitos, de modo que a soberania popular seja restringida pela preservação e conservação dos direitos fundamentais (ACKERMAN, 2006, p. 13), cuja primazia sobre o processo democrático cerceia as decisões majoritárias.

De fato, pela perspectiva substancial, não há uma área aberta no direito, de modo que as omissões e ambiguidades permanentemente seriam solvidas pelo conjunto coerente de princípios individualizados pela integridade, o que proíbe o emprego de argumentos políticos remodelados em argumentos de princípio.

Por conseguinte, existiria um império do direito e não das maiorias eventuais retratadas pelos Parlamentos ou pelos Tribunais, o que, indubitavelmente, necessitaria prevalecer um

conjunto coerente de princípios designado de integridade do direito, ao invés da atuação normativa dos Tribunais, como legisladores ocasionais.

Como se pode ver, nos casos sem regras; casos em que a norma não possui clareza ou casos em que a regra ofereça uma orientação ambígua, omissa ou incompleta, epitetados de casos difíceis, a resposta correta permanentemente depende da interpretação construtiva do direito, alicerçada em um conjunto coerente de princípios qualificados de integridade.

Nesse sentido, o intérprete não é um coparticipante no processo de criação da norma, não podendo ele manipular argumentos políticos remodelados em argumentos de princípios, muito menos se valer de ideologias ou algum padrão político mais eficiente, para resolução de um caso difícil.

Como consequência, desponta a imposição de se esquadrihar um conjunto coerente de princípios reinantes no sistema jurídico pela perspectiva da integridade do direito.

Nesse seguimento, desponta a imprescindibilidade do esquadrihamento a respeito da teoria da integridade do direito de Ronald Dworkin (2007), cuja estratégia de reconstrução racional do direito, pela perspectiva da integridade é também associada à teoria da facticidade e validade de Jürgen Habermas (1997).

Não obstante, a Constituição vista pelo entendimento dualista seria democrática e, subsequentemente, asseguradora de direitos, já que a tutela de direitos depende forçosamente de uma declaração democrática prévia, de modo, que o povo em última análise é a fonte de direitos (ACKERMAN, 2006, p. 17).

Por essa visão, o processo dialógico seria a fonte primária dos direitos fundamentais, e não o contrário, de modo que os direitos fundamentais apresentariam um conteúdo procedimental, uma vez que eles significariam um produto do procedimento democrático, cujo cerne traduz-se no direito fundamental de participação no processo democrático e no estabelecimento dos direitos fundamentais (ACKERMAN, 1993, p. 206).

Esse enfoque procedimental será explanado regularmente, pela exposição da razão comunicativa como fundamento para reconstrução de toda sociedade, assim como na premissa de que os direitos humanos consistem em direitos jurídicos originadores do próprio sistema de direitos, confluindo tais noções para o prisma da integridade do direito, superando-se, assim, a discricionariedade judicial (HABERMAS, 1997).

Cabe notabilizar que, pela compreensão procedimental, a vida em comunidade e o respeito aos direitos sobrepõem-se à visão pragmática do magistrado.

Dessa maneira, a tensão entre facticidade e validade avança inevitavelmente por intermédio do direito como forma de auto-organização da comunidade política, o que se traduz na superação da discricionariedade judicial.

Bruce Ackerman (1993) ainda assegura que a cada ruptura institucional nos Estados Unidos da América sucedera o estabelecimento de uma nova ordem jurídica.

Por conseguinte, a independência dos Estados Unidos da América fora uma ruptura com a metrópole e teria motivado a Constituição dos Estados Unidos da América (CEUA), de 17/09/1787; a guerra de secessão representaria uma ruptura com o modelo escravagista e originou as emendas XIII (1865) e XIV (1868); e a grande depressão traduz-se uma ruptura com o liberalismo econômico, tendo acarretado o *New Deal*, uma série de medidas legais, que vieram a alterar a interpretação da CEUA.

Naturalmente, a aplicação do pensamento historicista de Bruce Ackerman (2008), no contexto brasileiro, manifesta-se adequada, na exata medida em que a CRFB, de 1988, representou uma ruptura institucional com o regime ditatorial de 1964.

Nesses termos, a hermenêutica constitucional suportaria tanto o paradigma substancial, quanto o procedimental, para resolução do obstáculo da legislação ocasional, principalmente pela convergência destas correntes para o *standard* da integridade do direito.

Por consequência, passo a expor os principais postulados da corrente substancial e procedimental, com enfoque na integridade do direito, de modo a contrapor a atuação normativa do STF como legislador ocasional.

2.1 CORRENTE SUBSTANCIAL

É notório que na construção deste documento se faça uma investigação do modelo substancial com o intuito de elucidar se a concepção da integridade viabiliza a atuação normativa dos Tribunais como legisladores ocasionais.

Nessa lógica, a teoria substancial encerra a integridade do direito na percepção de Ronald Dworkin (2007).

No entanto, a concepção de integridade é do mesmo modo justificada pela teoria da facticidade e validade de Jürgen Habermas (1997), o que confirma a pertinência em se escrutinar as duas teorias.

Cabe esclarecer que a explanação de tais teorias objetiva elucidar as premissas teóricas adequadas e aptas para comprovação da hipótese levantada neste documento, demonstrando que o STF, como guardião da CRFB, de 1988, é responsável por sua revisão judicial, encontra-

se limitado pelo teor das disposições constitucionais, mas não pode adotar o *standard* da política como parâmetro decisório, já que ele não seria um legislador ocasional, máxime pelo enfoque da integridade do Direito, devendo, nesta acepção, contextualizar a teoria de direitos de Ronald Dworkin. Na sequência, vamos dilucidar a distinção entre regras e princípios (teoria de direitos) e o direito como uma prática interpretativa, para finalmente elucidar a tese do direito como integridade.

2.1.1 Crítica ao utilitarismo pela doutrina de direitos de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin (2017) escrevera uma série de artigos sob a compreensão de esclarecer o que é o direito, quem deve obedecê-lo e quando.

Nesse sentido, o objetivo inicial seria a estruturação de um modelo teórico apto a rejeitar a discricionariedade judicial.

Ademais, este debate filosófico mostra-se pertinente para contrapor uma das premissas da atuação normativa do Supremo Tribunal Federal, sobretudo, o utilitarismo.

Em primeiro lugar, abordar-se-á a crítica de Dworkin (2017) ao utilitarismo como maneira de esclarecer a inexistência de discricionariedade judicial, nota característica da atuação normativa dos Tribunais.

Na sequência, o utilitarismo, justificativa filosófica do pragmatismo, similarmente desvirtua a noção de direitos, já que o postulado do utilitarismo representado pela maximização de uma utilidade em favor do maior número de indivíduos desconsidera direitos de uma parcela da população.

Por essa óptica, os direitos consistiriam em trunfos que os indivíduos lograriam contra a maioria, o que direcionaria à derrocada do utilitarismo (DWORKIN, 2017) e, por conseguinte, da discricionariedade judicial.

Nestes termos, as decisões não corresponderiam ao princípio majoritário, considerando que as decisões possuiriam como ponto de partida a noção de direitos.

Em perspectiva diversa, cabe salientar que as leis utilitaristas de um modo geral focam nas consequências das políticas estatais. Por isso, baseado nesta concepção moral, boas consequências são iguais a boas ações. Para o atingimento das consequências os meios não seriam tão relevantes, e o que importaria de fato seriam as finalidades, desde que a utilidade de tal ação tivesse como objetivo atingir o bem comum do maior número de pessoas (KYMLICKA, 2006).

Portanto, como o utilitarismo foca nos melhores fins visando o futuro da comunidade, a concepção utilitária detém uma similaridade acentuada com o pragmatismo, já que o foco desta corrente também reside nas consequências da ação.

Por esse ângulo, as ações estatais necessitariam ser medidas em termos de felicidade, ou prazer, que elas produzem, já que a ação estatal correta seria aquela que maximizaria a utilidade de todos os envolvidos, e o correto seria maximizar o bom, e o bom poderia ser qualquer coisa (MILL, 2005), como a eficiência, o custo e benefício de uma ação ou melhores padrões políticos visando o preferível para o futuro da comunidade.

Assim, o modo como nós precisaríamos maximizar a utilidade seria baseado naquilo que é intuitivo e não há nada mais básico que nosso desejo primordial de buscar o prazer e evitar a dor, sendo esta a essência do utilitarismo pragmático.

A rigor, o utilitarismo pragmático poderia ser conceituado como uma teoria moral que ampara o hedonismo do bem-estar, resumindo-se na assimilação do bom ao prazer, e na compreensão de que nós devemos moralmente buscar prazer e a felicidade, e por outro lado laborar para evitar a dor.

John Stuart Mill (2005, p. 51) sustenta que o utilitarismo seria:

A doutrina que aceita como fundamento da moral a utilidade, ou o princípio da maior felicidade, defende que as ações são correctas (sic) na medida em que tendem a promover a felicidade, e incorrectas (sic) na medida em que tendem a gerar o contrário da felicidade. Por felicidade entendemos o prazer, e a ausência de dor; por infelicidade, a dor, e a privação de prazer.

Inferese que a noção de justiça utilitarista pragmática mudaria de comunidade para comunidade, posto que a noção daquilo que seria bom não englobaria um conteúdo único, mas seria composto de duas coisas: uma regra e um sentimento que sancione a regra, sendo tal sentimento variável de comunidade para comunidade.

Desse modo, dentro da ótica utilitarista pragmática, por exemplo, uma decisão judicial descriminalizando o aborto seria perfeitamente plausível, já que os direitos dos nascituros poderiam ser sacrificados para o benefício da maioria das mulheres, uma das premissas utilizadas no HC nº 124.306, oriundo da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, arquétipo de atuação normativa do STF como legislador ocasional.

Apesar disso, a concepção da maximização da utilidade com o propósito de alvejar a máxima felicidade, não suplanta o experimento mental da máquina de experiência formulada por Robert Nozick (1938-2002) citado por Kymlicka (2006, p. 16):

[...] nos convida a imaginar que os neurofisiologistas possam nos ligar a uma máquina que nos injete drogas. Essas drogas criariam os estados conscientes mais prazerosos que se pode imaginar. Ora, se o prazer fosse nosso maior bem, então, todos nós nos ofereceríamos espontaneamente para ficar ligados a essa máquina por toda a vida, perpetuamente drogados, não sentindo nada além da felicidade. Com certeza, porém pouquíssimas pessoas se ofereceriam voluntariamente para tal fim. Longe de ser a melhor vida que podemos levar, ela sequer poderia ser considerada vida. Longe de ser a vida que mais vale a pena ser vivida, muitas pessoas diriam que essa seria uma vida desperdiçada, destituída de valor.

Dessa maneira, o perturbador experimento mental da máquina de experiência de Robert Nozick desestrutura o principal argumento do utilitarismo, na exata medida em que a busca pela felicidade até seria conquistada pelas experiências prazerosas alcançadas pela máquina, mas o expediente empregue para se chegar a tal desfecho não conteria qualquer dignidade, o que invalidaria o próprio fim visado.

A “[...] inferência que se chega em relação à abordagem política legislativa utilitarista pragmática, instrumentaliza o ser humano, arrebatando do respeito mínimo por parte da comunidade e do Estado” (BRITO FILHO, 2015, p. 45).

Apesar disso, o homem não poderia ser tratado como um mero meio, uma vez que, ele possui dignidade em si, como observa Brito Filho (2015, p. 45):

Para Kant, como explica Rabenhorts, no reino das finalidades humanas tudo ou tem preço ou dignidade. No primeiro caso, o que tem preço pode ser comparado ou trocado; já no caso da dignidade, ela funciona como atributo do que não pode sê-lo, ou seja, o que tem dignidade não é passível de substituição ou comparação. Como o homem, ser racional e dotado de autonomia, é o único capaz de fazer suas escolhas, ele é considerado como o único, também, que é possuidor de dignidade. Não pode o homem, então, em nenhuma circunstância ser considerado de outra forma que não como um fim em si mesmo. Continua Rabenhorst afirmando que, “Na perspectiva Kantiana, a dignidade humana se funda, portanto, no lugar que o homem ocupa na escala dos seres”.

De outra forma, segundo Dworkin (2017, XII e XIII), aspiramos levar a sério a noção de direitos. Portanto, necessitamos ter a clareza de que o utilitarismo pragmático é um conceito hostil à própria ideia de direitos, uma vez que, sistematicamente os direitos de parte da comunidade serão menosprezados ou simplesmente violados, caso seja concretizada a ideia de maximizar a utilidade para o maior número de pessoas.

Nestes termos, a lógica do utilitarismo atribui relevância aos direitos coletivos da sociedade, maximizando utilidade para o maior número. No entanto, tal visão erra ao desconsiderar a noção de direitos individuais contra o Estado, anterior ao direito decorrente do processo de legiferação explícita (DWORKIN, 2017, XIII).

Por tal lógica, a soma de interesses dos indivíduos não é o único parâmetro a ser seguido, isso porque o direito individual deve ser respeitado, mesmo que para tanto a comunidade como um todo venha a sofrer um dano (DWORKIN, 2017, XV).

Destarte, a argumentação principiológica, além de mostrar-se compatível com a democracia, significa a forma adequada para defender o direito individual do cidadão contra a visão pragmática utilitária (DWORKIN, 2017, XVI).

Nesse sentido, o direito à igualdade consistente no direito à igual consideração e respeito, sendo a forma adequada para contrapor ao coletivismo originário do pragmatismo utilitarista (DWORKIN, 2017, XVI).

É possível apontar o déficit do utilitarismo para amparar a moderna noção de direitos humanos: “Ora, em assim sendo, não há como usar o utilitarismo para definir uma justa distribuição dos Direitos Humanos em favor de todos, pois, por essa doutrina, não se atinge a totalidade dos indivíduos, havendo o sacrifício de alguns para o bem-estar de outros” (BRITO FILHO, 2015, p. 51).

Ainda na trilha doutrinária de Brito Filho (2015, p. 50) defende que:

Lançando mão de um exemplo que também sempre utilizo, é o que acontece, quando um governo afirma, normalmente de forma triunfante, que à medida que vai adotar, possibilitará, por exemplo, que 90% das crianças tenham educação básica. Aparentemente tem-se aqui uma boa medida, pois a maioria das crianças será alfabetizada. O problema é que, na verdade, o que se está a dizer é que, por causa da medida adotada para cumprir uma obrigação essencial do Estado, 10% de todas as crianças serão excluídas do direito de ter educação formal, que é um direito indispensável do ser humano, atingindo essa exclusão, via de regra, as mais necessitadas.

Dessa forma, o ponto de vista utilitarista é confrontado pela doutrina de direito de Ronald Dworkin, neste prisma, ter-se-ia a moral constituída por um modelo que se fragmenta em duas categorias, sendo, a primeira, do direito e, a segunda, da ética, desse modo, o direito apresenta uma conexão visceral com a moral e a ética por se constituir em essência de um mero reflexo destas ciências.

É cediço que essa argumentação utilitarista pragmática é empregue para dar um conteúdo à dignidade da pessoa humana, descrita no artigo 1º, inciso III, da CRFB, de 1988, o que de certa maneira acaba extravasando para uma discricionariedade pragmática, ao refundir argumentos políticos com argumentos de princípios.

No HC nº 124.306/RJ, julgado pelo STF, a concepção utilitarista pragmática fora empregada como justificativa para reconhecer a violação à autonomia do direito da mulher, pela perspectiva da dignidade da pessoa humana, permitindo o direito ao aborto, o que

compreende uma amostra clara da discricionariedade pragmática, ao reconstruir uma argumentação política como argumentação de princípios.

Na ADI nº 4983, oriunda da Justiça do Estado do Ceará, analisada pelo STF, a concepção utilitarista pragmática harmonizou-se com a certificação dos animais como sujeitos-de-uma-vida, o que lhes concederia um direito moral autônomo, o que estabelece um tipo de discricionariedade pragmática, um melhor modelo político, ao reestruturar uma argumentação política como argumentação de princípios.

Desse modo, existe um desvirtuamento neste tipo de interpretação principiológica, já que ao mesmo tempo em que se reconhece alguns atributos da dignidade da pessoa humana aos animais, se nega a mesma dignidade da pessoa humana aos nascituros, importando no paradoxo do reconhecimento de direitos aos animais, com fundamento no imperativo categórico kantiano e a negativa da qualidade aos nascituros, todos arrimados no mesmo modelo de recomposição de argumentos políticos como argumentação de princípios.

Em síntese, a anomalia da leitura principiológica pragmática, aliada aos argumentos utilizados como *standard* político decorrente de dados fáticos, tanto no HC nº 124.306/RJ, quanto na ADI nº 4983/CE, comprovam a utilização da política como *standard* decisório pelo STF, o que define o Tribunal como um legislador ocasional, na linha sustentada por Posner (2008).

Por isso, o direito como integridade engendrado por Ronald Dworkin (2017) ao preterir o utilitarismo, desponta pertinente para corrigir a rota, e indicar o caminho correto para solver as aporias decorrentes da atuação normativa do STF, como um legislador ocasional.

Ademais, cabe frisar, que a interpretação construtiva do direito esboçada pelo modelo dworkiniano poderia ser classificada como sucessor do pensamento kantiano (GUEST, 2013), mas ao adicionar a noção de integridade, esta interpretação rechaça a política como *standard* decisório.

Nesse sentido, cabe destacar, que a teoria de direitos progrediu para noção de integridade, constituindo-se o sistema jurídico em um conjunto coerente de princípios, o que obviamente foram rompidos nos precedentes representados pelo HC nº 124.306/RJ e na ADI nº 4983/CE.

Por consequência, o direito é um sistema sem lacunas, sempre expectando a descoberta do sentido e não a pura e simples criação de uma decisão, motivo pelo qual, inexistente área aberta no direito, como pressuposto da legislação ocasional.

Na sequência, vê-se que existiria possibilidade de censurar a noção de legislador ocasional de Posner (2008), pelo caráter antidemocrático e injusto deste poder discricionário

atribuído ao magistrado. Os juízes não seriam legisladores delegados, revelando-se enganoso o pressuposto de que eles teriam atribuição normativa.

Ademais, a noção do magistrado como legislador ocasional não se ampara, isto porque a atribuição normativa seria retroativa, o que criaria direito *ex post facto*, injusto pela circunstância de abalar as expectativas legítimas do cidadão, que confiaram no princípio de que as consequências jurídicas dos seus atos seriam determinadas pelo estado conhecido do direito estabelecido, ao tempo dos seus atos.

Essas premissas tornam-se vitais para demarcar o pensamento dworkiniano como continuador do ideal kantiano, o diferenciando do pensamento kantiano, por sustentar uma visão coerente de princípios sintetizados na noção de integridade.

Nessa ocasião, faz-se indispensável elucidar o que seriam regras e princípios para Ronald Dworkin (2017), assim como clarificar o fundamento moral dos princípios, noções que progrediram progressivamente para a concepção da integridade no direito.

2.1.2 Regras e princípios para Ronald Dworkin (Teoria de Direitos)

Na coletânea de artigos agrupados sob o título “Levando os Direitos a Sério”, Ronald Dworkin (2017) principia a sua exposição nos apresentando uma questão embaraçosa. Para tanto, parte da constatação dos juristas apoiarem-se em noções como direito e obrigação, sendo comum afirmações no sentido de o cidadão possuir direito ou obrigação de fazer reivindicações ou exigências. No entanto, existiria uma certa dificuldade em definir a natureza dos direitos e das obrigações jurídicas (DWORKIN, 2017, p. 23).

Cabe frisar, que a proposição amparada por Ronald Dworkin (2017) se apresenta necessária para impugnar a atuação normativa dos tribunais como legisladores ocasionais, principalmente pela inexistência de um poder discricionário pragmático dos tribunais.

Em primeiro lugar, Dworkin não diverge de que o conteúdo do direito seria formado por conceitos como obrigações e direitos, muito menos dissente que estes conceitos dependam, imperiosamente, das práticas jurídicas descritivas, como a CRFB, de 1988, Códigos, Estatutos ou precedentes.

No entanto, a teoria de direito de Ronald Dworkin (2017) encerra como pressuposição a inexistência de discricionariedade judicial, argumento comum tanto ao pragmatismo posneriano, quanto ao positivismo jurídico.

Nessa continuidade, a teoria de direitos progrediu para concepção da integridade do direito, compreensão apta a impugnar a legislação ocasional, definida no pragmatismo posneriano.

Dessa maneira, relevante a exposição da teoria de direitos comprovando a ausência de discricionariedade judicial. Destarte, inexistente uma área aberta no direito, atributo padrão da atuação normativa dos tribunais como legisladores ocasionais.

Dessarte, não será evidenciado o debate entre Herbert Hart (1994) e Ronald Dworkin (2017). Em contrapartida, as linhas centrais para percepção da ausência de discricionariedade judicial e por via de consequência, a inexistência de área aberta do direito, será motivo de aprofundamento.

Primordialmente, como sustentado por Habermas (1997), o positivismo jurídico compreenderia em uma corrente filosófica cuja linha central contém a existência de uma regra de conhecimento básica.

Nessa linha de raciocínio, a noção do que é direito para uma comunidade sujeita-se a uma prática complexa, normalmente coordenada, dos Tribunais e funcionários públicos, especialmente quando eles identificam o que é direito, denominada de regra de reconhecimento (HABERMAS, 1997, p. 251).

Neste sentido, o esqueleto do positivismo jurídico reside em três proposições básicas (DWORKIN, 2017):

a) A primeira conjectura positivista evidencia o seu próprio conceito e finalidade. O positivismo consistiria em um modelo de regras destinado a definir os comportamentos a serem punidos ou coagidos. Na identificação das regras não é relevante o conteúdo, mas a sua forma, de modo que a importância da regra gira em torno do seu pedigree, ou seja, a sua origem;

b) O segundo pressuposto positivista salienta a indeterminação do direito, de modo, que se alguém não se encontrar claramente abrangido por uma regra, tal situação não será regida pelo Direito;

c) A terceira premissa positivista declara que se alguém detém uma obrigação jurídica, isto significa dizer que o caso se acha regido pelo direito, de modo a obrigá-lo a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Por outro lado, o âmago do positivismo é delineado pelo teste de pedigree, melhor dizendo, a razão do positivismo equivale ao teste de identificação do modelo de regras consideradas como obrigatórias pelo direito.

Nessa perspectiva, a regra primária constitui-se naquela concessiva de direito ou impositiva de obrigação. A regra secundária é aquela que determina de que forma a regra primária poderia ser criada, estabelecida, alterada ou modificada (DWORKIN, 2017, p. 31).

Posner (2008), pelo seu pragmatismo, reconhece as práticas jurídicas descritivas como mero legalismo, apropriado à maioria dos casos. No entanto, ineficiente nas áreas abertas do direito, melhor dizendo, naqueles casos de omissões e ambiguidades.

Ainda neste sentido, a originalidade da teoria de direitos de Ronald Dworkin (2017) seria exteriorizar a inaptidão da regra de reconhecimento para desvendar os casos difíceis, o que rejeitaria por completo o positivismo jurídico.

Da mesma maneira, a teoria de direitos, ao contestar a existência de uma área aberta do direito, igualmente se contrapõe ao pragmatismo de Posner (1994), de modo que uma pressuposição da legislação ocasional, a rigor, não existe.

Para isso, a tática de Ronald Dworkin (2017) parte da constatação que nos casos não definidos em lei, os juristas utilizariam o padrão dos princípios para resolução dos ditos casos difíceis.

Por estes termos, Ronald Dworkin (2017) defende um modelo de princípios. Neste sentido, o modelo adequado para resolução do caso difícil vai necessitar das práticas jurídicas, melhor dizendo, o modelo adequado seria aquele que melhor descreve as práticas jurídicas, isso de forma argumentativa, sempre tendo como pano de fundo, o conjunto coerente de princípios, razão pela qual, imaginário é o conceito de área aberta do direito.

Na perspectiva de Dworkin (2017), não há uma indeterminação no direito, isto em razão de subsistir padrão normativo com conteúdo moral determinante para resolução dos litígios não previstos em lei, como roborados pelos precedentes *Riggs versus Palmer* (1889), caracterizado pelo herdeiro que teria assassinado o avô para adquirir a herança e *Henningsen versus Bloomfield Motor Inc* (1969), no qual a empresa visava eximir a sua responsabilidade civil baseada nos estritos termos do contrato.

Seguramente, o reconhecimento dos princípios como padrão decisório diverso das regras ratifica o entendimento de que nos casos de omissões e ambiguidades, não se pode identificar um caráter discricionário às decisões dos Tribunais, não sendo os magistrados legisladores ocasionais.

A rigor, a inferência para discricionabilidade pragmática não existe, porquanto, a área aberta onde seriam identificadas as omissões e ambiguidades, fundamentadoras da legislação ocasional, seria um conceito destituído de sentido.

Por conseguinte, nesta empreitada, Ronald Dworkin (2017, p. 36) distingue política de princípios, o fazendo nestes termos:

[...] Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade [...].

Portanto, o padrão da redução de número de acidentes constitui-se como política, ao passo que o padrão de que ninguém pode beneficiar-se com a própria torpeza traduz-se em um princípio.

Como se pode ver, o campo próprio do padrão decisório da política é restrito ao âmbito legislativo, próprio de juízos discricionários, não se apontando coerente o seu emprego como justificativa para resolução dos casos difíceis.

Vê-se que os princípios retratam um padrão distinto das regras, cuja característica fundamental seria a aptidão para resolução de casos difíceis, pelo conteúdo moral que albergam.

Cabe salientar, que Dworkin (2017) não advoga que os princípios compreenderiam uma natureza lógica distinta das regras, isto porque tanto um quanto o outro significa um parâmetro decisório, com campos de aplicação marcadamente distintos, os princípios aplicados aos casos difíceis e as regras aplicadas aos casos fáceis.

Em sentido oposto, Posner (2008) sustenta consistir o legalismo em parâmetro adequado para o julgamento da maioria dos casos. No entanto, para os casos mais relevantes, tal paradigma mostra-se inadequado, pelo menos na perspectiva de Posner (2008), razão pela qual a adjudicação pragmática fundamentada no paradigma de política seria a pertinente e a adequada.

Como resultado, para Ronald Dworkin (2017), a obrigatoriedade dos princípios dimanaria de seu conteúdo moral, o que explicaria a vedação do herdeiro assassino de seu avô adquirir a herança, de acordo com o entendimento de que ninguém poderia lucrar com a própria torpeza, assim como vedado seria a empresa esquivar-se de sua obrigação de indenizar, sustentando os estritos termos do contrato, uma vez que os fabricantes teriam uma obrigação especial, consoante o entendimento da impossibilidade dos tribunais serem instrumentos de iniquidade e injustiça.

Sendo assim, a diferença entre regras e princípios residiria em seu campo de atuação. As regras seriam aplicadas pela perspectiva do tudo ou nada, quer dizer, dado um fato “a” aplica-se uma consequência jurídica “b”. Pelo contrário, nos princípios haveria uma dimensão

de peso ou importância, de modo, que os referidos padrões seriam razões determinantes numa ou noutra direção (DWORKIN, 2017).

Decerto, as regras não compreendem uma dimensão como sucede com os princípios. Ademais, as regras carecem de explicitação legal, ao passo que os princípios não têm necessidade de previsão legal ou constitucional, já que nasceriam do sistema jurídico como um todo.

Por outro lado, o antagonismo, entre regras, acarreta a declaração de invalidade de uma das regras. Logo, a desinteligência entre princípios se determina pela dimensão ou peso para resolução do caso, de modo, que o afastamento do princípio para um caso, não significaria a invalidação do princípio.

Nesse ponto de vista, a teoria dworkiniana é apropriada ao sistema jurídico brasileiro, posto que ele é um sistema normativo aberto de regras e princípios. O sistema jurídico brasileiro corresponde a um sistema dinâmico de normas. É um sistema aberto por ser um sistema dialógico, capaz de captar a noções cambiantes de justiça e verdade. É um sistema normativo, pois os valores substratos da Constituição são realizados por intermédio das normas. É um sistema de regras e princípios, já que as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras (CANOTILHO, 1941).

Nessa toada, os princípios desempenhariam um papel determinante para solução de casos difíceis, como nos casos Riggs (1889) e Heningsen (1969), não havendo uma área aberta do direito em que é factível uma interpretação pragmática baseada na eficiência ou em padrões políticos.

Por outro lado, não haveria pertinência em utilizar argumentos políticos remodelados em argumentos de princípios, já que o standard da política atribuiria um caráter errático aos precedentes, cujas visões discrepantes violam a integridade, como no caso da coexistência do reconhecimento de direitos aos animais com base na noção de dignidade (ADI nº 4983/CE), ao passo em que tal dignidade da pessoa humana é negada aos nascituros (HC nº 124.306/RJ).

Por conseguinte, os padrões decisórios obrigatórios ao magistrado consistem tanto nos princípios como as regras, porque não há um poder discricionário do juiz em criar regras novas, nos casos difíceis, não sendo ele legislador ocasional.

Na sequência, Dworkin (2017) indaga acerca do significado do poder discricionário. O poder discricionário possuiria três sentidos possíveis:

- a) Primeiro sentido fraco: o poder discricionário é identificado com o ato de julgar;
- b) Segundo sentido fraco: o poder discricionário é a autoridade atribuída ao funcionário público para tomar uma decisão em última instância;

c) Sentido forte: o funcionário não estaria autorizado a adotar uma decisão fora do bom senso e da equidade.

Seguramente, o pragmatismo jurídico argumenta que a discricionariedade seria empregada no sentido fraco, quer dizer, a discricionariedade traduz-se no ato de julgar e o magistrado, ao interpretar a lei, possuiria uma função idêntica a do legislador.

Seguramente, Dworkin (2017) sustenta que os princípios seriam padrões jurídicos extratextuais obrigatórios por três motivos:

- a) pela capacidade de obrigar;
- b) pela possibilidade de um conjunto de princípios ditar um resultado;
- c) pelas implicações na história legislativa e judiciária coerentes com as práticas e formas partilhadas com a comunidade.

Naturalmente, o entendimento da legislação ocasional assimila a discricionariedade como intrínseco ao ato de julgar. Nestes termos, a discricionariedade é captada no sentido fraco sustentado por Ronald Dworkin (2017).

No entanto, não há qualquer discricionariedade no ato de julgar, isto porque, mesmo diante de omissão e ambiguidade, o magistrado está submetido a um conjunto coerente de princípios resumidos na noção de integridade do direito.

Destarte, não é possível dar um salto do nada para o futuro, unicamente arrimado em algum padrão político mais eficiente como aqueles sustentados no HC nº 124.306/RJ e na ADI nº 4983/CE, os quais foram remodelados em argumentos de princípios.

É que a legitimação do direito ao aborto e o reconhecimento de direitos aos animais, defendido nestes julgados, não evidencia coerência com o histórico dos precedentes do STF, tipificando eles um ponto fora da curva, algo exótico pelo ineditismo das conclusões.

Nesse sentido, a explanação relativamente ao respaldo moral dos princípios configura um alicerce para própria teoria de direitos de Ronald Dworkin (2017).

De fato, igualmente na compilação de artigos reunidos sob o título “Levando os Direitos a sério”, Ronald Dworkin (2017) ao principiar a narrativa em relação à teoria de direito, questiona se o governo acataria os direitos morais dos cidadãos.

Para fins de refreamento da teoria de direitos na controvérsia da legislação ocasional, apropriado à questão se o direito moral do nascituro foi considerado no HC nº 124.306/RJ.

Da mesma forma, propício à indagação com relação ao direito moral da preservação da prática cultural tradicional imemorial da vaquejada por parte da ADI nº 4983/CE.

Efetivamente, o conceito de direitos conquista relevo em uma sociedade fragmentada, cuja súplica ao entendimento já não oferece qualquer consequência (DWORKIN, 2017).

Cabe salientar, inclusive, representar a noção de direitos uma compactação dos princípios, perdendo-os qualquer caráter abstrato, como a mera menção ao imperativo categórico kantiano.

Nestes termos, é defeso pela teoria de direitos a mera citação a princípios como produziu-se no HC nº 124.306/RJ e na ADI nº 4983/CE, necessitando a interpretação principiológica ser agregada à noção de direitos morais do cidadão.

Nesse seguimento, a escassez de argumentação sobre o direito moral à vida do nascituro (HC nº 124.306/RJ), muito menos, o direito moral de respeito às tradições imemoriais da comunidade nordestina (ADI nº 4983/CE), não justifica a argumentação política remodelada em argumentos de princípios, de todo modo inconveniente para reger o caso.

Nesse ponto de vista, os direitos morais dos cidadãos não se encontram abreviados exclusivamente à inquirição de fatos acoplados a um padrão político orientador de uma decisão mais eficiente para o futuro.

Ainda nesta toada, a enunciação é, na essência do cidadão, encerrar direitos morais contra o governo, tornando-se necessária a descrição e o esclarecimento acerca das consequências desta premissa.

Com efeito, a investigação em relação ao particular direito moral do cidadão, principia com o exemplo hipotético do direito de participação em uma manifestação cujo propósito é premeditadamente perturbar a ordem pública (DWORKIN, 2017).

Na prática, o governo disporia a prerrogativa de estabelecer os direitos morais do cidadão, o que retrata a privação de direitos morais do cidadão em desacordo com o governo, já que eles poderiam ser reduzidos ou restringidos pela mera legalidade (DWORKIN, 2017, p. 284).

Por outro lado, a percepção da legislação ocasional, cujo presunção representa a utilização de argumentos de política remodelados em argumento de princípio, identicamente significaria no refreamento de direitos morais do cidadão.

É que a discricionariedade judicial constituída pela concepção ideológica do magistrado, desmorona o direito moral do cidadão, como o direito moral à vida do nascituro (HC nº 124.306/RJ) ou o direito moral da preservação de tradições culturais imemoriais de uma comunidade (ADI nº 4983/CE).

No entanto, quem entende dessa maneira irá chegar à conclusão de que o cidadão não detém nenhum direito moral contra o Estado, já que os direitos suportariam restrição ou extinção.

Dito de outro modo, a CRFB, de 1988 amalgamaria as questões morais em questões jurídicas. Não obstante, há duas questões em aberto. A primeira diz respeito à incompletude da Constituição em reconhecer todos os direitos morais do cidadão e a segunda encontra-se na obediência à lei, por parte do cidadão, quando a lei viola o seu direito (DWORKIN, 2017, p. 285).

Além do mais, os homens conseguiriam dissentir acerca dos direitos morais que dispõem, não podendo uma opinião preponderar sobre a outra, razão pela qual, alguma instância governamental precisará ter a última palavra sobre a existência ou não do direito moral (DWORKIN, 2017).

Logo após estas referências, a questão relevante é aquela respeitante à subsistência de direitos morais em desacordo com a lei (DWORKIN, 2017, p. 286), o que se aglutinaria à indagação sobre a presença de direito moral do cidadão em direção oposta à atuação normativa dos Tribunais.

Nesse sentido, a explicação proposta tanto pelos conservadores como pelos liberais seria a mesma. O cidadão conserva o dever de obediência à lei, mesmo quando ele diverge dos seus termos.

No entanto, o cidadão deteria a prerrogativa de seguir a sua consciência, embora devesse suportar as repercussões pela inobservância da legislação (DWORKIN, 2017).

Em assim sendo, a incongruência seria evidente, na exata medida em que admitimos o direito do cidadão em seguir à sua própria consciência. Não obstante, adotem-se a inconsistente resposta de processar uma pessoa por fazer aquilo que sua consciência impõe.

Por esse ângulo, a fonte do dilema percorreria por uma elucidação acerca do uso da palavra direito, cujo acepção é entendida em um significado forte e em uma definição fraca (DWORKIN, 2017):

a) Direito em sentido forte: O cidadão disporia do direito de fazer alguma coisa, cujo pressuposto seria o entendimento de que é errado interferir na faculdade usada ou pelo menos, nós careceríamos de apresentar fortes razões para interferência;

b) Direito em sentido fraco: O cidadão não procederia de forma errada, caso se comportasse de um determinado modo. Nestes termos, o prisioneiro de guerra disporia do direito de fugir, não sendo errada a sua conduta. Sem embargo, isto não significa que o soldado não dispõe do direito de impedir a sua fuga.

Em suma, o direito poderia ser usado em sentido fraco quando se concordasse que o cidadão teria o direito de violar a lei, cabendo ao Estado o direito de puni-lo.

Então, nasceria a questão da existência de alguma circunstância autorizativa do direito de violar a lei (DWORKIN, 2017, p. 291), conjuntamente, a questão de alguma proteção dos direitos morais dos cidadãos em contraposição à atuação normativa dos tribunais.

Certamente, o direito moral constitui aquele direito contra o governo e que se tornou jurídico pela CRFB, de 1988, harmonizando-se esta noção com o sentido forte de direitos, cujo pressuposto seria o erro na interferência desta faculdade.

Portanto, o cidadão disporia um direito de proteção especial contra a lei, quando os seus direitos morais ficassem em jogo.

Por outras palavras, o direito de liberdade de expressão é assegurado pela CRFB, de 1988, mesmo sabendo que o seu exercício poderia causar mais males do que bem para toda sociedade, de modo que eventual lei cerceadora da liberdade de expressão atinge o direito moral do cidadão (DWORKIN, 2017, p. 294).

Dito de outro modo, a noção de direitos refuta o discurso no sentido de que a ação estatal originaria um benefício para a comunidade como um todo, sendo explicado o sacrifício do direito individual do cidadão.

Naturalmente, a medula da teoria de direitos conseguiria ser sintetizada nos seguintes enunciados (DWORKIN, 2017):

- a) O cidadão detém o direito de desobediência à lei;
- b) O direito de desobediência consistiria no fato da ação governamental invadir direitos previamente reconhecidos ao cidadão;
- c) O direito de desobedecer à lei não é um direito isolado;
- d) O direito à desobediência à lei acha-se associado à adição de outros direitos contra o governo.

Por essa perspectiva, o direito moral à vida do nascituro e o direito moral da preservação de manifestações culturais acham-se confinados na noção de direitos morais do cidadão contra o Estado.

Este direito moral toleraria a prática em discordância ao Poder Judiciário, de modo, que há um direito moral do cidadão de inobservância às decisões proferidas pelo STF, quando ele opera como legislador ocasional.

Ronald Dworkin (2017) advoga o erro no argumento popular a respeito de restringir direitos em nome do bem comum e de argumentos utilitários pragmáticos. Os ganhos utilitaristas deste tipo de argumento, não significariam argumentos fortes o suficiente para restringir os direitos preexistentes.

Nessa toada, o governo unicamente poderia circunscrever direitos no caso de direitos concorrentes de outros membros da sociedade. Neste caso, há motivação plausível para refreamento de direitos por parte de uma autoridade governamental (DWORKIN, 2017, p. 297).

Não se poderia apelar para limitação de direitos, a um direito da maioria em engendrar algo, principalmente pela especificidade da maioria poder ser arruinada pelo exercício do direito, por parte de um único indivíduo (DWORKIN, 2017).

Da mesma forma, o governo não seria capaz de argumentar razões de emergência para restringir direitos, uma vez que, tais razões não contribuem para aumentar a desobediência civil ou muito menos fomentam o crime em geral (DWORKIN, 2017).

Por consequência, o direito precisa ser levado a sério pelo governo, quando ele renúncia à ideia de que o cidadão nunca teria o direito de desobedecer a lei.

Nestes termos, o direito moral não é restringido, anulado ou coarctado por razões de ordem pública, bem-estar geral ou benefício comum, estando imunes aos argumentos utilitaristas pragmáticos.

Nessa ótica, os direitos traduzem-se em uma promessa da maioria em favor da minoria, que sua dignidade e igualdade serão respeitadas (DWORKIN, 2017, p. 314), sendo tal noção oposta ao Poder Judiciário.

Cabe esclarecer, a partir de agora, o que significa a afirmação do Direito como uma prática interpretativa, níveis de desacordo e interpretação construtiva, para melhor entendimento da integridade do direito.

2.1.3 O direito como prática interpretativa

Primeiramente, o direito constitui uma prática interpretativa. É que o seu significado como prática social decorre das condições de verdade das práticas argumentativas que o constituem (DWORKIN, 2010).

Nesse sentido, na qualidade de conceito interpretativo, o direito impele ao intérprete filtrar a prática jurídica por intermédio de um resolutivo propósito, seja no instante da compreensão, seja na época da justificativa da prática.

Dessarte, o direito representa um conceito controvertido, contestado, disputado, quer dizer, dentro do processo interpretativo, o direito constitui-se na associação da prática jurídica a um determinado escopo.

Nesses termos, o direito significa uma prática argumentativa. Por tal perspectiva, na elaboração da interpretação, devemos atribuir valor e propósito à prática jurídica, de modo a

formular concepções sobre as condições de veracidade das afirmações particulares que as pessoas fazem no contexto da prática, à luz dos propósitos e valores especificados (DWORKIN, 2010).

Portanto, é preciso discernir a intenção, logicidade, coerência e razão da prática judicial, realizando-se tal atividade de forma argumentativa, por intercessão dos juízos morais.

Desse modo, as práticas judiciais pormenorizam unicamente parte do direito. No entanto, torna-se indispensável o esclarecimento do processo de interpretação, pela ingerência da filtragem da prática jurídica mediante os juízos morais.

Há duas premissas referentes ao direito como prática interpretativa:

- a) Juízo moral diz respeito a princípios gerais;
- b) Juízo moral é verdadeiro ou falso.

Esse pressuposto não é formulado ou admitido de forma clara, mas ele é determinante para julgar qual proposição interpretativa é aceita e qual é refutada.

Dessa forma, o interpretativismo compreende os seguintes atributos:

- a) o conteúdo do direito consiste na união da prática jurídica ao juízo moral;
- b) o ato de unir e ligar o conceito moral constitui justamente o fator discriminador entre o juízo interpretativo e o juízo científico;
- c) o processo interpretativo resume-se em um processo de atribuição de sentido ao conjunto de práticas jurídicas.

Desse modo, o direito é interpretativo, no sentido de expressar uma prática jurídica cujo significado necessita de justificativa.

Nesses termos, o fundamento da justificativa traduz-se nos juízos morais para atingirmos a melhor justificativa.

Por certo, a metodologia dworkiniana não compreende um pressuposto conversacional, ou seja, o significado da prática judicial, não se submete a um conteúdo semântico, tampouco um padrão mais eficiente para o futuro.

Em uma perspectiva diversa, pela premissa do pragmatismo jurídico, não subsiste justificativa para obediência a decisões jurídicas passadas em nome da coerência, completeza ou integridade do direito, já que tais decisões passadas não contribuem, em princípio, para justiça ou a virtude de qualquer decisão atual (DWORKIN, 2007).

Nesses termos, o pragmatismo posneriano admite o parâmetro da eficiência ou qualquer outra virtude contemporânea à própria decisão, como o *standard* da política, de modo a amparar-se uma melhor decisão para o futuro da comunidade.

Pelo pragmatismo, o magistrado é estimulado a conduzir-se segundo o seu próprio ponto de vista, o que corrobora o caráter discricionário e errático das decisões judiciais (DWORKIN, 2007, p. 186) como averiguado no HC nº 124.306/RJ e a ADI nº 4.983/CE.

Por outro lado, o pragmatismo recusa a outorga de direitos às pessoas, quando eles, de alguma forma, deixam a comunidade pior, não sendo significativos os direitos determinados pela legislação ou aceitos por decisões adotadas no passado (DWORKIN, 2007).

Por estas proposições, o magistrado pragmático acolheria a metodologia do “como se”. Nestes termos, o magistrado necessitaria comportar-se como se as pessoas tivessem direitos, o que seria uma estratégia útil e eficiente a longo prazo (DWORKIN, 2007, p. 187).

Cabe destacar que a metodologia de julgamento pragmático almeja obter um ponto de equilíbrio entre a previsibilidade necessária para proteger as valorosas instituições da legislação e a flexibilidade necessária ao próprio magistrado, cuja função seria a de aperfeiçoar continuamente o direito (DWORKIN, 2007, p. 188).

Nesse ponto de vista, não existiria qualquer compromisso em honrar todos os direitos conferidos por todas as leis, de modo que alguns direitos suportariam ser abandonados e outros criados, como o direito aos animais (ADI nº 4983/CE) ou o direito ao abortamento de fetos (HC nº 124.306/RJ), todos tencionando um melhor *standard* político para o futuro da sociedade.

Em outro sentido, um outro procedimento exequível para um juiz pragmático é a estratégia da dissociação dos casos sob sua jurisdição, o que sucederia quando o magistrado aplica as melhores regras para o futuro apenas em relação a determinados casos e não a todos os casos submetidos à sua jurisdição. No entanto, tal regra prospectiva é aplicada apenas em casos especiais (DWORKIN, 2007).

Por outro lado, o processo de decisão coordenado pelo juiz pragmático acarreta na aplicação de novas regras retroativamente, o que ocasiona em benefício para comunidade, materializado no fato das pessoas se comportarem no presente com o padrão que os tribunais considerarão de interesse geral no futuro (DWORKIN, 2007).

Segundo a exposição do pragmatismo executada por Ronald Dworkin (2017), a conduta do magistrado pragmático engendra novas regras para o futuro com base na convicção do magistrado sobre o melhor padrão político, o que é o caso do reconhecimento de direitos aos animais (ADI nº 4983/CE) e o caso do direito ao abortamento dos fetos (HC nº 124.306/RJ).

Nestes termos, a intenção do magistrado pragmático é a rejeitar as pretensões juridicamente tuteladas, não assegurando quaisquer direitos com arrimo em decisões passadas (DWORKIN, 2007, p. 195).

Em uma perspectiva diversa, Ronald Dworkin (2007, p. 196) patrocina que não há qualquer delegação do Poder Legislativo aos magistrados, o que ratifica a inexatidão da legislação ocasional.

Nestes termos, o modelo da integridade necessitaria observância, ideal cujos pressupostos consistem nas virtudes da equidade, da justiça e do devido processo legal. A equidade significa entender os procedimentos políticos que distribuem o poder de forma adequada (DWORKIN, 2007, p. 199).

Cabe sublinhar, a teoria do direito de Ronald Dworkin prosperou para concepção da integridade e para tanto integrou argumentação discordante ao pragmatismo posneriano.

Por esse ângulo, Ronald Dworkin principia da premissa posneriana que se acha tomada por uma teoria moral substantiva e não ao instrumentalismo característico do pragmatismo (DWORKIN, 2010, p. 107).

Em primeiro lugar, Ronald Dworkin pormenoriza o pragmatismo posneriano como um movimento não teórico qualificado por uma busca de objetivos não definidos, muito menos explanados razoavelmente (DWORKIN, 2010, p. 108).

Nessa sequência existe uma discrepância no pragmatismo posneriano retratado na particularidade de Posner socorrer-se de uma teoria moral, e ao mesmo tempo amparar que o magistrado consegue julgar sem acudir-se de uma teoria moral (DWORKIN, 2010, p. 109).

Dessa maneira, encontra-se uma inaptidão no pragmatismo posneriano em determinar distinção apropriada. Neste ponto de vista, a pressuposição de a observação pragmática ao empregar a sociologia, antropologia e psicologia versar “sobre” a moral, mas não compreender propriamente uma consideração “de” moral, a rigor é uma distinção além de confusa, marcadamente falaciosa (DWORKIN, 2010, p. 110).

Portanto, as fundamentais premissas de Posner compreendem em argumento “de” moral e não alegações “sobre” a moral (DWORKIN, 2010, p. 110).

Em consequência, a pressuposição do pragmatismo posneriano traduz-se o de que os fatos sociológicos e as reflexões antropológicas acarretem em uma postura moral relativista (DWORKIN, 2010, p. 111).

Nessa lógica, outra conjectura do pragmatismo posneriano corresponde no descaso das decisões jurídicas passadas do magistrado. Dessa maneira, não há um dever do magistrado em descobrir um princípio derivado de tais decisões. Assim sendo, Ronald Dworkin retrata o pragmatismo como um salto do nada para o futuro.

Dessarte, tal atitude cética encaminha a suplantação da legalidade vigente, na exata medida que o direito é um mero instrumental para a instauração de um melhor programa para o futuro, sobrevivendo daí a legislação ocasional.

Em vista disso, o pragmatismo posneriano expressa crítica contra a teoria moral do direito (DWORKIN, 2010, p. 112).

Por tal lógica, o pragmatismo posneriano desponta oposto à teoria moral e suas reflexões pertinentes à coerência e princípios. Tal pragmatismo esclarece não existir essencialidade por alguma “teoria”, por exemplo, antes de o cidadão marchar ou votar em defesa de uma guerra (DWORKIN, 2010, p. 113).

Por isso, a diferenciação executada por Posner é artificial e equivocada, visto que não é concebível fazer uma discriminação onde principia o “raciocínio” e onde acaba a “teoria”. Por este ângulo, em princípio, é irrealizável dizer onde o juízo moral encerra e onde inicia a teoria moral (DWORKIN, 2010, p. 115).

Por outro lado, a tese forte do pragmatismo posneriano ampara que nenhuma teoria moral pode proporcionar uma base sólida para um juízo moral (DWORKIN, 2010, p. 116).

Em perspectiva diversa, Ronald Dworkin advoga estar alicerçado o pragmatismo posneriano em uma teoria moral substantiva, a saber, o nihilismo moral, cuja enunciação reside na afirmação da inexistência da argumentação teórica consistir em razão suficiente para se considerar um ato acertado ou equivocado (DWORKIN, 2010, p. 117).

Nesse seguimento, a tese fraca do pragmatismo posneriano ampara que qualquer que seja a força da teoria moral na vida do cidadão, o magistrado deve desconsiderar, porquanto possui recursos melhores para defender seus objetivos especiais (DWORKIN, 2010, p. 120).

No entanto, Ronald Dworkin arrazoa a necessidade do magistrado utilizar padrões morais para o julgamento de questões morais, compreendendo em erro a utilização da economia, da história ou da sociologia para solucionar a demanda fundamentada em razão moral (DWORKIN, 2010, p. 120).

Desta forma, há uma confissão por parte de Posner, no sentido do magistrado se valer de princípios morais para julgamento de caso controverso (DWORKIN, 2010, p. 123).

A rigor, Posner obscurece o uso de argumento moral para o julgamento de caso polêmico e tal estratégia ficou demonstrada quando da análise do caso Brown (DWORKIN, 2010, p. 124).

Nesse sentido, na visão de Posner, o argumento decisivo para o julgamento do caso Brown constitui-se na particularidade fática traduzida em um estudo contido na nota 11,

produzido por psicólogos, cujo objeto era efeito danoso da segregação no coração e mente da criança negra segregada (DWORKIN, 2010, p. 124).

Em perspectiva diversa, Ronald Dworkin advoga que este argumento “não moral” possui como pressuposto uma relação de igualdade entre as crianças brancas e as crianças negras, o que sempre vai desembocar na questão moral da igual proteção da lei e na interpretação do princípio da igualdade. Tal circunstância demonstraria a dissimulação de argumentação moral na argumentação pragmática de Posner (DWORKIN, 2010, p. 124).

Neste significado, a justiça consiste em uma virtude política, pela qual, os legisladores e autoridades devem distribuir recursos materiais e proteger as liberdades com o objetivo de assegurar resultados moralmente justificáveis. O devido processo legal adjetivo compreende no respeito aos procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos (DWORKIN, 2007, p. 200).

Por outras palavras, a integridade é um ideal exigido contra o Estado, principalmente, quando exigimos que ele aja segundo um conjunto único e coerente de princípios (DWORKIN, 2007, p. 202).

Como resultado, o pragmatismo jurídico fundamentador da legislação ocasional é falso, uma vez que existiria um ideal de integridade a ser observado nos julgamentos, o que explica, como e por que se deve atribuir ao passado um poder especial próprio nos Tribunais, da mesma maneira que esclarece o corpo do direito como um todo, e não como uma série distinta e errática de decisões (DWORKIN, 2007, p. 203).

Por outro lado, a integridade não é simples repetição do conteúdo das decisões passadas com fundamento no que convencionalmente se entende como o direito.

Sem embargo, as nossas práticas jurídicas não se encontram amparadas em uma convenção social, posto que inexistente um consenso entre os juristas e as nossas divergências não caminham paulatinamente para uma convergência (DWORKIN, 2010).

Longe disso, não há um consenso prévio sobre a interpretação ou conceitos básicos do direito, o que há é uma ampla divergência.

No tocante ao desacordo existe nível de divergência no direito. Na divergência empírica há discordância quanto à existência de um estado de coisas no mundo. Na divergência teórica existe polarização acerca do que o direito é, sobre a questão de se o corpus do direito escrito e se as decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes do direito, em suma, seriam desacordos sobre os fundamentos do próprio direito (DWORKIN, 2007, 165).

Em vista disso, a observação da prática jurídica por esse ângulo comprova que a ideia de convenção social é uma afirmação trivial, abstrata e artificial, não congruente com as nossas práticas jurídicas cotidianas fundadas em ampla divergência (DWORKIN, 2010, p. 280, 281).

Nessa sequência, os desacordos na prática interpretativa deteriam dimensões, melhor dizendo, há desacordo em relação ao estado de coisas, podendo existir um desacordo empírico ou fático (MACEDO JUNIOR, 2013).

Ademais, concernente aos desacordos, eles também encerram outra natureza. Nestes termos, o desacordo teórico compreende o fundamento do direito, podendo ser tal desacordo em nível valorativo ou legal (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 193, 194).

Nesse sentido, a interpretação do direito é construtiva, posto que permaneceria acoplada à questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-la o melhor exemplo possível de forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam (DWORKIN, 2007, p. 63, 64).

Frise-se a presença de três etapas na interpretação (DWORKIN, 2007, p. 81, 82):

Na primeira, designada de pré-interpretativa é identificada a regra e o padrão que se considera fornecer o conteúdo experimental da prática.

Na segunda, intitulado como etapa interpretativa, o intérprete se concentra numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa.

Por último, há uma etapa pós-interpretativa, dita reformuladora, por se ajustar à ideia daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa que ela aceita na etapa interpretativa.

Nesse sentido, o *standard* para resposta de um caso difícil é o argumento de princípio e não o argumento de política remodelado como argumento de princípio, posto que o magistrado não pode manipular padrão político transfigurando em argumento de princípio, como averiguado no HC n.º 124. 306/RJ e ADI n.º 4.983/CE.

Por conseguinte, a interpretação do magistrado é construtiva, no sentido de desenvolver uma justificativa plausível para interpretação do texto legal ou atribuir um propósito à interpretação da Constituição, de modo, que é interdito a pura e simples invenção de um melhor padrão à comunidade, modificado para se passar como argumento de princípio.

Com efeito, segundo Dworkin (2007, p. 20, 25, 29, 36), o interpretativismo viabiliza um *standard* metódico de interpretação. A rigor, existiria um método de interpretação para decisão judicial em casos de lacunas do direito (Caso Elmer); critério adequado para interpretação de leis recentes (Caso Snail Darter); uma ordenação norteadora de decisões inovadoras (Caso

McCloughlin), assim como parâmetro adequado para decisão com base na Constituição (Caso Brown).

No caso Elmer, Ronald Dworkin (2017, p. 20) defende um método de interpretação nos casos de lacunas do direito. Os fatos aconteceram da seguinte forma: Elmer matou o seu avô e foi preso. No entanto, ambicionava adquirir a herança do avô assassinado, motivo por que travara uma batalha jurídica com suas sobrinhas.

Cabe salientar, existia uma lacuna no direito, estampada na situação da legislação não prever casos de indignidade, o que excluiria, desde logo, o herdeiro assassino do direito de obter a herança.

No entanto, Elmer defendia a sua legitimidade em adquirir a herança, posto que, figurava como beneficiário do testamento do de cujus (DWORKIN, 2007, p. 21).

Nesse diapasão, o voto do Juiz Gray beneficiava a tese de Elmer. Não obstante, o voto achava substância em uma premissa acontextual, uma leitura da lei desprezando os fatos em seu redor. Este arrazoado é corroborado por outro, o da punição adicional ao crime, dado que na lei cível, não existe punição para o herdeiro assassino (DWORKIN, 2007, p. 22).

Em uma perspectiva diversa, o voto do Juiz Earl desprovia a demanda. Neste contexto, a premissa do voto é uma diferenciação entre o texto da lei e a verdadeira norma oriunda do texto. Sem embargo, a fidedigna lei não seria capaz de desprezar o propósito do legislador (DWORKIN, 2007, p. 23).

Nesse sentido, não é razoável cogitar que o legislador aprovaria uma lei concordando com o direito de herança de herdeiros assassinos. Por certo, a autêntica lei não conseguiria ter nenhuma consequência fora da intenção previsível do legislador (DWORKIN, 2007).

Por outro lado, para se arrebatam a verdadeira norma, é recomendado examinar o enquadramento histórico dos fatos que circundam o preceito legal, precipuamente por uma leitura principiológica (DWORKIN, 2007, p. 24).

Nesse sentido, o voto do Juiz Earl ganhou por maioria. Desse modo, as sobrinhas de Elmer herdaram os bens de seu falecido pai.

Por consequência, a divergência entre os magistrados Earl e Gray representa uma divergência de natureza teórica. Não há uma divergência empírica, pelo motivo de todos saberem que Elmer matara o avô para conseguir a herança. Por possuir uma natureza teórica, relaciona-se à teoria da legislação adequada, no caso de lacuna do direito (DWORKIN, 2007).

Desse modo, o método de interpretação das lacunas do direito ratifica a inexistência de uma área aberta do direito, não sendo plausível ante as omissões ou ambiguidades, a figura do legislador ocasional, já que existe parâmetro a ser observado, nestes casos, a saber:

- a) leitura contextual da legislação;
- b) utilização de princípios decorrentes do todo coerente do sistema;
- c) intenção previsível do legislador.

No caso *Tennessee Valley Authority v. Hiram G. Hill et al.*, 437 U. S 153 (1978)², a queixosa é uma empresa pública de propriedade integral dos Estados Unidos da América responsável pela construção do projeto de um conjunto de barragens localizadas no Rio Little Tennessee (DWORKIN, 2007, p. 26).

A empresa pública denominada de Autoridade do Vale do Tennessee (TVA) interpôs *certiorari* perante a Suprema Corte dos Estados Unidos visando reformar a decisão liminar proferida pelo Tribunal de Apelações do Sexto Circuito.

A TVA argumentou para tanto que: (a) a Lei das Espécies Ameaçadas (1973) não proibiu a conclusão de um projeto autorizado, financiado e substancialmente construído antes da aprovação da lei; e (b) que as dotações continuadas do Congresso dos Estados Unidos da América para a barragem depois de 1973 constituíram uma revogação implícita da Lei de Espécies Ameaçadas (1973), pelo menos quanto à barragem em particular (DWORKIN, 2007).

Os fatos originadores do litígio podem ser resumidos da seguinte forma:

No rio pequeno Tennessee, a Autoridade do Vale do Tennessee, doravante denominada TVA, empresa pública de propriedade integral dos Estados Unidos, principiou a erigir o projeto de barragem e reservatório Tellico no ano de 1967.

O aspecto primordial do projeto incluía a construção de um conjunto de barragens para represar o rio pequeno Tennessee, a uma curta distância de onde as águas do rio se encontram com o grande Tennessee. A represa submergiu cerca de 16.500 acres de terras, de modo, a transformar as águas rasas e rápidas do rio em um reservatório profundo com mais de 30 milhas de comprimento (DWORKIN, 2007).

A principal barragem subsistiria constituída para operação. Não obstante, uma associação regional de cientistas biológicos, um grupo de conservação do Tennessee e indivíduos afetados pelo projeto Tellico entre os quais estava Hiram G. Hill, estudante de direito do segundo ano da Universidade do Tennessee e aluno do Professor Dr. David A. Etnier, apresentaram uma ação cível no Tribunal do Distrito Leste do Tennessee, arrazoando que o projeto Tellico não estava de acordo com os requisitos da Lei Nacional de Política Ambiental de 1969 (NEPA) (DWORKIN, 2007).

² UNITED STATES OF AMERICA. **Supreme Court. Tennessee Valley Authority v. Hiram G. Hill et al** (1978). Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/437/153.html>. Acesso em: 12 maio 2019.

O Tribunal do Distrito Leste do Tennessee³ concedeu uma liminar, ponderando na inexistência de declaração de impacto ambiental, interrompendo a obra por 16 (dezesseis) meses, até que a declaração de impacto ambiental estivesse produzida.

A liminar subsistira em vigor até o final de 1973, quando o Tribunal Distrital inferiu que a declaração final de impacto ambiental da TVA confeccionada posteriormente ao ajuizamento da ação cível, estava conforme a lei.

A Corte do Distrito Leste do Tennessee desacolheu a ação cível.

No entanto, localizou-se uma espécie de peixe desconhecida, denominado de caracol ou percina tanasi, um peixe de três polegadas, cor de tanino, cujo número foi estimado entre 10.000 e 15.000, no decorrer da tramitação do processo, pelo Professor David A. Etnier, o que, associado à aprovação da Lei das Espécies Ameaçadas (1973), tenderia a dar um novo rumo à ação ambiental proposta perante o Tribunal Distrital Leste (DWORKIN, 2007, p. 26).

Na data de 28 de dezembro de 1973, o Presidente dos Estados Unidos Richard Nixon subscreve a Lei das Espécies Ameaçadas, cujas disposições legais autorizam o Secretário do Interior dos Estados Unidos, a declarar espécie de vida animal em perigo e a identificar o habitat crítico⁴ dessas criaturas. Os departamentos e agências federais ficariam obrigados a garantir que as ações autorizadas, financiadas ou realizadas por eles não poriam em risco a existência continuada de uma espécie em extinção⁵ ou resultassem na destruição ou modificação do habitat de tais espécies⁶.

³ A organização do sistema judicial americano se assemelha a uma pirâmide, na base da qual estão os tribunais de primeira instância; logo acima estão os tribunais de apelação (Tribunal de Apelações dos EUA); na ponta do sistema, está a mais alta corte do país, a Suprema Corte. O modelo do tribunal federal é replicado como regra nos estados, em um modelo triplo composto por tribunais de julgamento, tribunais de apelação intermediários e um tribunal de última instância (FINE, 2011, p. 33, 48).

⁴ A lei não define “habitat crítico”. No entanto, o Secretário do Interior interpretou administrativamente o termo, da seguinte forma: “Habitação crítica” significa qualquer área do ar, terra ou água e seus elementos constituintes, cuja perda diminuiria sensivelmente a probabilidade de sobrevivência e recuperação de uma espécie listada ou de um segmento distinto de sua população. Os elementos constituintes da habitação crítica incluem, mas não estão limitados a: estruturas físicas e topografia, biota, clima, atividade humana e a qualidade e conteúdo químico da terra, água e ar. O habitat crítico pode representar qualquer parte do habitat atual de uma espécie listada e pode incluir áreas adicionais para expansão populacional razoável. 43 Fed. Reg. 874 (1978) (Tradução livre de Márcio Alves Figueira).

⁵ Uma espécie em extinção é definida pela Lei como significando: “Qualquer espécie que esteja em perigo de extinção em toda ou em parte significativa de sua área e que não seja uma espécie da classe de insetos determinada pelo Secretário para constituir uma praga cuja proteção sob as disposições deste capítulo apresentaria um avassalador e primordial risco para o homem” 16 USC 1532 (4) (Tradução livre de Márcio Alves Figueira).

⁶ Lei de Espécies Ameaçadas de Extinção. Seção 7. O Secretário do Interior examinará outros programas que ele gerencia e os usará para os propósitos deste capítulo. Todos os outros departamentos e agências federais usarão, em consulta e com a assistência do Secretário, sua autoridade em apoio aos objetivos deste capítulo, executando programas de conservação de espécies ameaçadas e espécies ameaçadas listadas de acordo com a seção 1533 deste título e tomar as medidas necessárias para garantir que as ações autorizadas, financiadas ou executadas por eles não comprometam a existência continuada de tais espécies ameaçadas ou em perigo de extinção ou resultem na destruição ou modificação do habitat dessas espécies, determinada pelo Secretário, após consulta, conforme apropriado, com os estados afetados, 16 USC 1536 (Tradução livre de Márcio Alves Figueira).

No mês de janeiro de 1975, grupos nacionais de conservação instaram ao Secretário do Interior dos Estados Unidos para listar o caracol como uma espécie em extinção, na forma preconizada pela nova legislação, e ele assim o fez emitindo um regulamento.

O Secretário do Interior dos Estados Unidos aduziu que o caracol é uma entidade viva e geneticamente distinta, e, reprodutivamente, isolada de outros peixes. Além disso, verificou que o peixe aparentemente vive apenas naquela porção do Rio Little Tennessee, que seria completamente inundada pelo reservatório criado como consequência da conclusão da Barragem de Tellico. A água atrás da barragem de Tellico resultaria na destruição total do habitat do caracol, segundo previsões iniciais.

O aviso emitido pelo Secretário do Interior endereçado a TVA proclamou, com base na nova legislação, que: “Todas as agências federais devem tomar as medidas necessárias para garantir que as ações autorizadas, financiadas ou executadas por elas não resultem na destruição ou modificação dessa área crítica de habitat”.

A TVA insistia que a Lei das Espécies Ameaçadas (1973) não obstava a conclusão de um projeto autorizado, financiado e substancialmente construído antes da aprovação da Lei. A TVA pormenorizou seus esforços para transferir o caracol do seu habitat natural para outro rio, no entanto patrocinava pela conclusão da barragem independente do êxito do transplante dos peixes (DWORKIN, 2007).

Não obstante, o grupo de cidadãos locais apresentou um novo pedido de revisão judicial, advogando a violação da Lei de Espécies Ameaçadas (1973) e a impossibilidade da construção da barragem, ante a probabilidade da extinção da espécie *Percina Tanasi*.

O Tribunal do Distrito Leste do Tennessee indeferiu o pedido de revisão judicial, justificando que o projeto se encontrava cerca de 80% (oitenta por cento) concluído; a Lei de Espécies Ameaçadas (1973) é posterior ao projeto Tellico e o Congresso dos Estados Unidos da América prosseguiu no subsídio do Projeto Tellico, após a aprovação da Lei das Espécies Ameaçadas (1973).

O Tribunal do Distrito Leste do Tennessee deduziu que o fechamento da barragem e o derivado término do reservatório acabaria em modificação adversa, senão no completo aniquilamento do habitat crítico do caracol, o que prejudicaria a existência da espécie caracol.

O grupo de ambientalistas apresentara apelação dirigida ao Tribunal de Apelações do Sexto Circuito. O Tribunal outorgou liminar e ordenou validade até que o Congresso dos Estados Unidos da América, com a legislação apropriada, liberasse a TVA do cumprimento da Lei, o Caracol *Darter* estivesse excluído da lista de espécies ameaçadas ou o respectivo habitat crítico se fizesse redefinido.

O Tribunal de Apelações do Sexto Circuito defendeu que a continuidade do Projeto Tellico espelhava uma violação *prima facie* da seção 7 da Lei das Espécies Ameaçadas. Além disso, a compreensão dada pela TVA era inimiga dos objetivos da Lei. Neste sentido, a quase construção da barragem seria um fato irrelevante, diante da possibilidade de desaparecimento de uma única forma de vida.

A Tennessee Valley Authority irredimida apresentou *certiorari* em contraposição à concessão da decisão liminar pronunciada pelo Tribunal de Apelações do Sexto Circuito. O *certiorari* é deferido pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

O *Justice Warren Earl Burger* expôs manifestação⁷ pela Suprema Corte dos Estados Unidos, apoiado em duas premissas. A primeira é que a operação da Barragem de Tellico chegaria a exterminar a população conhecida de caracóis Darter ou dizimar seu habitat natural. A segunda é que Secretário do Interior dos Estados Unidos é investido de autoridade para determinar se uma espécie como o Caracol Darter está em perigo ou ameaçada, não havendo indícios de excesso ou abusos por parte do Secretário do Interior, ao incorporar o caracol no rol das espécies ameaçadas.

O holding⁸ apresenta o seguinte teor (DWORKIN, 2007, p. 27):

[...] 1. A Lei de Espécies Ameaçadas de Extinção proíbe o confinamento do rio Little Tennessee pela barragem de Tellico. Pp. 172-193. (a) O idioma da seção 7 é claro e não abre exceções, como a do petionário, segundo a qual a lei não se aplicaria a um projeto como o Tellico que estava em andamento quando o Congresso aprovou a lei. Pp. 172-174. (b) É evidente a partir da história legislativa da lei que o Congresso pretendia interromper e reverter a tendência à extinção de espécies, independentemente do custo. A omissão apontada do tipo de linguagem qualificada anteriormente incluída na legislação sobre espécies ameaçadas revela um projeto consciente do Congresso para priorizar espécies ameaçadas sobre as principais missões de agências federais. Além disso, o Congresso previu que ocasionalmente exigiria que as agências alterassem os projetos em andamento para atender às metas da lei. Pp. 174-187. (c) Nenhuma das isenções limitadas de dificuldade previstas na Lei seria aplicada remotamente ao Projeto Tellico. p. 188. (d) Embora as declarações nos Relatórios do Comitê de Dotações refletissem a opinião dos Comitês de que a Lei não se aplicava a Tellico ou de que a barragem deveria ser concluída independentemente das disposições da Lei, nada nas medidas de aprovação da TVA aprovadas pelo Congresso indicavam que o Projeto Tellico deve ser concluído, independentemente dos requisitos da lei. Encontrar uma revogação nessas circunstâncias, como o petionário recomendou, violaria a "regra principal [...] que revogação por implicação não é favorecida". *Morton v. Mancari*, 417 U.S. 535, 549. A doutrina desfavorável [437 U.S. 153, 155], que a revogação por implicação se aplica com força total quando a legislação subsequente é uma medida de apropriação. Ao votar medidas de apropriação, os legisladores têm o direito de assumir que os fundos

⁷ A decisão *per curiam* consiste em uma decisão proferida por um tribunal de recurso de vários juízes, na qual a decisão proferida é tomada pelo tribunal, agindo em conjunto e por unanimidade. Em contraste com pontos de vista comuns, um juiz não lista o juiz como o indivíduo responsável por tomar a decisão, mas a minoria discordante e concordante das decisões é assinada (GARNER, 2001, p. 503, 523) (Tradução livre de Márcio Alves Figueira).

⁸ O holding é a resolução de uma questão legal. Nestes termos, deve ser determinado a partir de uma análise dos fatos relevantes, da decisão do tribunal e da motivação do julgamento (FINE, 2011, p.72).

serão dedicados as finalidades legais e não proibidos para qualquer fim. A proibição de uma política contrária violaria as regras expressas pelas duas Casas do Congresso, que estabelecem que as medidas de apropriação não podem alterar a lei substantiva existente. A expressão de um comitê de apropriação não opera para revogar ou modificar a legislação substantiva. Pp. 189-193. 2. O Tribunal de Apelações não cometeu um erro ao ordenar que a conclusão da barragem de Tellico teria violado a lei. O Congresso falou com as palavras mais claras, deixando claro que as espécies ameaçadas deveriam receber as maiores prioridades. Desde que o poder legislativo foi exercido, cabe ao Poder Executivo administrar a lei e o Judiciário executá-la quando, como aqui, a execução for solicitada. Pp. 193-194. BURGER, emitiu o parecer do Tribunal, no qual se juntam BRENNAN, STEWART, WHITE, MARSHALL e STEVENS, JJ. POWELL, J., apresentou uma opinião divergente, na qual BLACKMUN, J., aderiu, post, p. 195. REHNQUIST, J., apresentou uma opinião divergente, post, p. 211⁹ (Tradução livre de Márcio Alves Figueira).

Verificando-se que o *Justice Warren Earl Burger* definira que a discussão teria que girar em torno de duas indagações principais, quais sejam: (a) a TVA transgride a Lei se finalizasse a represa de Tellico? (b) se as ações da TVA lesionam a lei, uma medida cautelar é o remédio pertinente?

O pronunciamento implementa esta explicação:

[...] Seria difícil encontrar uma disposição legal cujos termos fossem mais claros do que os da seção 7 da Lei de Espécies Ameaçadas. Suas próprias palavras ordenam afirmativamente a todas as agências federais “que garantam que as ações autorizadas, financiadas ou executadas por elas não ponham em risco a existência continuada” de uma espécie em extinção ou “resultem na destruição ou modificação do habitat de tais espécies”. 16 U.S.C. 1536 (1976 ed.). (Ênfase adicionada). Este idioma não permite exceções¹⁰ (Tradução livre de Márcio Alves Figueira).

O *Justice Warren Earl Burger* patrocina que a continuidade da construção da barragem quer dizer o oposto da disposição legal contida na seção 7 da Lei de Espécies Ameaçadas (1973). Na sua visão, o acolhimento da argumentação da TVA constrangeria a ignorar o significado comum da linguagem. Por tal perspectiva, deve ser prestigiada a presunção de constitucionalidade e legitimidade da nova legislação.

Para chegar a tal conclusão, o *Justice Warren Earl Burger* empreendera um exame da linguagem, da história e da estrutura da legislação, de modo, a constatar que o Congresso tencionava que as espécies ameaçadas recebessem a mais alta prioridade, por causa disso, se constata um método para interpretação de leis recentes.

A Lei das Espécies Ameaçadas assenta que todos os departamentos e agências federais devem conservar espécies em perigo e espécies ameaçadas.

⁹ UNITED STATES OF AMERICA. **Supreme Court. Tennessee Valley Authority v. Hiram G. Hill et al** (1978). Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/437/153.html>. Acesso em: 12 maio 2019.

¹⁰ UNITED STATES OF AMERICA. **Supreme Court. Tennessee Valley Authority v. Hiram G. Hill et al** (1978). Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/437/153.html>. Acesso em: 12 maio 2019.

O *Justice Warren Earl Burger* arrazoara o valor incalculável das espécies ameaçadas, o que bloquearia cálculos utilitários como parâmetro correto para resolução da demanda, uma vez que o pragmatismo não é um método correto para interpretação de leis recentes.

O raciocínio da TVA não se ampara por três razões básicas: 1) A intenção de revogar um estatuto legal deve ser clara e manifesta; 2) A revogação por implicação encerra como pressuposto a discrepância dos estatutos legais; 3) A apropriação de recurso orçamentário para construção de obras públicas tem que possuir base legal (DWORKIN, 2007).

O mérito do *certiorari* conservou a liminar outorgada pelo Tribunal de Apelações do Sexto Circuito, impossibilitando a construção da barragem.

No entanto, o voto do Juiz Lewis Powell anuía com todas as premissas fáticas contidas no voto do Juiz Burger, de outro modo, indicava uma interpretação mais eficaz (DWORKIN, 2007).

Por essa enunciação, os tribunais unicamente tolerariam um resultado incoerente, caso descobrissem provas inequívocas dessa pretensão por parte do legislador. Destarte, as considerações de princípios são modificadas pelo padrão do bom senso. Nesta linha de raciocínio, o voto é favorável ao prosseguimento da obra de construção da barragem (DWORKIN, 2007, p. 29).

Em síntese, o voto do Juiz Lewis Powell simboliza o principal argumento da legislação ocasional, qual seja, a suplantação da legalidade vigente pela existência de padrão político demonstrado por ideologia hostil ao meio ambiente, ligada à intuição do magistrado, representada pela noção de bom senso.

Ademais, o mais razoável programa para comunidade traduz-se em terminar a barragem beneficiando a comunidade como um todo, nem que para tanto a espécie de peixes sucumba, o que expressaria um dano colateral aceitável.

Nesse sentido, o voto patrocina o utilitarismo do maior benefício ao maior número de pessoas, relacionado ao pragmatismo da visão cética em relação à legislação, podendo a legislação ser superada, não importando se é nova ou vetusta.

Por certo, a discordância entre os Ministros representa uma divergência teórica. A rigor, o dissenso não diz respeito aos fatos, dado que eles coincidiam em todas as premissas fáticas.

Nesse sentido, a discordância tratava sobre a teoria apropriada para interpretação de uma nova legislação, cuja compreensão ajustava-se a três premissas: 1) A intenção de revogar um estatuto legal tem de ser clara e manifesta; 2) A revogação por implicação contempla como pressuposto a discrepância dos estatutos legais; 3) A apropriação de recurso orçamentário tem que possuir base legal.

Dessarte, o método correto para interpretação de leis recentes consiste na presunção de constitucionalidade e legitimidade do processo de legiferação. Portanto, argumentos pragmáticos de superação da legislação pela implantação de um melhor programa político não se mostram adequados e pertinentes.

Por outro lado, não há que se falar em revogação por implicação cujo pressuposto reside exatamente na impossibilidade de conciliação dos estatutos legais, de modo que o estatuto posterior revogaria a disposição anterior.

No caso, a aprovação do orçamento da TVA pelo Congresso não consiste em uma disposição legal apta para revogar a nova legislação sobre espécies ameaçadas, nem muito menos estabelecer uma exceção.

Nestes termos, os dois estatutos, não são inconciliáveis, sendo capazes de coexistir, uma vez que a preferência às espécies ameaçadas, como estatuto específico aplicável a uma situação específica, não é controlada ou alterada pela disposição orçamentária favorável à TVA.

Por certo, para definição de uma divergência teórica, arriscamo-nos equiparar a divergência teórica do caso TVA por meio da contida no HC nº 124.306/RJ.

Cabe salientar ter prevalecido no HC nº 124.306/RJ, o pragmatismo posneriano da superação da legislação pela implantação de uma ideologia feminista. De fato, falta base constitucional para revogar os tipos penais pormenorizados nos artigos 124 e 126 do CPB, robustecido pela impraticabilidade da não recepção, sem a mínima oportunidade de intervenção da sociedade brasileira, nomeadamente no momento em que não há intenção de revogar os tipos penais, nem ela é clara e manifesta.

Nessa lógica, não se pode decretar a não recepção de um dispositivo penal unicamente arrimado em ideologia feminista, sem o mínimo debate com a comunidade. De fato, a decisão do HC nº 124.306/RJ representa um exemplo de legislação ocasional.

No caso McLoughlin, Ronald Dworkin (2017, p. 29) pormenoriza a divergência como empírica, salientando aspecto relevante para formação de um precedente judicial.

No dia 19 de outubro de 1973, o marido e os filhos da Sra. McLoughlin sofreram um acidente automobilístico no Reino Unido (DWORKIN, 2007).

Nessa continuação, a Sra. McLoughlin não acompanhava os seus familiares. No entanto, encaminhando-se ao hospital, informando-se sobre o falecimento de sua filha e do grave estado de saúde dos demais familiares, supracitada ocorrência dimanara uma situação de stress, modificando-se para um colapso nervoso (DWORKIN, 2007).

Desta forma, a Sra. McLoughlin demandou o motorista causador do acidente reivindicando indenização. Para tanto, incluiu precedente robustecendo a reclamo de danos morais.

No entanto, o precedente detinha uma especificidade fática, nele o autor testemunhou ou encontrava-se no episódio da casualidade. Por outro lado, não há correspondência entre o fato relatado no precedente mencionado e o fato sofrido pela Sra. McLoughlin.

Por conta disso, o magistrado de primeira instância efetivou uma diferenciação, ante a incompatibilidade do precedente mencionado com o fato objeto da demanda. É que, o precedente consignava o aparecimento na cena do acidente, no entanto, no caso McLoughlin, a autora deslocou-se apenas ao Hospital (DWORKIN, 2007).

Nesse sentido, não existiria abalo moral como consequência de particularidade fática, direcionando a improcedência da demanda (DWORKIN, 2007, p. 33).

Por conseguinte, a Sra. McLoughlin manifestara recurso. No entanto, o Tribunal preservara a sentença, apresentando argumentos políticos, cujos pressupostos consistiriam em (DWORKIN, 2007, p. 34):

- a) acréscimo no número de processos relativos a danos morais;
- b) incremento no custo do seguro de responsabilidade civil;
- c) probabilidade de reclamações fraudulentas.

Por derradeiro, a Sra. McLoughlin exprimira recurso encaminhado à Câmara dos Lordes (DWORKIN, 2007).

No referido Tribunal, os Lordes ingleses supuseram pouco plausível a subsistência de um dilúvio de processos. Ademais, é intrínseco à ponderação entre pretensões sérias e fundadas das demandas fraudulentas e de má-fé (DWORKIN, 2007).

Nesse sentido, a distinção dos precedentes é propícia quando se pondera a adequação dos princípios morais contidos no caso anterior, e a sua impertinência e inadequação, ao caso posterior (DWORKIN, 2007).

Por esse ângulo, a Câmara dos Lordes invalidou o *decisum* pronunciado pelo Tribunal de Apelação, porquanto necessário novo julgamento (DWORKIN, 2007).

Resumidamente, trata-se de uma divergência empírica. Neste sentido, a sua gênese encontra-se acoplada a uma decisão alicerçada em razões políticas. No entanto, os argumentos políticos não espelham um standard decisório adequado, ante o emprego do aglomerado coerente de princípios reconhecido como integridade.

Esta conclusão, confirma a inexistência da legislação ocasional e da sua técnica de manipular argumentos políticos remodelados como argumentos de princípio.

Decerto, ante a caracterização da divergência empírica infere-se equiparar a divergência fática do caso McLoughlin por meio do compreendido no ADI n.º 4.983/CE, sobretudo, ante a condição do pressuposto de fato da farra do boi e da briga de galo não equivalerem aos pressupostos fáticos da vaquejada, corroborando a ausência de coerência em extrair um princípio das práticas da farra do boi e da briga de gado e o empregar a uma prática distinta como a vaquejada.

O caso *Brown vs Board of Education of Topeka* é motivo de investigação no item 3.1, por aludir a respeito de método de interpretação da Constituição (DWORKIN, 2007, p. 36, 37).

Tais casos emblemáticos dilucidados por Ronald Dworkin (2017) evidenciam que o desacordo sobre o que é direito não contém elucidação convencional, tampouco amparo em um padrão como eficiência ou política, pois tais perspectivas, não clarificam a natureza dos desacordos teóricos mencionados.

Resumidamente, o interpretativismo desmente tanto o pragmatismo, quanto o convencionalismo. Cabendo, a partir de agora, deslindar a noção de integridade como meio de reconstrução racional do direito pela perspectiva de Jürgen Habermas (1997).

2.2 CORRENTE PROCEDIMENTAL

Em primeiro lugar, cumpre elucidar, o processo dialógico é a fonte primária dos direitos fundamentais pela perspectiva procedimental (ACKERMAN, 1993, p. 206).

Nestes termos, o direito fundamental contém identicamente uma significação procedimental, isto em razão de igualmente traduzir-se em produto do procedimento democrático, estribado no direito de participação no essencial processo democrático (ACKERMAN, 1993, p. 206).

Nesse sentido, notabiliza-se como preferível ponto de vista em relação à corrente procedimental o defendido por Jürgen Habermas (1997), dado que acertado o esclarecimento da tese relativamente a Facticidade e Validade (1997), para elucidação do problema da atuação normativa do Supremo Tribunal Federal, qualificado por Habermas como legislação concorrente (HABERMAS, 1997).

Em primeiro lugar, o modelo procedimental privilegia os procedimentos democráticos como fonte dos direitos. Neste sentido, o processo de produção das decisões políticas do Estado não suportaria desempenho pelos Tribunais, visto que o alargamento das funções é despropositado do ponto de vista normativo, por assoberbar o tribunal constitucional com incumbências de legislador concorrente (HABERMAS, 1997).

Por certo, a enunciação desse pensamento provém da indispensável reconstrução racional do Direito com a superação da razão prática pela razão comunicativa (HABERMAS, 1997, p. 18).

Como se pode ver, tem que se desassociar a razão prática do seu vínculo próximo com a moral, uma vez que, não apenas confronto problemas morais, no entanto identicamente arrostos problemas pragmáticos e éticos-existenciais (HABERMAS, 1997, p. 22).

Em vista disso, a lei não se compreenderia autêntica pela mera compatibilidade dela em confrontação com a Constituição. O paradigma não é a Constituição, baseando-se em uma indispensável justificação racional. No entanto, o local pertinente para criação de direitos é o Poder Legislativo, com o auxílio de um consenso racional.

Por certo, a razão comunicativa é constitutiva de validade de todo o processo de legiferação (HABERMAS, 1997, p. 50).

Note-se, pela perspectiva procedimental, não há lacuna para atuação normativa dos Tribunais, posto que incongruente a legislação concorrente, ocorrência cuja terminologia é diferente, no entanto, no conteúdo traduz-se na legislação ocasional (HABERMAS, 1997, p. 306).

Com efeito, a imposição para justificabilidade das normas dependeria do processo democrático de criação do direito, alicerçado na razão comunicativa, voltada ao entendimento e consenso, confirmando a inexatidão da atuação normativa dos Tribunais (HABERMAS II, 1997, p. 308)

Nesse significado, o direito corresponde a duas compreensões. Pelo enfoque objetivador e pelo performático. No enfoque objetivador, direcionado pelo sucesso, a norma é um contratempo ao propósito do cidadão. Pelo enfoque performático, dirigido ao entendimento, a norma é uma restrição da vontade livre, e estabeleceria um expediente para alcançar o consenso (HABERMAS, 1997, p. 51).

Então, o direito laboraria como um tipo de correia de transmissão que carrega, de forma abstrata, a estrutura de reconhecimento recíproco existente entre conhecidos e em contexto concreto do agir comunicativo, para o nível da interação anônima entre estranhos, mediada pelo sistema jurídico (HABERMAS II, 1997).

Em vista disso, o processo de legiferação representa a zona adequada para integração social e não o processo de interpretação do direito como assegura a atuação normativa dos Tribunais.

Nessa perspectiva, o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um, por todos os outros tem que se sustentar em leis legítimas que asseverem a cada um, liberdades iguais, de

modo que a liberdade do arbítrio de cada um, consiga manter-se junto com a liberdade de todos (HABERMAS, 1997).

Nessa acepção, o nexó de conformidade da lei garantidora da liberdade tem a necessidade de alcançar uma resposta no interior do próprio direito positivo, não tolerando invocar fundamento exótico, como por exemplo, a concepção de constituição de direitos com apoio em programas políticos definidos pelos Tribunais.

Dessa maneira, a conexão da formação política da vontade do legislador refere-se ao procedimento democrático, amparado no consenso racional de todos os participantes, arrimado na razão comunicativa orientada ao consenso e não ao sucesso (HABERMAS, 1997, p. 124).

Habermas (1997, p. 159) confirma a subsistência de uma correlação entre a soberania popular e os direitos humanos, não constituída mediante leis gerais e abstratas, dado que tal papel incumbiria a autonomia política do cidadão, por intervenção de formação discursiva da opinião e da vontade.

Por isso, imprescindível a anuência de todos os presumíveis atingidos, como requisito para formação de leis gerais e abstratas, que por seu turno, intermediariam a tensão entre coerção e a validade, ao constituir a legislação (HABERMAS, 1997).

Por conseguinte, a legitimidade do direito dimana da legitimidade do processo de positivação legal. Nestes termos, o princípio da democracia não tem necessidade de apenas organizar um processo legítimo de normatização, entretanto, precipuamente molda-se para direcionar a produção do próprio direito.

Como resultado, há um vínculo de co-originalidade, uma vez que a democracia corroboraria o direito, simultaneamente o direito é decorrência do procedimento democrático. Nestes termos, os direitos humanos e a soberania do povo subsistiriam em uma relação de agregação (HABERMAS, 1997).

Por conseguinte, o Direito prescreve conduta pelo processo de positivação das leis. No entanto, a legitimidade do direito positivo não se origina de um alicerce unicamente moral, pois derivaria do processo de formação de opinião e da vontade, que se presume racional (HABERMAS II, 1997, p. 317).

Por derradeiro, a instalação do código do direito efetuado com auxílio do direito geral a liberdade subjetiva de ação tem de ser atingida mediante direitos de comunicação e de participação, confirmando um uso público e equitativo de liberdades comunicativas. Por este caminho, o princípio do discurso evidencia a figura jurídica de um princípio da democracia (HABERMAS II, 1997).

Nestes termos, seguidamente a circunscrição do conceito do procedimentalismo, exibirse a tese da facticidade e validade, elucidando o conceito de razão comunicativa, bem como a origem do sistema de direitos, para enfim tratarmos a integridade como procedimento de reconstrução racional do direito.

Por último, cabe registrar, localiza-se a teoria sobre facticidade e validade (Teoria de Direito e Democracia) de Jürgen Habermas (1997) inserida na ótica procedimental. Por outro lado, a teoria de direito sustentada por Habermas discute com a perspectiva substancial de Ronald Dworkin (2007), principalmente, por reconstruir o direito, por intervenção da integridade.

2.2.1 Pensamento habermasiano: a razão comunicativa como motivo para reconstrução de toda sociedade

Na obra “Direito e Democracia” (1997) o filósofo alemão Jürgen Habermas, distingue-se como melhor representante da perspectiva procedimental.

Habermas (1997, p. 12) inicia uma investigação relativamente à década de oitenta do século XX. Nesta avaliação, fez-se um atributo primordial da sociedade moderna constituída na exaustão da energia utópica.

Sendo assim, a modernidade constitui uma aglutinação de dois pensamentos discrepantes. Neste sentido, eles equivaleriam à concepção histórica e à noção utópica (HABERMAS, 1997).

Nestes termos, a modernidade ocidental experimentou dois acontecimentos destacados. O primeiro significou a crise do socialismo simbolizado pela desagregação da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). O segundo é retratado pelo colapso do estado do bem-estar social em consequência de implantação da política neoliberal nos governos de Ronald Reagan (EUA) e Margaret Thatcher (UK).

Por isso, padecemos uma contemporânea obscuridade, constituída na escassez de um pensamento utópico (HABERMAS, 1997, p. 13).

Desse modo, precisar-se-ia regenerar a conexão entre o conceito histórico e a concepção utópica, impedindo o realismo da simples desaprovação e o normativismo abstrato desvinculado da realidade.

Por conseguinte, a contemporaneidade é constituída no modelo da razão prática como faculdade subjetiva, descrita pelos adjetivos da felicidade, historicidade, aliados à visão de conjunto. Nesse sentido, a felicidade ressaltaria a autonomia do indivíduo.

Nesse seguimento, a historicidade evidenciaria a história de vida do sujeito e dos Estados. Por fim, a visão de conjunto, destacaria o fato de os indivíduos constituírem membros de uma coletividade, sendo partes de um todo que se alicerça através da ligação de suas partes (HABERMAS, 1997, p. 17).

Nestes termos, objetiva a razão prática influenciar o comportamento dos indivíduos, e para tanto, emprega os juízos morais exteriorizados nas máximas do princípio da humanidade e no princípio da universalidade.

Assim, a moderna compreensão possibilita uma nova correlação da razão na história, resgatando os encadeamentos perdidos entre a razão e liberdade, de forma a reestruturar a razão existente, na compreensão do mundo do como ele conseguiria ser, mas que, todavia, não é.

Nesse sentido, não há como esquivar-se da asseveração da crise de legitimidade nos Estados Democráticos Ocidentais, porquanto, a razão prática kantiana precisaria ser rejeitada e em seu lugar a sociedade moderna necessitaria ser reconstruída, por força de uma razão comunicativa (HABERMAS, 1997).

Dessa forma, a razão comunicativa procederia da força da linguagem focalizada no entendimento da função de coordenação de uma ação. E a sua finalidade, não é informativa, tampouco prática, no sentido de determinar parâmetros para uma conduta ou ação adequada. No entanto, a razão comunicativa relaciona-se à intelecção e asserção criticável (HABERMAS, 1997).

Nesse sentido, por obra da razão comunicativa asseverada, acha-se que a significação da autorrealização e da autodeterminação ficariam subjacentes nos procedimentos cotidianos de reprodução cultural, integração social e nas próprias instituições.

Em vista disso, necessitaria suceder uma aglutinação entre legalidade e legitimidade, de maneira a reconstituir o ideal e a realidade. A questão da legitimidade da sanção imposta pela lei permaneceria correlacionada à questão da validade do direito, dessa maneira, válida é a norma de ação, com a qual, todo provável alcançado como partícipe do dissenso racional conseguiria aquiescer, consubstanciado em verdadeiro princípio do discurso (HABERMAS, 1997).

Por conseguinte, o Direito tem a necessidade de encontrar-se baseado em uma justificação moral, de modo, a tornar-se um exercício legítimo do poder. Nestes termos, a justificação moral racional consistiria no melhor argumento, originário da razão comunicativa, evidenciada pelo consenso.

Nesse contexto, é significativo discriminar entre liberdade comunicativa focada no entendimento e o consenso, da liberdade subjetiva, orientada ao sucesso.

Sendo assim, a razão comunicativa é realizável pelo procedimento linguístico, por intermédio de comunicações que se interligam. Tal racionalidade dirige-se ao entendimento. Neste sentido, o vocabulário é uma circunstância possibilitadora, no entanto, igualmente restritiva (HABERMAS, 1997, p. 20).

Para tanto, aquele que emprega o palavreado natural necessitaria aderir ao enfoque performático, inclinado pelo entendimento, e incessantemente direcionado ao consenso, diversamente do interesse próprio (HABERMAS, 1997, p. 20).

Nessa linha, a razão comunicativa é procedimento de reconstrução de toda a sociedade proporcionando a constituição política da vontade do Estado de Direito, da legislação e da jurisprudência, pretendendo conseguir o consenso (HABERMAS, 1997, p. 21).

Percebe-se, assim, que o rudimento é o processo comunicativo não violento, coerentemente justificado, apropriado para especificar as distinções identificadas, na base da manutenção de uma comunhão de convicções (HABERMAS, 1997, p. 22).

Por essa razão, existiria um binômio evidenciado pela ordem consolidada por intervenção de força (facticidade) em antagonismo com a ordem legitimada racionalmente (validade), carecendo de reestruturação mediante o consenso e o entendimento, projetado pela razão comunicativa. Nestes termos, a tensão entre facticidade e validade quer dizer a tensão entre a própria certeza e a correção (HABERMAS, 1997, p. 22).

Nessa senda, a moral norteada pelos princípios necessita de um incremento por meio de direito positivo (HABERMAS, 1997, p. 23).

Cabe salientar, a suplantação da razão prática kantiana pela razão comunicativa habermasiana, não expressa a sua abdicação elementar e integral (HABERMAS, 1997, p. 26).

Nesse sentido, emergiria uma “[...] predileção por argumentos psicológicos das relações lógicas. Neste sentido, a contextura da validade foi incorporada a processo fático da consciência” (HABERMAS, 1997, p. 27).

No entanto, “[...] há uma distinção fundamental entre pensamento e representação. Representação significa minha ou tua representação, atribuível a um sujeito distinguido no espaço e no tempo. Por outro lado, o pensamento extrapola a fronteira de uma consciência individual” (HABERMAS, 1997, p. 28).

Nessa significação, encontra-se distinção entre pensamento e representação do pensamento, porque os pensamentos compreendem uma disposição mais heterogênea que os objetos do pensamento representador.

Por isso, com a ajuda de designativos, descrevemos objetos singulares, à medida que a asserção expressa, na sua totalidade, uma proposição. Nestes termos, o pensamento só é

acessível quando representado em estados de coisas expressos por meio de proposição (HABERMAS, 1997).

Dessa maneira, o pensamento é encadeado por intermédio de proposições. Portanto, conseguimos descodificar a disposição dos pensamentos examinando a estrutura das proposições (HABERMAS, 1997).

Dessa forma, a essência do pensamento é definida por um estado de coisas que é capaz de consistir em uma proposição. Somente o pensamento constituído em proposição verdadeira expressa um fato.

Nesse significado, “[...] a veracidade consegue ser estabelecida por dois procedimentos, pela correspondência ou por acordo potencial” (HABERMAS, 1997, p. 29).

Pela verdade como correspondência, a afirmativa é verdadeira se há um estado de coisa que a asserção evidencie. Desta maneira, “[...] verdade é a equivalência entre o enunciado e o fato” (ALEXY, 2011, p. 108).

Pela verdade como acordo potencial, “[...] a afirmação é verídica se há um acordo potencial entre os falantes. Um atributo ou propriedade característica de uma coisa é verídica, se o falante que o enuncia conseguir angariar a adesão do outro potencial falante, acerca das mesmas características do predicado” (ALEXY, 2011, p. 108).

Nessa linha de raciocínio, a razão comunicativa abrangeria por âmbito uma teoria de verdade. Neste sentido, o alicerce é o consenso conquistado pelos falantes, quando um deles conseguisse imputar um predicado de forma similar a efetuada por outro falante.

Dessa maneira, a virada linguística há quando se discerne o real do verdadeiro. Nestes termos, o real abarca o que pode ser retratado em proposições correspondentes entre o enunciado e o fato. Por verdadeiro, deduz-se a partir da pretensão que é levantada por um em relação ao outro quando confirma uma proposição, de modo que a verdade pressupõe um consenso (HABERMAS, 1997).

Por outro lado, verdade é a pertinência racional, isto é, a recuperação de uma pretensão de validade criticável de acordo com as condições comunicacionais de um auditório de intérpretes ampliado idealmente no espaço social e no tempo histórico (HABERMAS, 1997).

De outro lado, a suplantação do risco da discrepância parte inicialmente do conceito do agir comunicativo, que acarreta um entendimento linguístico como procedimento de coordenação da ação, visando a manutenção de ordens sociais (HABERMAS, 1997).

Em vista de todo o exposto, o conflito entre facticidade (coação de sanções exteriores) e validade (força ligadora de convicções racionalmente motivadas) é consolidada na assimilação social completada pelo direito positivo (HABERMAS, 1997, p. 35).

Nessa óptica, o agir comunicativo significa um empreendimento visando combinar interpretações comuns de situação, mediante o processo de entendimento, recorrendo à verdade como um consenso entre os falantes (HABERMAS, 1997, p. 36).

Por conseguinte, o mundo da vida harmoniza-se em uma rede ramificada de ações comunicativas, disseminada em espaços sociais e épocas históricas, constituindo horizonte para situações de fala, retratado através de ações comunicativas, direcionado para o entendimento (HABERMAS, 1997).

Dessa forma, atingimos o discernimento relativamente à inexatidão da atuação normativa dos Tribunais, explorando o sistema de direitos que mantém as liberdades subjetivas da ação com a coação do direito objetivo. Do ponto de vista histórico, os direitos sucederam destinados à procura estratégica de interesses privados, desenvolvendo espaços legítimos à liberdade de ação individual, consistindo no núcleo do direito moderno (HABERMAS, 1997, p. 47).

Habermas (1997) esclarece a importância da validade do direito baseado na apreciação da doutrina kantiana. Kant principia do direito natural subjetivo, atribuído a cada pessoa, constituído no direito de usar a força quando sua liberdade subjetiva estivesse ferida.

No entanto, na ocasião em que o direito positivo sobrepõe o direito natural, esse direito de usar a força termina sendo monopolizado pelo Estado e converte-se em autorização para iniciar uma ação judicial (HABERMAS, 1997).

Nessa ótica, a tensão entre facticidade e validade, verifica-se quando a autorização do uso da força, manifesta-se para se opor aos abusos no uso da liberdade, de modo, que há uma relação entre coerção e liberdade, possuindo como fio condutor o próprio direito (HABERMAS, 1997, p. 49).

Nessa ótica, o conceito de legalidade na opinião de Kant compreenderia na conformidade da ação para com a lei, corroborando a validade na razão (HABERMAS, 1997, p. 49).

Neste aspecto, a validade do direito encontra-se elucidada por um duplo fundamento, qual seja: a validade social, formada pela aceitação fática no círculo dos membros do direito, e sua legitimidade, carecendo o surgimento do direito, por meio de um processo legislativo racional, estabelecendo uma justificativa pragmática, ética e moral (HABERMAS, 1997).

Portanto, a justificativa pragmática constitui-se em um juízo adequado ao processo de legiferação, próprio para formação de direitos, mediante o Poder Legislativo, alicerçado na razão comunicativa, direcionado ao consenso, não se apresentando apropriado o juízo pragmático embasar jurisdição.

Em vista disso, há dois pressupostos para validade da norma jurídica, a saber, o primeiro reside no fato da maioria das pessoas acatar às normas, mesmo que isso implique o emprego de sanção, e o segundo, no cumprimento do requisito institucional para o surgimento legítimo da norma (HABERMAS II, 1997, p. 308).

Essa união peculiar entre coerção fática e validade da legitimidade impõe um processo de legiferação, no qual o cidadão seja capaz envolver-se na condição de sujeito do direito que atua conduzido pelo consenso (HABERMAS, 1997, p. 53).

Em vista disso, o acoplamento entre facticidade e validade acontecerá por intermédio da noção de direito, de modo, que os direitos alcançarão a integração social, afastando daqueles que agem comunicativamente, o incômodo da busca pelo consenso (HABERMAS, 1997, p. 55).

Dessa forma, a positivação do direito manifesta-se como configuração de integração social, e se associa ao agir comunicativo, como a coroação do consenso, o que por sua vez, suprime o dissenso, natural em uma sociedade.

Daí a legitimidade do agir comunicativo, em que os membros do direito dispõem de poder para acreditar que eles mesmos, numa formação livre da opinião e da vontade política, consentiriam as regras às quais eles encontram-se submetidos como destinatários (HABERMAS, 1997, p. 59).

Nesse sentido, uma singularidade da positividade do direito resume-se na criação de um fragmento da realidade social elaborada artificialmente, a qual só há até segunda ordem, porque ela pode ser modificada ou colocada fora de ação em qualquer um de seus componentes singulares (HABERMAS, 1997).

Em resumo, o conceito de Direito constitui-se em uma categoria de mediação entre facticidade e validade delineada pela conexão entre coerção do direito e a ideia de legiferação, recuperando a pretensão de legitimidade, resultante de um consenso, embasado em critério racional aceitável (HABERMAS, 1997, p. 61).

Por derradeiro, faz-se imprescindível ponderar a noção de direitos humanos, principalmente pela sua decorrência na gênese do sistema de direitos, contradizendo a crítica ao legalismo realizada por Posner, uma das razões da legislação ocasional.

2.2.2 Os direitos humanos como direitos jurídicos originadores de um sistema de direitos

Na obra *Direito e Democracia* (1997), Jürgen Habermas (1997, p. 113), aborda a reconstrução racional da noção de direitos humanos como direitos jurídicos constitutivos de um sistema de direitos.

Nesse sentido, o processo de legiferação compreende método de formação de direitos. Em contrapartida, não é fórmula consentânea para gênese de direitos, o processo de legislação ocasional concebida por obra dos Tribunais.

Em primeiro lugar, a partir do artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, decorreu o princípio geral do direito, definindo-se o conceito de liberdade, segundo Habermas (1997, p. 113, 114) tem-se que:

[...] A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica a um outro. O exercício dos direitos naturais de um homem só tem como limites os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo de iguais direitos. Esses limites só podem ser estabelecidos através de leis [...].

Por isso, o direito extrai o fardo da reconstrução das normas morais para convivência dos indivíduos em sociedade e as transporta para as leis, garantindo a compatibilidade da liberdade de ação. Esta, por sua vez, obtém sua legitimidade mediante um processo de legiferação, baseado no princípio da soberania do povo (HABERMAS, 1997).

Em contrapartida, o processo de legislação ocasional não alcança respaldo no princípio democrático, até porque nenhum cidadão vota nos Ministros do Supremo Tribunal Federal, sobejando a carência de legitimidade democrática do expediente.

Nessa perspectiva, a função do processo legislativo democrático é o de defrontar seus participantes com as expectativas normativas da orientação do bem da comunidade, já que ele próprio tem de extrair sua força legitimadora do processo de um entendimento do cidadão sobre regras de sua convivência (HABERMAS, 1997, p. 115).

Por esse ângulo, a predileção pelo juízo pragmático reclama um julgamento político efetuado pelo cidadão na oportunidade do processo de legiferação, não se encontrando espaço para transplantação de tal expediente ao processo de jurisdição.

Nesse significado, não há qualquer fundamento constitucional apto para fundamentar a perspectiva pragmática do STF de suplantação do processo de legiferação arrimado em argumentos políticos ligados a alguma ideologia.

Nessa lógica, carece de legitimidade tal normatividade oriunda do STF. Nestes termos, sequer é possível aglutinar argumento político para parecer uma argumentação principiológica, existindo aí uma nobre mentira.

Sem embargo, esta relação entre a autonomia pública e autonomia privada do cidadão constitui uma conexão até agora não exposta de forma satisfatória (HABERMAS, 1997).

Em vista disso, Habermas (1997) principia a abordar o nexos entre a autonomia pública e a autonomia privada do cidadão.

Na visão de Habermas (1997, p. 121) haveria uma conexão de co-originalidade entre direitos subjetivos e direitos objetivos, uma vez que aqueles se originam dos direitos que os sujeitos se atribuem reciprocamente.

Em vista disso, a fonte de toda legitimidade do direito consistiria no processo democrático de legislação, e este apela, por seu turno, ao princípio da soberania do povo (HABERMAS, 1997, p. 122) e não na noção de atuação normativa, realizada pela legislação ocasional.

Cabe salientar, a fonte de legitimidade do direito não deriva de um modelo extraído do direito privado, como supunham os autores contratualistas, os quais ergueram todo arcabouço jurídico, pelo ato de socialização originária, designado de contrato de dominação (HABERMAS, 1997).

No entanto, tal argumentação não se sustenta, já que há uma distinção estrutural entre a figura de legitimação do contrato de socialização e um contrato privado. Nestes termos, os partidos concebem um contrato para uma determinada finalidade, ao passo que o contrato social é um fim em si mesmo. Dessa forma, não se consegue estruturar toda ordem jurídica por procedimento de contrato privado (HABERMAS, 1997).

Nesse aspecto, o encadeamento da formação política da vontade do legislador necessitaria referir ao próprio procedimento democrático, decorrente do consenso racional de todos os participantes, embasado na razão comunicativa (HABERMAS, 1997).

Ora, se esta afirmação tiver alguma plausibilidade, o princípio do direito não é um componente intermediário entre o direito e a moral, e sim, o verso da medalha do próprio princípio democrático (HABERMAS, 1997, p. 128).

Habermas (1997) defende que a conciliação entre a soberania popular e os direitos humanos não é mediada por leis gerais e abstratas, já que tal papel não concerne às leis, mas à autonomia política do cidadão esclarecida pela formação discursiva da opinião e da vontade.

Por consequência, imperiosa a aquiescência de todos os possíveis atingidos, como requisito para formação de leis gerais e abstratas, de modo que tais leis intermediariam a tensão entre facticidade e validade, ao constituir o direito do cidadão (HABERMAS, 1997).

Para se explicar este conceito, imprescindível abarcarmos a conexão entre a moral racional e o direito positivo (HABERMAS, 1997).

Nessa lógica, destaca-se que direito e moral se tornam normas de ação, originando-se lado a lado, integrando-se. Não pode haver um direito integralmente separado da moral. No

entanto, isto não quer dizer, que o direito contém um fundamento única e exclusivamente moral (HABERMAS, 1997, p. 139).

Nesse ponto de vista, o direito é legítimo, quando não transgrida a regra moral. No entanto, não há uma ordem hierárquica, não existindo também uma relação de primazia entre direito e moral, de modo, que o direito não é uma mera cópia da moral em relação de mero espelhamento.

Por esse ângulo, o Direito demanda uma justificativa moral racional fundamentando o uso do poder. Tal justificação processa-se mediante o discurso argumentativo entre os cidadãos (HABERMAS, 1997).

De outro lado, a função encarnada pelo direito é mais abrangente que a moral, o que repercute na legislação, dado que o cidadão não está propenso a direcionar a sua ação por intermédio unicamente moral, já que ostentamos interesses e valores de ordem pragmática e ética, tão importantes quanto a moral e que orientam as nossas ações.

Nesses termos, a autonomia da pessoa por artifício do direito alberga mais do que a autonomia em sentido moral. Desse modo, o direito positivo não consiste em um caso especial de moralidade pública (HABERMAS II, 1997, p. 311).

Em vista disto, a moral tem de agregar distinto sistema de saber cultural, que, ao mesmo tempo, é um sistema de ação e tal função é respeitante ao direito positivo.

Dessarte, direito e moral situam-se em um mesmo plano, na verdade, em uma relação de igualdade e complementação. Por tal relação de co-originalidade, a moral não se localiza, nem em posição hierárquica superior, muito menos inferiormente ao direito, já que haveria uma conexão entre moral e direito caracterizada como uma ligação de pressuposição recíproca (HABERMAS, 1997).

Não obstante, haveria uma discriminação, por causa de o direito albergar uma conformação mais complexa que a moral, posto que: “[...] a) desprende e, ao mesmo tempo, confina liberdades de ação subjetiva e b) congloba objetivos coletivos e regulamentações concretas, o que interdita uma justificação apenas sob o ponto de vista moral” (HABERMAS II, 1997, p. 313).

Sendo assim, o direito pela sua concepção de certeza define o problema da indeterminação cognitiva da moral. Tal ambiguidade é concretizada no fato do cidadão achar-se inserido dentro de complexo sistema, não tendo tempo para mensurar integralmente o interesse simétrico de todos, de modo, a arquitetar uma lei universal, pelo paradigma kantiano.

Por outro lado, a carência de justificação moral é solucionada pelo direito, basicamente por uma primordial justificativa racional das leis, associada à aceitação pelos destinatários.

Cabe ressaltar, há uma conexão essencial entre direito e democracia. Neste seguimento, o princípio democrático dirige-se a adstringir o procedimento de normatização legítima do direito.

Nessa ótica, a razão da democracia é a conciliação entre as pessoas. Por isso, as pessoas têm de estar abertas para ouvir e entender as outras. Sendo assim, a legitimidade das leis jurídicas descansa na concordância de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva (HABERMAS, 1997, p. 145).

Desse jeito, não existe direito sem democracia e não há democracia sem direito, apresentando-se uma relação de pressuposição recíproca, atributo dos Estados Constitucionais Modernos.

Por isso, fixadas tais premissas, cabe salientar, direito humano é direito jurídico, jamais pré-jurídico, tampouco meramente moral. Por conta disso, desfrutaria a substância de norma legal explícita no ato de fundação ou refundação de um Estado Democrático (HABERMAS, 1997, p. 140).

Nesse ponto de vista, o direito jurídico se encontra construído em um sistema de direito, instaurado na forma de direito legal fundamental. Por ser jurídico, o cidadão obtém socorro dos tribunais e da força coercitiva do Estado para ser capaz de impô-lo e protegê-lo (HABERMAS, 1997, p. 159).

Então, a autolegislação compõe-se no mecanismo pela qual se edifica o vínculo entre a autonomia pública e a autonomia privada do cidadão, originando-se a legitimidade do direito pela legalidade de sua positivação, veja o que diz Habermas (1997, p. 158):

[...] A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivos para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio de democracia, se constituem de modo co-originário.

Infere-se que há um vínculo de implicação mútua entre autonomia pública e privada e, por outro lado, o encadeamento entre direito humano e soberania popular se origina mediante a instituição de um sistema de direitos, respaldado discursivamente (HABERMAS II, 1997).

Nesse seguimento, os direitos aceitam agrupação em cinco categorias (HABERMAS, 1997, p. 159, 160):

1 Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; 2 Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito; 3 Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; 4 Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processo de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo; 5 Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4).

Note-se que este sistema de direitos instaurados com alicerce no princípio do discurso é premissa imprescindível para o cidadão instaurar sua convivência sob a forma jurídica. As três primeiras espécies de direito classificam-se no campo da autonomia privada do cidadão, apresentando-se como direitos subjetivos. Por outro lado, as duas últimas classes de direito organizam-se no campo da autonomia pública do cidadão, no âmbito dos direitos políticos, compondo-se tais direitos legitimação para formação de outros direitos.

Em outros termos, o direito político é pré-condição ao processo deliberativo. Tal direito político é substancial para composição do direito subjetivo, em outras palavras, o direito subjetivo equivale ao resultado da deliberação, só realizável, por conta da pré-existência do direito político. Há, dessa forma, uma clara relação de pressuposição entre a autonomia pública e privada.

Nesse sentido, o processo de legiferação expressa-se no procedimento adequado para o reconhecimento de direitos, de modo que o direito à manifestação cultural como a vaquejada, é estabelecido pelo legislador, como o foi pela Emenda Constitucional n.º 96, de 2017, verdadeira resposta legislativa, não se constituindo cruel a prática desportiva, que emprega animal como manifestação cultural.

Da mesma maneira, válida contingente lei de significação declaratória corroborando a proibição da prática de abortamento de fetos, embora controvertendo acórdão do STF, visto que válida reação legislativa, compreendida pelo processo de legiferação.

De outro lado, se o STF é capaz embargar o direito à vida do nascituro ou o direito de manifestação cultural das comunidades nordestinas em qualquer momento, estabelecendo um melhor padrão político amparado em ideologia, conseqüentemente não se ostentaria os direitos políticos capacitados para instituir outros direitos, na verdade, não se tem direito algum, mas, simples, permissões.

Por esse ângulo, há um vínculo co-originário entre autonomia pública e autonomia privada, segundo Bunchaht (2009, p. 380, 381), tem-se que:

[...] O cerne da compreensão habermasiana constitui a concepção de co-originalidade entre autonomia pública e privada. Sem direitos fundamentais, que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria como institucionalizar as condições sob as quais os indivíduos poderiam fazer uso da sua autonomia pública, mas sem o exercício de sua autonomia pública, os cidadãos, não alcançariam uma real compreensão acerca de suas necessidades [...].

Por isso, o direito político corporificado na autonomia pública, em que pese emergir após o direito subjetivo, revela-se fundamental para constituição de outros direitos, bem como para concretização dos próprios direitos subjetivos, existindo uma clara ordem de importância entre os direitos pela concepção habermasiana.

Desse modo, o direito é um mecanismo para instituir o processo de legislação, já que o sistema de direitos é uma conjuntura que possibilita a instituição legítima de direitos, tanto mediante o princípio do discurso, quanto por intermédio do princípio democrático (HABERMAS, 1997, p. 165).

Nessa seara, o Estado se manifesta para salvaguardar o poder de comando. Ele é uma instância central habilitada a agir em nome do todo e transfigura-se instituição designada ao exercício burocrático da dominação legal.

Nestes termos, os direitos necessitam estabelecimento, pelo motivo de a comunidade de direito requerer jurisdição organizada, e porque a constituição da vontade política gera programas que têm que ser implementados (HABERMAS, 1997).

Dessa maneira, o sentido normativo do direito, não apresenta um fundamento unicamente moral, mas, encontra-se amparado no procedimento de instauração de direitos, originando legitimidade, de modo que a legitimidade advém da legalidade do procedimento de instauração de direitos (HABERMAS, 1997, p. 172).

Cabe salientar, a soberania popular consubstancia mediante procedimentos e pressupostos comunicativos (HABERMAS, 1997).

Nesse sentido, existiria uma relação intrínseca entre o poder político e o direito particularizado por funções próprias e recíprocas. A função própria do poder político traduz-se na realização de fins coletivos, de outra forma, a função recíproca é a própria institucionalização do direito por parte do Estado. De outro modo, a função própria do direito representa a efetivação de expectativas de comportamento, ao passo que, a função recíproca é o de meio de organização da dominação política (HABERMAS, 1997).

Por derradeiro, a análise funcionalista entre poder político e direito, parte da seguinte premissa, na óptica de Habermas (1997, p. 182):

[...] Ao emprestar forma jurídica ao poder político, o direito serve para a constituição de um código de poder binário. Quem dispõe do poder pode dar, ordena aos outros. E, neste sentido, o direito funciona como meio de organização do poder do Estado. Inversamente, o poder, na medida em que reforça as decisões judiciais, serve para a constituição de um código binário. Os tribunais decidem sobre o que é direito e o que não é. Nesta medida, o poder serve para a institucionalização política do direito [...].

Nestes termos, tal abordagem funcional do direito não é a única, porquanto, o direito só mantém a força legitimadora sempre que tiver capacidade de operar como uma fonte de justiça, razão pela qual é imprescindível prosseguir com a tarefa da reconstrução racional do direito, abordando o direito como integridade.

2.2.3 O direito como integridade como meio de reconstrução racional do direito

Preliminarmente, a obra *Direito e Democracia* (1997) refere-se à reconstrução racional do direito pela compreensão da integridade.

Para tanto, emprega a concepção procedimental do Direito, um terceiro caminho construído entre o direito formal burguês e o direito materializado no Estado Social, padrões não adotados, em vista da patente deficiência para lançar iluminação relativamente à reconstrução racional do direito (HABERMAS, 1997, p. 242).

Neste percurso, o paradigma procedimental concorda com argumento da integridade do direito patrocinada por Ronald Dworkin (2017).

Nesta ótica, o magistrado careceria deliberar o caso particular sustentando a coerência da ordem jurídica como um todo. Em vista disso, o juiz não poderia decidir o caso como se legislador agisse, por intervenção de decisões que manipulam argumentos políticos remodelados em argumentos de princípios.

Primordialmente, cabe acentuar, a decisão judicial não tolera amparo no melhor padrão para o futuro, posto que, é obrigatória justificação racional em princípios ou regras. Um paradigma exterior à norma necessitaria acolhimento para resolução do litígio.

Naturalmente, a racionalidade das decisões judiciais compõe-se conforme três modelos diversos, tornando inevitável a clareza para fins analíticos, quais sejam: (a) o modelo da hermenêutica jurídica; (b) o padrão do realismo jurídico e (c) o paradigma do positivismo jurídico (HABERMAS, 1997, p. 247).

Inicialmente, cabe salientar, o modelo da hermenêutica jurídica dispõe do mérito de repelir ao modelo convencional, estribado no pensamento aristotélico, aduzindo que nenhuma regra pode conduzir sua própria aplicação (HABERMAS, 1997, p. 247).

Por essa corrente filosófica, a interpretação sucederia em duas etapas, desenvolvendo-se em processo de concretização de norma. No primeiro estágio começa uma pré-compreensão valorativa, organizando uma conexão preliminar entre norma e o estado de coisas. No segundo estágio sucede, no momento em que a pré-compreensão difusa se converte mais precisa, à proporção que, sob a sua diretriz, a norma e o estado de coisas se concretizam reciprocamente (HABERMAS, 1997).

Como resultado, o padrão resolutivo do litígio é extrínseco a ele. Para tanto, o magistrado invoca de um ponto de vista exterior ao caso, nomeado de topoi, alcançado pela conjuntura ética tradicional, para definir a demanda, sob seu julgamento (HABERMAS, 1997).

Por outro lado, o modelo do realismo jurídico, não discute as conjecturas da hermenêutica jurídica. No entanto, no processo de triagem da prática da decisão judicial, revela-se importante o motivo extrajurídico explicado com o auxílio de uma avaliação empírica. Por tal ótica, o processo determinante para o desenlace de um caso judicial embasa-se na análise do fato, por um viés econômico, histórico, sociológico ou antropológico (HABERMAS, 1997).

Nestes termos, o direito constitui-se mecanismo de comando do comportamento, conectado para fins racionais, melhor dizendo, propósitos políticos respaldados no utilitarismo, não existindo separação essencial entre direito e política. Neste sentido, o juízo político equivale a um componente do direito (HABERMAS, 1997, p. 249).

Por isso, a noção de legislação ocasional confirmando compreender a decisão do magistrado aplicabilidade normativa, por interferência de decisões que manipulam argumentos políticos remodelados em argumentos de princípios, igualmente alcança fundamento no realismo jurídico.

Em contrapartida, o modelo do positivismo jurídico engendra um sentido normativo próprio das proposições jurídicas, compondo-se na estruturação de um sistema próprio, pretendendo diferenciar o direito de outras ciências como a política, a economia, a sociologia, a antropologia e a história (HABERMAS, 1997, p. 250).

Para tanto, o jurista observa à subsistência de uma regra de reconhecimento básica, prática jurídica reguladora da decisão relativa à norma pertencer ou não ao direito vigente.

Em vista disso, a validação da ordem jurídica, não é resultado da discussão racional, sobrevivendo de uma prática complexa, disposta pelos tribunais e funcionários, na ocasião em que reconhecem o que é direito (HABERMAS, 1997, p. 251).

Dessa maneira, oculta-se a salvaguarda de uma decisão correta. No entanto, no caso difícil em que não há uma resposta pré-pronta no direito positivo, não subsiste uma solução jurídica pelo modelo de regras positivistas.

Nesses casos, o expediente do positivismo é explicar que a disposição aberta da linguagem natural direciona a uma carência interpretacional das normas jurídicas, transferindo ao magistrado a decisão do caso, como se legislador fosse (HABERMAS, 1997, p. 251).

Decerto, a interpretação reconstrutiva do Direito trazida por Ronald Dworkin (2007) começa de uma premissa básica, quer dizer, a de que cada um detém um direito a igual liberdade de ação subjetiva, resumindo-se nos princípios do igual respeito e igual consideração (HABERMAS, 1997, p. 252).

Para tanto, Ronald Dworkin (2007) introduz a comprovação da importância da óptica moral, por causa de o direito positivo compreender conteúdos morais, originários da moralidade pública.

Nesse ponto de vista, a inverossimilhança da regra de reconhecimento em esclarecer caso difícil origina-se da inexatidão do próprio positivismo em retratar acertadamente as práticas judiciais.

Nestes termos, a prática jurídica não consiste em um modelo de regras, porque para solução do caso difícil é decisório o argumento moral, proveniente dos princípios e não do padrão da política.

Habermas defende que a moral integraria o direito em consequência da formação da vontade política do legislador e na comunicação política da esfera pública. Entretanto, tal asseveração não traduz uma moralização do direito. Assinala, que o conteúdo moral do direito fundamental se manifesta pelo fato do conteúdo da norma fundamental do direito e da moral estar subjacente no princípio do discurso (HABERMAS, 1997).

Nestes termos, a preferência da argumentação principiológica mantém-se acoplado a equidade, indelével em tal infraestrutura de argumentação, cujo conjuntura própria, resume-se no processo judicial.

Desse modo, excluído é o argumento de finalidade e de propósito em um processo judicial, posto que o padrão político é pertinente para direcionar a legislatura na gênese de direito novo. No entanto, emerge impróprio para orientar a decisão de um caso judicial. Daí o despropósito da legislação ocasional.

Nestes termos, o argumento de princípio direcionado pelo sistema dos direitos é apropriado para preservar o nexos interno, agregando a decisão do caso particular com a substância normativa da ordem jurídica em seu todo. Dessa maneira, a coerência e a equidade

apresentam-se traços marcantes nos argumentos de princípios, o mesmo não acontecendo no argumento de política, voltado por critério de conveniência e oportunidade.

Cabe destacar, as regras dispõem um componente “se”, aprimorando circunstância de aplicação típicas da situação, na medida em que os princípios decorrem de uma pretensão de validade não-específica, ou são circunscritos em sua esfera de aplicação, através de condições muito gerais (HABERMAS, 1997, p. 258).

No caso de divergência de regras, o padrão deliberativo é uma cláusula de exceção ou a declaração de uma regra conflitante como inválida. De outra forma, na discordância de princípios, o padrão determinante constitui-se na hegemonia de um princípio em detrimento de outro, de modo, que a clivagem de um princípio em um determinado caso, não tem sentido de sua invalidade para outro (HABERMAS, 1997, p. 259).

Em resumo, o modelo de interpretação construtiva arquitetado por Ronald Dworkin constitui-se em um direito positivo produzido por princípios, proporcionando com o auxílio de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento, assegurando a cada parceiro do direito igual respeito e consideração (HABERMAS, 1997, p. 260).

Neste sentido, o antagonismo entre a segurança jurídica e legitimidade alcança decifração na integridade, corroborando decisões singulares a partir do contexto coerente do direito vigente reconstruído racionalmente.

Nessa ótica, a coerência é parâmetro para a validade de uma declaração, mais fraca que a verdade analítica conseguida por intervenção de dedução lógica, não obstante mais forte que a não contradição. Desse modo, o mecanismo pelo qual é provada a coerência da decisão consiste no argumento substancial (HABERMAS, 1997, p. 262).

Com o propósito de edificar um sistema coerente de direito, Ronald Dworkin (2017) elabora um modelo jurídico, simbolizado por um juiz filósofo designado Hércules. A este magistrado competiria encontrar uma série coerente de princípios aptos a justificar a história institucional de um determinado sistema de direito (HABERMAS, 1997, p. 263).

Nestes termos, a incumbência de Hércules é dessemelhante da obrigação do legislador, visto que a concepção de um sistema de direitos é encargo do legislador, ao passo que a reconstrução do direito vigente, mediante uma série coerente de princípios sustentado na integridade, equivale a empreendimento do magistrado (HABERMAS, 1997, p. 264).

Em suma, no direito como integridade, a responsabilidade do juiz, de decidir o caso singular à luz de uma teoria que fundamente o direito vigente como um todo a partir de princípios, é transversal a uma obrigação precedente do cidadão, reconhecida mediante o ato

de fundação da constituição, de proteger a integridade de sua convivência, encaminhando-se por princípios de justiça (HABERMAS, 1997).

Dessa maneira, a visão reconstrutiva do direito revela-se harmonizável com a perspectiva de Habermas (1997), retirando as críticas ao direito como integridade.

No tocante à censura da irrealizabilidade, tal argumento é baseado no ponto de vista de que princípios opostos transformariam o programa do direito como integridade irrealizável.

No entanto, a contradição de normas não pode ser reorganizada como um desacordo de pretensões de validade, uma vez que as normas discordantes ou as variantes de significação concorrentes, só participam numa definida relação mútua no âmbito de uma situação concreta. Uma exposição de fundamentação desconsidera a adversidade da colisão, que depende necessariamente da situação concreta (HABERMAS, 1997).

Por outro lado, a censura da carência de segurança jurídica não se evidencia apropriada, visto que dentre a multidão de princípios, apropriado é eleição de um paradigma, concedendo a pretendida segurança jurídica. Esse paradigma inclui esboço generalizado de situação de um determinado tipo. Ele modela um pano de fundo contextual, no qual nossa ponderação da situação e o correlato juízo moral, *prima facie* estão embutidos (HABERMAS, 1997).

Sem embargo, a incorporação da integridade por Habermas não é integral, dado que, o princípio monológico, pelo qual Hércules constitui o único autor da reconstrução racional do direito vigente, não é proposição admitida (HABERMAS, 1997, p. 276).

Por consequência, há uma transformação do princípio monológico para o princípio pluralista, aumentando as exigências concretas de reconhecimento mediante o mecanismo de reflexão do agir comunicativo, quer dizer, atendendo à prática da argumentação, reivindicando de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros (HABERMAS, 1997).

Nessa lógica, isso recomenda que se sustente as necessidades ideais realizadas à teoria do direito no modelo de uma sociedade aberta de intérpretes da constituição, diversamente do ideal da individualidade do juiz (HABERMAS, 1997).

Habermas defende como justificativa para reconstrução racional do direito vigente a suplantação da visão solipsista de Dworkin com assistência de admissão de uma teoria de argumentação jurídica (HABERMAS, 1997).

Nestes termos, o conceito de argumento é delimitado como razão que resgata, sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constatativos ou regulativos, motivando racionalmente os participantes da argumentação aceitar como válidas proposições normativas ou descritivas (HABERMAS, 1997, p. 280, 281).

Por esse ângulo, a lógica argumentativa procedimental baseia-se num conceito forte de racionalidade, pelo qual as qualidades constitutivas da validade de um juízo necessitam ser procuradas, não unicamente na dimensão lógico-semântica da construção do argumento e da ligação lógica entre proposições, mormente na dimensão pragmática do próprio processo de fundamentação (HABERMAS, 1997).

Em vista disso, o argumento substancial consiste naquele que se extrai de tal maneira de um todo congruente, e na perspectiva da compreensão básica não problematizada, resultando um acordo não-coercitivo sobre a aceitabilidade da pretensão da validade controvertida (HABERMAS, 1997).

Nesse ponto de vista, o conceito de argumento possui essência prática. Por este ângulo, é imprescindível encontrar o papel exercido pelo argumento no interior do jogo de argumentação, quer dizer, saber até que ponto ele pode harmonizar a solução do impasse da aceitabilidade ou não aceitabilidade de uma pretensão da validade controversa (HABERMAS, 1997, p. 283).

Nessa lógica, a metodologia argumentativa determina a investigação cooperativa pelo consenso. A rigor, a percepção essencial relacionando a esta prática de argumentação particulariza-se pelo propósito de conquistar a aquiescência de um auditório universal relativamente a um pronunciamento controverso, na conjuntura de uma disputa não-coercitiva, não obstante pautada pelos melhores argumentos, na base das melhores informações (HABERMAS, 1997).

Por consequência, as condições argumentativas ideais previnem uma quebra não motivada da argumentação; garantem a liberdade da escolha de temas e a inclusão das melhores informações e argumentos, através do acesso universal à argumentação e da participação simétrica nela, com igualdade de chances; neutralizam qualquer coerção que possa influir sobre o processo de entendimento a partir de fora ou que decorra desse mesmo entendimento (HABERMAS, 1997).

Cabe sublinhar, o princípio elegido é o de que quem aspira envolver-se seriamente em uma prática de argumentação é obrigado a aceitar pressuposição prática, o forçando a admitir um papel ideal, de outra maneira, a interpretar e a avaliar todas as contribuições em todas as perspectivas (HABERMAS, 1997).

Em conclusão, as duas premissas argumentativas consistiriam:

“[...] a) Em primeiro lugar, o discurso jurídico não pode caminhar auto-suficientemente num universo hermeticamente fechado do direito vigente, porque imprescindível estar aberto a

argumentos de outras procedências, particularmente argumentos éticos e morais” (HABERMAS, 1997, p. 287);

“[...] b) Em segundo lugar, a correção da decisão judicial considera o preenchimento de condições comunicativas da argumentação, proporcionando uma formação imparcial do juízo” (HABERMAS, 1997, p. 287).

Em face do exposto, quando nos sustentamos uma teoria procedimental, a legitimidade das normas jurídicas avalia-se pela racionalidade do processo democrático da legislação política. Tal processo é complexo, posto que a legitimidade das leis não se quantifica apenas pela correção dos juízos morais (HABERMAS, 1997, p. 290).

Não obstante, a legitimidade das leis é mensurada pela disponibilidade; relevância; pertinência e escolha de informações; pela adequação das interpretações da situação e pelas colocações dos problemas; pela racionalidade das decisões; pela autenticidade de valorações fortes e pela equidade dos compromissos obtidos (HABERMAS, 1997).

Em sucinto corolário, vê-se que a exposição da integridade serve para demonstrar que coube sim o fazer do esboço sobre os reflexos da corrente substancial na questão da legislação ocasional, de maneira, que se caminha para a comprovação da hipótese levantada neste documento.

3 OS REFLEXOS DA CORRENTE SUBSTANCIAL NA QUESTÃO DA LEGISLAÇÃO OCASIONAL

Primeiramente, cabe recapitular, os juízes legislam ocasionalmente, já que a expressão “legisladores ocasionais” alusiva a obra de POSNER (2008), pretende indicar o conceito expresso nos princípios do Código Civil Suíço, de 10 de dezembro de 1907, tendo relevância que no caso em que a lei não diga nada, por ser pouco clara, o juiz deve decidir o caso como se ele mesmo fosse o legislador, mediante decisões que manipulam argumentos políticos remodelados em argumentos de princípios.

Nesta sequência, formulou-se uma hipótese para esta pesquisa, com o intuito de responder, preliminarmente, ao problema científico, com este teor: o STF é o guardião da CRFB, de 1988, responsável por sua revisão judicial, limitado pelo teor das disposições constitucionais, não poderia adotar o *standard* da política como parâmetro decisório, já que ele não é um legislador ocasional, máxime pelo enfoque da integridade do direito.

Nessa senda, o STF guardião da CRFB, de 1988, restringido pelo texto constitucional, ampararia princípios como paradigma decisório válido. No entanto, interdito manipular argumentos de política remodelados em argumentos de princípios, obrando como legislador ocasional.

Nesse sentido, a aceitabilidade dos princípios como parâmetro decisório corrobora a incoerência de decisões que empregam argumentos políticos remodelados em argumentos de princípios, confirmando a hipótese levantada.

Neste seguimento, o modelo substancial tem como fundamental referência, o Professor Ronald Dworkin (2007), cuja obra *Império do Direito* amparando a teoria da integridade, mediante protocolo de questionamentos para implementar os princípios jurídicos, torna imprescindível deslindar três premissas derivadas da corrente substancial: a) o direito como integridade constitui motivação para suplantação da legislação ocasional; b) a ilegitimidade da política como padrão decisório; c) a tese da resposta correta consiste em fundamento ao sobrepujamento da legislação ocasional. Passar-se-á a elucidar, a relevância das premissas referidas, nos próximos tópicos.

3.1 O DIREITO COMO INTEGRIDADE COMO RAZÃO PARA SUPERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO OCASIONAL

Em primeiro lugar, pelo ideal da integridade, o direito não detém a acepção de um pronunciamento de relato factual regressado ao passado, argumento do convencionalismo, e da mesma maneira, descarta equivaler o direito a um programa institucional, conduzido ao futuro, axioma do pragmatismo jurídico (DWORKIN, 2007, p. 271).

Por este ângulo, os magistrados não desvendam o espírito do direito, tampouco o inventam do nada, a rigor, eles engendram os dois pensamentos e nenhum deles (DWORKIN, 2007, p. 271).

Em vista disso, o propósito da integridade consiste no reconhecimento dos direitos e deveres legais, alicerçado em pressuposto de sua criação por uma comunidade personificada, exteriorizando um todo coerente de justiça, equidade e devido processo legal (DWORKIN, 2007, p. 271).

Dessarte, a autenticidade da proposição jurídica dimana forçosamente dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, aptos a propiciar a mais razoável interpretação construtiva para comunidade em conexão a uma prática jurídica.

Nessa lógica, o direito como integridade disponibiliza um modelo argumentativo para interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas. Destarte, a interpretação judicial se identifica com a interpretação literária. No entanto, o magistrado é concomitantemente autor e crítico da prática jurídica.

Nesta continuidade, as práticas jurídicas englobam a Constituição Federal, Códigos, Estatutos e precedentes. Tais práticas têm de compreender a interpretação pelo entendimento de sua incorporação no sistema jurídico. Neste significado, um magistrado ao julgar o caso *Mcloughlin* ou *Brown*, ao mesmo tempo que critica a prática jurídica, igualmente introduz um adicionamento na tradição que interpreta.

Sob outra perspectiva, pela proposição do pragmatismo jurídico, não há necessidade de nenhum estudo adicional substancialmente interpretativo da teoria do direito.

Sem embargo, o direito não emergiria do nada, uma vez que uma análise da história das práticas jurídicas pregressas subsistiria fundamental, para se extrair um significado, uma compreensão e uma finalidade, de tais práticas jurídicas para atualidade.

Com efeito, inexistente compromisso de coerência em todas as etapas históricas das práticas jurídicas, de maneira que não conseguimos arrebatar um princípio à modernidade, da mesma forma que tal princípio era compreendido no pretérito, uma vez que o referido princípio pode encontrar-se em desuso, por significar um arquétipo de uma geração passada, sem aceitabilidade com a geração presente (DWORKIN, 2007, p. 273).

Em hipótese alguma, não constitui parte da integridade uma regressão ao passado com o propósito de descobrir uma convenção jurídica (intenção dos legisladores, precedentes dominantes ou entendimentos consolidados). Não obstante, tal regressão ao antigo sucede na medida em que o enfoque contemporâneo assim o determine (DWORKIN, 2007, p. 274).

Por isso, a explicação da regressão ao passado sobrevém como uma técnica para uma melhor justificação das práticas jurídicas, de maneira a disponibilizar um amanhã honrado a elas (DWORKIN, 2007).

Por conseguinte, a integridade exprime um princípio. No entanto, da mesma forma revela um limite. Por certo, a integridade como princípio retrata a obrigação dos magistrados olharem o sistema jurídico como um todo coerente de princípios, de modo, que a própria integridade é equiparada a equidade, justiça e devido processo legal.

Além disso, a argumentação jurídica constitui-se no conjunto coerente de princípios reconhecidos pela comunidade jurídica. Nestes termos, a metodologia da integridade é baseada na metáfora do romance em cadeias (*chain romance*), técnica argumentativa aglutinante do argumento da teoria e do argumento por opinião final.

Decerto, a interpretação do direito traduz-se em uma interpretação literária análoga a um enigmático exercício literário epitetado de romance em cadeias (chain romance), pelo qual um único romance é escrito a várias mãos.

Neste sentido, a incumbência de escrever os capítulos do romance é compartilhada sucessivamente por diferentes romancistas, que na sua responsabilidade de adicionar um novo capítulo ao romance necessitam respeitar a coerência com o capítulo anteriormente escrito (DWORKIN, 2007, p. 275).

Em vista disso, o Direito equivaleria à literatura, valendo-se da interpretação construtiva para explicar as práticas jurídicas. Dworkin (2007, p. 275) parte da distinção entre o artista e o crítico. O artista representa enquanto cria uma obra de arte. O crítico, por outro lado, gera enquanto explica. As atividades opostas do artista e do crítico apontam uma perceptível diferença entre as atividades.

Sem embargo, o empreendimento teórico de Dworkin (2007, p. 277) recorre à interpretação literária como um modelo para o método central da análise jurídica, no entanto, conduzido pela interpretação que o romancista optou, não há um discernimento considerável entre a etapa em que o romancista interpreta, da etapa em que ele incorpora um novo capítulo ao romance.

Nesse sentido, a interpretação que o romancista perfilha constrange fluir ao longo do texto. No entanto, tem de possuir um poder explicativo geral, de modo, que a romance em cadeia envolve tanto o modelo da argumentação da teoria como o modelo de argumentação por opinião final.

Nesse panorama, o procedimento argumentativo encerra dois modelos básicos. Nestas palavras, pelo modelo da teoria, uma dedução interna é empreendida mediante idealização, seja rematando circularmente a corrente de argumentos por intermédio de uma teoria, onde as razões se relacionam sistematicamente. “[...] Sob outra perspectiva, pelo modelo da opinião final, a rede de argumentos se relacionaria com um valor-limite ideal, em outras palavras, uma opinião final comprimindo todos os argumentos” (HABERMAS, 1997, p. 282).

Para tanto, Dworkin (2007, p. 275) revela o conceito do romance em cadeia (chain romance). Por tal conceito, caberia a um grupo de romancistas redigir um romance a várias mãos, de maneira, que a introdução competiria a um romancista, que por sua vez, reenviaria a sua obra, para o romancista seguinte. E arremata que romancista em cadeia possuiria a certeza de não se encontrar gerando um novo romance, mas efetuando o encadeamento da obra coletiva (DWORKIN, p. 276).

Por consequência, Dworkin (2007, p. 275) afirma que o romancista tocaria uma dupla função, a de interpretar e de criar. No entanto, é forçoso ler tudo o que aconteceu até aquele tempo, com o propósito de determinar, no sentido interpretativista, o que consiste no romance elaborado até este momento (DWORKIN, 2007, p. 276).

Desse modo, a encargo de interpretar e criar é originado pelo desígnio de conceber um romance único, integrado, coerente, coeso, e a tarefa de cada um dos romancistas em corrente, é equivalente a atribuição dos juristas em decidir um caso difícil.

Desta maneira, o juiz compreende a um romancista em cadeia. Neste seguimento, ao resolver um caso difícil, cada juiz é reputado parceiro de um complexo empreendimento dentro de uma cadeia de romancistas (DWORKIN, 2005, p. 238).

Portanto, o magistrado é obrigado elucidar o que sucedeu antes, porque possui a incumbência de levar adiante a responsabilidade que tem em mãos, ao julgar um caso difícil, e não se encaminhar em alguma nova direção (DWORKIN, 2005, p. 238).

Assim, é necessário estabelecer, o fundamento dos vereditos anteriores, qual realmente é a sua logicidade, considerando como um todo, tanto o intuito, quando o conteúdo da prática até então (DWORKIN, 2005, p. 238).

Decerto, a função do jurista corresponderia a de um crítico literário, no entanto, ao mesmo tempo, autor de um romance, posto que a interpretação da prática jurídica necessariamente deve ser unificada.

Nestes termos, a interpretação é uma soma de atividades coletivas agregadas à atividade individual, objetivando criar uma obra de um único autor (DWORKIN, 2007).

Por esta perspectiva, o direito é um empreendimento político, cuja destinação geral, seria coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e o governo, ou alguma combinação dessas alternativas (DWORKIN, 2005, p. 239).

Não obstante, esta assertiva não quer dizer a utilização do *standard* da política como padrão decisório, porquanto, o dever do magistrado é o de interpretar a história jurídica que encontra, engendrando por meio de uma interpretação construtiva, como um romancista na corrente, não podendo, por motivos óbvios, inventar uma história melhor ou criar um novo programa, arvorando-se da função de legislador (DWORKIN, 2005, p. 240).

Para tanto, Ronald Dworkin (2007) escrutina o caso McLoughlin, de maneira a apresentar na prática como opera a integridade do direito, englobando concomitantemente, dessa forma, o argumento da teoria e o argumento da opinião final.

Nessa sequência, nós poderíamos visualizar objetivamente a sistemática do direito como integridade e de que modo o magistrado seria romancista em cadeia (DWORKIN, 2007, p. 286).

Por certo, a proposição do magistrado como romancista em cadeia pressupõe que a interpretação deveria ao mesmo tempo se adaptar aos fatos anteriores, todavia também os justificar, até onde isso se mostrar possível, congregando as dimensões da adequação e da justificação (DWORKIN, 2007, p. 286).

Cumprе rememorar, que o caso McLoughlin compreende como matéria, os limites da responsabilidade civil, por danos decorrentes de um acidente automobilístico.

Para missão de aplicação da metodologia de integridade, vai se valer da metáfora do magistrado Hércules, cuja capacidade sobre-humana, tempo, paciência e sabedoria infinita compreende o modelo da integridade, cujo cerne consiste em um protocolo de indagações, de modo, a encadear a atividade interpretativa (DWORKIN, 2007, p. 287).

No entanto, como abordamos a perspectiva da integridade reconstruindo racional o direito, adotamos não o modelo monológico, mas sim, o modelo pluralista da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, mencionada por Habermas (1997).

Dessarte, a interpretação reconstrutiva do direito não se resume a um monólogo, de um magistrado não dialogando com ninguém, com exceção de livros. Indispensável é alteridade e pluralidade corporificada em uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição (HABERMAS, 1997, p. 278).

Nesse sentido, o participante do discurso deve encontrar alguma teoria coerente sobre a indenização por danos morais, de modo, a criar argumentos aptos a resolver o caso McLoughlin, na forma de uma opinião final e para tanto deve formular seis hipóteses de interpretação dos casos precedentes com o objetivo de analisá-los e encontrar a resposta adequada e justificada. Seriam estes os argumentos defendidos por Dworkin (2007, p. 288, 289):

(1) Ninguém tem direito à indenização, a não ser nos casos de lesão corporal; (2) As pessoas têm direito à indenização por danos morais sofridos na cena do acidente, mas não têm direito à indenização por danos morais sofridos posteriormente; (3) As pessoas deveriam ser indenizadas por danos morais quando a prática de exigir indenização nessas circunstâncias reduzisse os custos gerais dos acidentes ou, de outro modo, tornasse a comunidade mais rica a longo prazo; (4) As pessoas têm direito à indenização por qualquer dano, moral ou físico, que seja consequência direta de uma conduta imprudente, por mais que seja improvável ou imprevisível que tal conduta viesse a resultar em tal dano; (5) As pessoas têm direito moral à indenização por danos morais ou físicos que sejam consequência de uma conduta imprudente, mas apenas quando esse dano for razoavelmente previsível por parte da pessoa que agiu com imprudência; (6) As pessoas têm direito moral à indenização por danos razoavelmente previsíveis, mas não em circunstâncias nas quais o reconhecimento de tal direito possa impor encargos financeiros pesados e destrutivos àqueles cuja imprudência seja desproporcional à falta [...].

Infere-se que nesta lógica, o argumento 1 é descartado como uma argumentação válida, visto que não ampara coerência com os precedentes anteriores ao caso McLoughlin, o mesmo se aplicando ao raciocínio 2 que é eliminado como justificativa válida, dado que, mesmo havendo a coexistência de uma decisão passada, não conseguimos condensar dele um princípio de justiça.

Nesta sequência, o argumento 3 igualmente está suprimido como premissa válida em virtude de argumento exteriorizar um padrão político, conduzindo à maximização de riqueza, não manifestando um juízo moral sobre justiça, equidade e devido processo legal.

Nessa perspectiva, interdito é recorrer a argumento de política remodelado em argumento de princípio, na exata medida, que os princípios sobrelevam preferentemente a política invariavelmente no caso de discordância entre princípios e argumento de política.

Além disso, a política é um padrão inerente ao poder de legislar, por envolver a criação de um direito objetivando um futuro melhor para comunidade. Nestes termos, o argumento 3 é uma argumentação de política despropositada para o fim de amparar direitos preexistentes, mas detém o propósito de criar direitos legislativamente e não judicialmente.

De outra forma, o pressuposto 4 permeia o teste da coerência, embora necessitemos fundamentar a prática jurídica como um todo coerente, e não recepcionando precedentes relativamente à indenização por danos, nos casos em que era razoavelmente previsível o resultado, este argumento, apesar de coerente, merece reprovação.

Cabe salientar, a metodologia da integridade e seus protocolos correspondem aos modelos de argumentação dos magistrados, englobando para isso a argumentação da teoria, como o argumento da opinião final, como amparado por Habermas (1997).

Nesta perspectiva, a contingência 5 a despeito de plausível, de fato, exprime responsabilidade ilimitada. Nestes termos, uma análise do encadeamento coerente das decisões comprova a inexistência de compatibilidade, recomendando desabono.

Neste seguimento, a reflexão 6 particularizando um agrupamento coerente de práticas jurídicas, traduz uma espécie de responsabilidade civil pertinente, por acolher um ponto de vista holístico.

Não obstante, Dworkin (2017) considera a controvérsia relativamente a mais razoável interpretação, individualizando um método para determinar se a interpretação 6 é superior a interpretação 5.

Nesta sequência, a metodologia distinguidora da adequação retrata um juízo moral daquilo que os juízes verdadeiramente empreenderam em seu voto e não aquilo que eles expressaram.

Sob outra perspectiva, a metodologia distintiva do superior argumento, manifesta-se por princípios ligados à justiça e equidade, atingindo balanceamento mediante a opinião da comunidade e a exigência de justiça abstrata, carecendo avaliação em dessemelhantes tipos de casos.

Em outros termos, a discordância do magistrado é caracterizada precisamente no conjunto de princípios eleitos para o julgamento de determinado caso, produzindo um desacordo interpretativo, importando algum tipo de prioridade focal.

Em consequência, os princípios escolhidos para o julgamento de um caso constituem um círculo concêntrico, do particular para o geral, de maneira, que a série construída de argumentos se sintetiza em uma opinião final.

Por este ângulo, o padrão diferenciador da legislação ocasional localiza-se na reconhecimento do emprego do *standard* da política, manuseado como argumento para respaldar uma decisão, gerando um direito amparado em um melhor padrão para o futuro da comunidade.

Nesse sentido, Dworkin (2017, p. 127) tem-se que se produz uma teoria a respeito de decisão judicial valendo-se da análise dos casos difíceis.

Por esta óptica, o magistrado permanece apresentando a obrigação de descobrir quais os direitos dos litigantes. Não há aprovação para criação de novos direitos jurídicos (DWORKIN, 2017, p. 127).

Nessa lógica, o caso difícil é o que não abarca uma regra de direito inteligível, clara e direta. Em contrapartida, o caso fácil é aquele que há um preceito de direito aplicável à espécie (DWORKIN, 2017, p. 131).

Ainda em Dworkin (2017) vê-se que ampara à sua proposição da integridade alicerçado na alegação de que o juiz não é recomendado inventar um inédito direito à parte, na ocasião em que pondera um caso difícil. Destarte, o magistrado não constitui legislador ocasional, não se originando qualquer poder normativo.

Neste seguimento, a incumbência normativa ao magistrado como legislador, faz obliterar indispensável discriminação por intermédio de argumento de princípio e de política (DWORKIN, 2017, p. 129, 130). Nestes termos:

a) o argumento de política promove ou salvaguarda uma finalidade da comunidade como um todo;

b) a argumentação de princípio é inserida com intenção a reverenciar ou acautelar um direito de um indivíduo ou de um grupo.

Por consequência, manifesta-se a questão relativamente a parâmetro de avaliação para deliberação dos casos difíceis.

Naturalmente, o paradigma normativo apropriado para resposta de um caso difícil é o princípio e não motivos políticos. Para tanto, Ronald Dworkin compromete-se ponderar o caso Spartan Steel para ratificar a sua tese de precisão dos princípios como paradigma normativo correto para resposta de caso difícil (DWORKIN, 2017, p. 131).

Nessa significação, o magistrado tem de ser submeter à legislação, e embora o argumento de política e de princípio lograsse respaldar a atuação do Parlamento para formação de uma lei (DWORKIN, 2017, p. 131), ainda em Dworkin (2017, p. 132) verifica-se que o mesmo não se verifica no campo da jurisdição, uma vez que a decisão judicial se sustenta em princípios, por conta da equidade, indelével em uma decisão judicial.

No caso Spartan Steel, os trabalhadores da empresa Martin & Co. romperam um cabo de energia elétrica da fornecedora de energia elétrica da empresa Spartan Steel (DWORKIN, 2017, p. 131).

Daí a questão difícil de avaliar se a demandante Spartan Steel dispõe de direito a uma indenização pelos danos resultantes da suspensão dos afazeres originado pelo não provimento de energia elétrica (DWORKIN, 2017, p. 131).

No fundo, a indagação jurídica gravitava em torno da perquirição se o argumento de princípio retratado pelo direito a indenização predomina ou não sob o argumento de política da repartição da responsabilidade, isto é, se o demandante consegue reaver os danos pela perda de lucro ou se isso é irrecuperável por negligência, por se tratar de uma perda econômica pura (DWORKIN, 2017, p. 131).

Com efeito, o projeto de interpretação da Constituição corresponde à incumbência do árbitro do jogo de xadrez. Neste sentido, a concepção de uma teoria constitucional discorrendo acerca de princípios, de maneira, a fundamentar todo sistema de governo, papel do participante do discurso jurídico relaciona-se ao papel do árbitro ao concatenar uma teoria corroborando a íntegra da essência do jogo de xadrez.

Em vista disso, nos casos difíceis existe uma única resposta correta. Nestes termos, o caso difícil é deslindado pelo participante do discurso jurídico, respaldando-se a resposta correta na noção da força gravitacional do precedente, na teoria de teia inconsútil e na tese do romance em cadeia.

Dessa maneira, a força gravitacional do precedente compreende a indispensável equidade em se explicar casos análogos do mesmo modo. Esta compreensão encaminha para uma única resposta correta, na eventualidade da integração de argumento de princípio, em outras palavras, a força gravitacional do precedente acha-se determinada pelo argumento de princípio e não por argumento de política (DWORKIN, 2017, p. 176).

Neste seguimento, na estruturação da decisão correta tem que se arquitetar um sistema coerente de princípios, confeccionando uma trama inquebrável, sem emendas ou falhas, uma autêntica teia inconsútil, obstruindo procedimento dessemelhante entre os cidadãos, o que justifica a inverossimilhança de manobrar argumento de política como razão à resposta de caso difícil (DWORKIN, 2017, p. 180).

Por esse motivo, a noção de direitos fica dilatada para uma noção mais ampla, a de integridade, alcançando-se mediante uma interpretação construtiva uma correspondência entre a interpretação judicial e a interpretação literária (DWORKIN, 2007).

Logo, como conceito interpretativo, a decisão judicial não significa mera reprodução de decisão passada ou muito menos um salto do nada para o futuro, na qualidade de conceito interpretativo, equivale nos dois tipos de pensamento sincronicamente (DWORKIN, 2007, p. 271).

Dessa forma, o desfecho do caso Spartan Steel significa a corroboração de que a perda econômica pura não é questão de princípio, não obstante, uma questão política, já que a perda econômica pura é irrecuperável, porquanto fora do dever de cuidado, acarretando a improcedência da demanda.

Desse modo, os ganhos resultados da não comercialização do metal fundido no decurso de suspensão da fábrica não corresponde à indenização, posto que não decorre um princípio.

De todo o exposto, a integridade transverte a discricionariedade judicial com a inclusão de princípios como razões determinantes para solução de casos difíceis, gerando iluminação para solução desses casos, estipulando critérios para o exercício de uma prática interpretativista (DWORKIN, 2010, p. 17).

Por certo, o Direito, por este entendimento, é um conceito interpretativo e como uma prática interpretativa não existe um consenso entre os juristas acerca dos conceitos básicos (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 191), enfatizando, ainda, que acontecendo discordância entre os juristas e, tendo em vista estas divergências, não sobrevém um compartilhamento prévio acerca da compreensão do que o Direito é (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 192).

Cabe elucidar a observação elaborada dos métodos interpretativos, que se desenrolou no item 2.1.3, quando da exposição do direito como prática interpretativa. No entanto, a metodologia da leitura principiológica em casos abrangendo a interpretação da Constituição, principalmente, pela análise do Caso Brown, emerge apropriada como referência da leitura principiológica da Constituição fundamentada em argumento de princípio e não em argumentação de política (DWORKIN, 2007).

No caso *Brown contra Board of Education of Topeka*¹¹, os queixosos eram crianças negras em idade escolar primária residentes na cidade de Topeka.

Os queixosos interpuuseram uma ação no Tribunal Distrital do Kansas, para impedir a execução de um estatuto que autorizava, contudo não obrigava, nas cidades de mais de 15.000 habitantes, conservar instalações escolares apartadas para alunos negros e brancos.

Esta norma era denominada de Estatuto Geral do Kansas (Kan. Gen. Stat. 72-1724, 1949), que, de acordo com essa autoridade, a Junta de Educação de Topeka deliberou constituir escolas primárias segregadoras, o que não era adotado por outras escolas públicas da comunidade, posto que elas eram operadas em uma base não-segregada.

O Tribunal Distrital de três juízes reuniu-se compreendendo que a segregação na educação pública possui um efeito prejudicial sobre as crianças negras, não obstante negou a pretensão pelo fato de as escolas negras e brancas equivalerem substancialmente iguais no que diz respeito a edifícios, transporte, currículos e qualificações dos professores. Daí a interposição de *certiorari*, o qual acabou concedido.

O Chefe de Justiça Earl Warren apresentou manifestação pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Neste sentido, esquadrinhou a questão com base na Décima Quarta Emenda, apesar disso fendendo com a interpretação originalista, apresentou dados fáticos e sociológicos como *ratio decidendi* cruciais para respaldar a inconstitucionalidade da política segregacionista, com este teor:

[...] *MARROM vs. CONSELHO DE EDUCAÇÃO*, 347 US 483 (1954). 347 US 483 *BROWN ET AL. v. CONSELHO DE EDUCAÇÃO DE TOPEKA ET AL. APELO DO TRIBUNAL DE DISTRITO DOS ESTADOS UNIDOS AO DISTRITO DE KANSAS* No. 1. Discutido em 9 de dezembro de 1952. Reafirmado em 8 de dezembro de 1953. Decidido em 17 de maio de 1954. Segregação de crianças brancas e negras em escolas públicas de um estado exclusivamente com base de raça, de acordo com as leis estaduais que permitem ou exigem essa segregação, as crianças negras negam a mesma proteção das leis garantidas pela Décima Quarta Emenda, mesmo que as instalações físicas e outros fatores 'tangíveis' das escolas brancas e negras possam ser os mesmos. (a) A história da Décima Quarta Emenda é inconclusiva quanto ao efeito pretendido na educação pública. (b) A questão levantada nesses casos deve ser determinada, não com base nas condições existentes quando a Décima Quarta Emenda foi adotada, mas à luz do pleno desenvolvimento da educação pública e de seu lugar na vida americana em todo o país [...]¹² (Tradução livre de Márcio Alves Figueira).

¹¹ UNITED STATES OF AMERICA. **Supreme Court. Brown v. Board of Education**. Washington, 1954. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/98_Brown%20v%20Board%20of%20Education%20e%20Plessy%20v%20Ferguson.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹² UNITED STATES OF AMERICA. **Supreme Court. Brown v. Board of Education**. Washington, 1954. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/98_Brown%20v%20Board%20of%20Education%20e%20Plessy%20v%20Ferguson.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2019.

Verifica-se que Warren examinou a questão com foco na Décima Quarta Emenda, especialmente pelo prisma da igual proteção da lei, corolário do princípio da igualdade. A segregação racial acabou reputada inconstitucional, por lesionar o princípio do *equal protection of the law*, inserto na Constituição estadunidense pela 14^a Emenda. Pela importância dos argumentos apresentados traz-se à colação o teor do voto proferido:

[...] SR. O CHEF JUSTICE WARREN apresentou a opinião da Corte: Esses casos nos chegam dos estados de Kansas, Carolina do Sul, Virgínia e Delaware. Eles se baseiam em fatos diferentes e em diferentes condições locais, mas uma questão justifica sua consideração em conjunto nesta opinião consolidada. Em cada caso, os menores de idade, por meio de seus representantes legais, buscam ajuda dos tribunais para obter admissão em escolas públicas de sua comunidade de maneira não segregada. Em cada caso, [347 US 483, 488] foi-lhes negada a admissão em escolas frequentadas por crianças brancas sob leis que exigem ou permitem a segregação de acordo com a raça. Esta segregação foi acusada de privar os demandantes de igual proteção das leis sob a Décima Quarta Emenda. Em cada caso, com exceção do caso de Delaware, um tribunal federal de três juízes negou as reparações aos autores, com base na chamada doutrina 'separada, mas igual' anunciada por este Tribunal em *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537. De acordo com essa doutrina, o tratamento igual é concedido quando as raças recebem instalações substancialmente iguais, embora essas instalações sejam separadas. No caso de Delaware, a Suprema Corte de Delaware aderiu a essa doutrina, mas ordenou que os autores fossem admitidos nas escolas brancas por causa da superioridade das escolas [...] ¹³(Tradução livre de Márcio Alves Figueira).

A Manifestação da *Justice Earl Warren* conclui que:

[...] Esta disposição torna desnecessária qualquer discussão se essa segregação também violar a Cláusula de devido processo da Décima Quarta Emenda. Por se tratar de ações de classe, devido à ampla aplicabilidade dessa decisão e devido à grande variedade de condições locais, a formulação de decretos nesses casos apresenta problemas de considerável complexidade. No reargumento, a consideração do alívio adequado estava necessariamente subordinada à questão principal, a constitucionalidade da segregação na educação pública. Anunciamos agora que essa segregação é uma negação de igual proteção às leis. Para que tenhamos toda a assistência das partes na formulação de decretos, os casos serão devolvidos e as partes deverão apresentar mais argumentos sobre as questões propostas anteriormente pela Corte para o reargumento deste Termo. O Procurador Geral dos Estados Unidos [347 US483, 496] é novamente convidado a participar. Os procuradores-gerais dos Estados que exigem ou permitem a segregação na educação pública também poderão aparecer como amici curiae, mediante solicitação, até 15 de setembro de 1954 e apresentação em 1 de outubro de 1954 ¹⁴(Tradução livre de Márcio Alves Figueira).

Em síntese, a decisão respeitante ao precedente compreendeu:

¹³ UNITED STATES OF AMERICA. **Supreme Court. Brown v. Board of Education.** Washington, 1954. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/98_Brown%20v%20Board%20of%20Education%20e%20Plessy%20v%20Ferguson.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹⁴ UNITED STATES OF AMERICA. **Supreme Court. Brown v. Board of Education.** Washington, 1954. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/98_Brown%20v%20Board%20of%20Education%20e%20Plessy%20v%20Ferguson.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2019.

- a) A proteção de direitos de grupo minoritário na sociedade norte-americana;
- b) A descontinuação da interpretação originalista da Constituição dos EUA;
- c) O emprego do princípio da igualdade, diretamente a igual proteção da lei, abarcado na 14ª Emenda;
- d) A aplicação de fato cientificamente corroborado por estudo psicológico provando o efeito deletério da segregação racial na evolução educacional do grupo segregado;
- e) A leitura principiológica da Constituição mediante o uso de argumento de princípio e não de argumento de política.

Primordialmente, o direito significa uma prática interpretativa, isso porque a sua significação como prática social deriva necessariamente da exigência de verdade das práticas argumentativas que o constituem. Desta maneira, o direito é um conceito controvertido, contestado, quer dizer, disputado (DWORKIN, 2010, p. 17).

Nesse sentido, o direito compõe-se de uma prática argumentativa. Por esta perspectiva, na elaboração do conceito deve ser atribuído valor e propósito à prática, de modo a formular concepções sobre as condições de veracidade das afirmações particulares que as pessoas fazem no contexto da prática, à luz dos propósitos e valores especificados (DWORKIN, 2010, p. 19).

Nesta sequência, a interpretação relativamente a direito é necessariamente construtiva, porque permaneceria ligada à questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-la o melhor exemplo possível de forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam (DWORKIN, 2007).

Com efeito, o interpretativismo proporciona um modelo metódico de interpretação. Em rigor, há um método de interpretação para decisão judicial como aqueles envolvendo a interpretação da Constituição (Caso Brown) (DWORKIN).

Por conseguinte, a razão da pretensão dos queixosos no caso Brown asseverava a admissão de crianças negras em escolas com bases não segregadas, sob a justificativa de que a segregação racial tolheria os menores do princípio do *equal protection of the law*, apto a violar a 14ª Emenda.

A *ratio decidendi* do julgado no caso Brown respaldou-se na alegação de inconstitucionalidade da legislação cuja base origina-se unicamente da vontade da maioria, o que impossibilita a igualdade e infringe a igual proteção da lei (DWORKIN, 2005, p. 99).

Vê-se que os princípios constituem um padrão diverso da política, particularizando-se pela aptidão para resolução de casos difíceis, não imaginados em lei, encaminhando-se em consideração ao seu conteúdo moral, sem olvidar o fato da desnecessidade de sua previsão expressa na legislação.

Em outros termos, o argumento da violação do princípio do *equal protection of the law* significava entender-se violado o princípio da igualdade, pelo simples fato de existirem escolas apartadas entre crianças brancas e crianças negras, não importando a existência de fatores tangíveis iguais, como edifícios, currículos, qualificações e salários de professores.

É de salientar, que a segregação racial encontrava arrimo nas legislações estaduais, que por sua vez, faziam menção à doutrina do separado, mas igual, fruto do precedente *Plessy contra Ferguson*.

O voto de Warren parte da premissa envolvendo a impertinência da interpretação originalista para o deslinde da questão, já que não seria possível estabelecer com algum grau de certeza, qual seria a intenção dos proponentes da 14ª Emenda em relação à educação em escolas públicas, na exata medida em que na época não havia escolas públicas gratuitas para brancos e negros, tendo em vista que a educação era praticada por escolas particulares, inacessíveis aos negros.

Em rigor, Warren adota nova técnica hermenêutica, lastreada na interpretação de princípios constitucionais, de acordo com valores (que ele entendia) vigentes à época.

Dessarte, a base da leitura principiológica da Constituição aparece, de modo inquestionável, no precedente *Brown contra Board of Education of Topeka* e sistematizada pela teoria da integridade de Ronald Dworkin, norteadora de uma vertente de revisão judicial centrada em argumentos de princípio e não argumentos de política.

Dworkin (2017, p. 128) sustenta a sua teoria, fundamentado na premissa de que os juízes não deveriam criar um direito novo para as partes quando da análise de um caso difícil. Arrematando que os magistrados, por esta premissa, não seriam legisladores (segundos ou delegados), não sendo atribuído a eles qualquer poder normativo (DWORKIN, 2017, p. 129).

Dessa forma, a função de interpretação realizada pelo jurista é assemelhada a uma obra coletiva, um romance em cadeia, escrito por vários autores, no entanto, nunca concluído.

Assim sendo, caberia a cada jurista o papel de intérprete e de criador do romance, isto de forma simultânea, melhor dizendo, na medida em que interpreta o que já fora escrito ele teria a função de continuar um novo capítulo do romance. Dessarte, tudo deveria guardar coerência e integridade com aquilo até então produzido (DWORKIN, 2007, p. 275).

Por isso, existe uma dimensão de adequação e interpretação necessária para o desenrolar do romance. Por adequação entende-se que não se pode escrever um novo capítulo, que não é adotado por nenhum autor. Por interpretação entende-se que deve ser escrito um novo capítulo que se ajustasse melhor à obra como um todo (DWORKIN, 2007, p. 277).

Nesse sentido, há uma diferença entre interpretar e inventar. Por certo, ao assegurar o dever do jurista de conhecer a obra produzida até então, onde assegura uma ligação com o passado. Por outro lado, ao impor o dever de guardar coerência para escrever o novo capítulo, existe limitação para a produção futura do jurista (DWORKIN, 2007).

Dworkin (2007, p. 271) conceitua a noção de integridade no Direito, nestes termos:

[...] Neste capítulo iremos desenvolver a terceira concepção do direito que apresentarei no capítulo III. O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas institucionais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas [...].

Dessa maneira, não poderia haver uma simbiose ilegítima entre a interpretação principiológica com a utilização de parâmetros políticos para resolução dos casos difíceis, mascarando-se a criação de novos direitos, a pretexto de colmatar omissões, ambiguidades, lacunas no direito ou esclarecer o conteúdo dos princípios, inventando e não interpretando.

Por outro lado, a dimensão unicamente legislativa no precedente *Brown contra Board of Education of Topeka*, fora desconsiderada com base em argumentos fáticos e valorativos, demonstrando, como nos ensina Dworkin (2007, p. 165) a existência de uma dimensão valorativa, tão importante quanto a dimensão fática.

Por outras palavras, no tocante aos desacordos, urge destacar a existência de níveis de divergência no direito. Na divergência empírica há discordância quanto à circunstância de fato. Na divergência teórica existe polarização acerca do que o direito é, sobre a questão de se o corpus do direito escrito e as decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes do direito (DWORKIN, 2007, 165).

Warren, ante a não aplicação da técnica originalista, rememorou a interpretação dos próprios precedentes da SCOTUS em relação ao caso.

No entanto, a interpretação dos precedentes da SCOTUS demonstrava que, a princípio, o entendimento era no sentido de que qualquer discriminação contra negros violaria a 14ª Emenda.

Não obstante, o quadro mudou após o precedente *Plessy contra Ferguson*, estendendo-se o mesmo raciocínio daquele precedente ao campo da educação pública.

Desse modo, a questão deveria partir não da interpretação originalista ou muito menos da comparação dos fatores tangíveis, como edifícios, currículos, qualificações e salários de professores, mas do próprio efeito da segregação sobre a educação pública, prevalecendo, desta forma, valores intangíveis, demonstrados por intermédio de estudos psicológicos, contidos na Nota 11 do precedente.

Por conseguinte, o direito à educação é um pressuposto à cidadania e deveria ser disponibilizado em igualdade de condições, fazendo com que a segregação racial, por si mesma, fosse entendida como algo comprometedor do livre desenvolvimento educacional dos negros, na exata medida em que eles seriam marcados com a inferioridade ínsita à separação, o que fora comprovado por meio dos estudos psicológicos, todos citados na Nota 11 do julgado, que demonstrariam esse efeito nocivo, motivo porque um fato comprovado, aliado a um princípio constitucional, mostrava-se relevante para declarar a inconstitucionalidade da legislação estadual, contrária a um princípio constitucional.

Como resultado, a inovação do julgamento capitaneado por Warren diz respeito à sensibilidade dele não com fatores tangíveis, mas sim com fatores intangíveis, principalmente o sentimento de inferioridade decorrente da separação entre negros e brancos e seus efeitos nos corações e mentes da população apartada, o que, por via de consequência, negaria as mesmas oportunidades educacionais e violaria a igual proteção da lei.

Por isso, as crianças afrodescendentes teriam direito a escolas públicas integradas com crianças brancas, já que o sentimento de inferioridade delas, por conta da segregação, até então vigente, representaria um valor intangível apto a impedir e solapar ao princípio da igual proteção da lei contida no texto constitucional, especialmente na Décima Quarta Emenda.

Assim, a decisão de dessegregação levada a efeito no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* desconsidera o originalismo como vertente interpretativa válida para resolução da controvérsia.

Nesse sentido, o Tribunal deveria tomar decisões de princípio, não de política, de modo, a definir os direitos que as pessoas têm sob nosso sistema constitucional e não decisões sobre como se promover melhor o bem-estar geral (DWORKIN, 2005, p. 101).

Cabe destacar a crítica de Dworkin (2007, p. 37) fundada no argumento de que a segregação racial seria inerentemente injusta e em desacordo com os princípios constitucionais.

Nestes termos, o decisum da SCOTUS significa uma solução conciliatória, que não nega peremptoriamente a doutrina do separado mais igual, já que não pois fim à segregação racial de forma imediata, ante a fórmula utilizada no julgado, a saber, a dessegregação deveria ocorrer “a toda velocidade adequada”.

Cabe sublinhar, que Sunstein (2009, p. 183) define que o papel mais incisivo dos Tribunais é justificado a partir do compromisso com a democracia deliberativa, principalmente em duas classes de litígio, relacionando-os desta forma (SUNSTEIN, 2009, p. 184): a) a primeira toca nos temas centrais para o processo democrático, cujos temas muitas vezes possuem pouca probabilidade de resolução pelo processo legislativo regular; b) a segunda toca nos temas afetos a grupos minoritários, aliados do processo legislativo normal e com reduzidas probabilidades de obter uma audiência legislativa justa.

Nesse sentido, a crítica de Dworkin (2007) mostra-se pertinente, isto porque, “[...] dez anos após a decisão do caso Brown, apenas 1,2% das crianças negras no Sul frequentavam escolas integradas” (SUNSTEIN, 2009, p. 188).

Por consequência, não houve uma mudança social efetiva, por conta do decisor, representando ele, o início do movimento dos direitos civis, culminando com o engajamento do Poder Legislativo e do Poder Executivo, na aprovação da Lei dos Direitos Civis de 1964, este sim, o verdadeiro marco do processo de integração racial (SUNSTEIN, 2009, p. 188), o que demonstra ser o processo de legiferação o verdadeiro originador de direitos (HABERMAS, 1997, p. 165).

Inferir-se que a partir desse ponto, é essencial se destacar a ilegitimidade da política como padrão decisório válido, assim como, se existe um limite para interpretação principiológica, que, se rompido, caracterizaria a utilização da política como padrão decisório, mascarada mediante uma leitura de princípios.

3.2 A ILEGITIMIDADE DA POLÍTICA COMO PARÂMETRO DECISÓRIO VÁLIDO

Preliminarmente, o paradigma da política jamais consubstancia parâmetro decisório válido. Decerto, não é apropriado corromper a leitura principiológica de uma Constituição, em virtude do pretexto despropositado de cumprimento, promoção ou execução de um objetivo, melhoria ou meta (DWORKIN, 2017).

Cabe sublinhar, a concepção de política como paradigma decisório abrange finalidade a ser obtida, nomeadamente um aperfeiçoamento em determinado aspecto econômico, político ou social da comunidade (DWORKIN, 2017, p. 36).

Nessa sequência, a argumentação política remodelada em argumento de princípio não equivale em um parâmetro decisório válido, predominantemente pela ausência de coerência, compatibilidade, concordância inerente ao juízo político, dado que a probabilidade de tratamento dessemelhante, contraditório e errático é a sua nota essencial.

Nestes termos, os direitos, do ponto de vista histórico e atual, ostentam uma especial adjacência com a política. Nesse sentido, o caráter histórico dos direitos fundamentais como conquistas da sociedade, associado à sua interpretação e aplicação, ordinariamente resvalariam em discussão de caráter político (PIEROTH; SCHLINK, 2019, p. 31).

Não obstante, é desacertado nivelar a interpretação da Constituição com argumentação política remodelada como argumentação de princípios, máxime na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais (PIEROTH; SCHLINK, 2019, p. 31).

A rigor, um tribunal não pode exceder-se manipulando parâmetro político remodelado como argumento de princípios na interpretação e aplicação dos direitos do cidadão.

Nessa lógica, a interpretação determinada em argumentos de princípios detém uma sistemática própria. Apesar disso, a argumentação pela integridade do direito não pode ser deformada para inserir a política como parâmetro decisório, mediante o subterfúgio de efetivar uma leitura principiológica da Constituição.

Nesse sentido, a teoria da interpretação em geral parte do texto, motivo por que o texto retrata uma contingência primordial, no sentido que todas as palavras requerem apreciação em seu sentido global, não podendo ser mudadas, transformadas ou alteradas para se tornar uma outra coisa, quer dizer, o texto estabelece uma demarcação na esfera interpretativa (DWORKIN, 2005, p. 223).

No mesmo sentido, há um marco para interpretação do texto constitucional. A interpretação refere-se a algo constituído. Nestes termos, a primeira baliza representa a conjuntura do término da perspectiva de compreensão conveniente do texto. Por outro lado, a segunda fronteira traduz-se na interpretação discrepante com o próprio texto da norma. Logo, o texto da Constituição escrita converte-se em divisa intransponível para interpretação da própria Constituição (HESSE, 1998, p. 69).

Dessa maneira, o programa normativo englobado no texto da norma delineia se o horizonte de alteração se faz compatível e adequado com as balizas contidas no texto (HESSE, 2009).

Nessa significação, o texto da Constituição contém uma fronteira absoluta para o horizonte de interpretação, e o onde há antinomia entre a interpretação e o texto, já não se encontra interpretação, mas transgressão da norma constitucional, e onde subsiste descontinuação, não perdura interpretação (HESSE, 2009, p. 168), enfatizando, ainda, que o que há é argumento político remodelado em argumento de princípio (HESSE, 2009, p. 169).

De outro lado, a dimensão de integridade reclama contenção interpretativa, visto que não pode a hermenêutica jurídica alterar, mudar ou transformar os dispositivos da Constituição, para parecer uma outra coisa, dissociada da sua essência.

Nesse sentido, a integridade tem significado de uma camisa de força interpretativa. No entanto, assim como a obra de Agatha Christie, pelo ângulo da integridade, não admite ser interpretada como expressando um tratado sobre a morte, metamorfoseando a natureza de romance de mistério para tratado filosófico sobre a morte. Da mesma maneira, o texto da Constituição, não pode ser alterado mediante interpretação baseada em argumentos políticos remodelados em argumentos de princípios, para exteriorizar legislação ocasional.

Em vista disso, a integridade alicerçada na técnica da interpretação construtiva do romance em cadeias decreta uma demarcação para hermenêutica constitucional. No caso de ruptura da integridade pelo tribunal, mediante manipulação do parâmetro da política em seus acórdãos, a pretexto de uma leitura principiológica, remodelando argumentos de política em argumento de princípios, exequível reação legislativa.

Nesse sentido, o STF não equivale a um legislador ocasional, cabendo ressaltar, não é a política um parâmetro decisório válido por conta de duas sérias objeções, a saber: a argumentação democrática e o fundamento da legislação retroativa.

Nestes termos, ao magistrado é interdito manusear a política como parâmetro de controle, visto que ele além de não ser eleito, não se encontra subalterno a lobista, grupo de pressão ou cobrança do eleitorado (DWORKIN, 2017, p. 132).

De outro lado, o legislador dispõe de preferíveis conjunturas para estipular direitos de que o magistrado. Da mesma forma, patenteia-se desacertado recolher um bem de um cidadão e conceder a outro, direcionado exclusivamente pela eficiência econômica global (DWORKIN, 2017, p. 154).

Decerto, a justificativa judicial é um pressuposto gerado por princípio e não por qualquer paradigma decisório de política, conveniente para criar legislação, no entanto, despropositado para respaldar um processo judicial.

Em razão disso, pelo recurso da política é plenamente praticável proceder de modo discriminativo. No entanto, o mesmo não decorre com o argumento de princípio, cuja enunciação é uma consistência articulada, concretizada no tratamento isonômico em relação aos indivíduos que pertencessem a mesma situação fática (DWORKIN, 2007, p. 271).

Por conta disso, a revisão judicial é compossível com a democracia, na exata medida em que o magistrado não pode invocar o parâmetro da política, unicamente cingindo-se como padrão decisório, os princípios ou regras, sob pena de perturbação da democracia e dos direitos

políticos do cidadão, por esta enunciação, Dworkin (2005, p. 101) já afirmava que o Tribunal é um fórum de princípios porque:

[...] Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípios e não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob o nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral -, e que deve tomar estas decisões aplicando a teoria substantiva da representação, extraído do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais [...].

Nestes termos, o tópico da moralidade pública impelindo a revisão judicial é debate obrigatório como questão de princípio, não se subordinando ao escrutínio do julgamento político do Tribunal, pelo subterfúgio da argumentação política remodelada em argumentos de princípios.

Frise-se que não existe desconformidade entre a democracia e a revisão judicial, visto que, não é outorgado à Corte Suprema poder normativo. No entanto, é incumbência o estímulo de um fórum de princípio, corroborando o caráter individual do direito do cidadão, o qual, não pode significar uma questão de bem público.

Ainda na doutrina de Dworkin (2005, p. 38 - 39) vê-se que:

[...] Posso ter dado a impressão de que democracia e Estado de Direito são conflitantes. Não é isso; pelo contrário, esses dois valores políticos estão enraizados em um ideal mais fundamental, o de que qualquer governo aceitável deve tratar as pessoas como iguais. O Estado de Direito, na concepção que defendo, enriquece a democracia ao acrescentar um fórum independente, um fórum de princípio, e isso é importante, não apenas porque a justiça pode ser feita ali, mas porque o fórum confirma que a justiça, no fim é uma questão de direito individual, não isoladamente uma questão de bem público.

Dessa maneira, o igual respeito e a igual consideração, princípios condutores de um estado democrático, apresentam-se atingidos com a instalação do fórum de princípios por parte dos Tribunais, sustentando os direitos do cidadão, e não com refúgio em qualquer parâmetro de utilidade pública, melhor padrão político ou maximização de riqueza.

Verifica-se, a argumentação de princípio, ao contrário de acrescentar discricionariedade, regula uma consequência distinta, visto que a decisão judicial no caso difícil não se apresenta submetida ao bom senso, moralidade ou subjetivismo do magistrado, posto que ele se compromete com a observância de parâmetro de controle principiológico, não detendo poder normativo para atuar como legislador ocasional.

Por derradeiro, a decifração principiológica da Constituição, associada à integridade, confirma a impertinência da política como padrão decisório. No entanto, a partir de agora,

vamos desvendar a tese da resposta correta, como justificativa da corrente substancial confirmativo da incoerência da legislação ocasional.

3.3 A TESE DA RESPOSTA CORRETA COMO JUSTIFICAÇÃO PARA SUPERACÃO DA LEGISLAÇÃO OCASIONAL

Preliminarmente, encontra-se uma fronteira para interpretação principiológica, porventura rescindida, evidencia a adulteração da integridade, e o emprego da política como modelo decisório, remodelado em argumentos de princípios.

Nestes termos, origina-se como resultado da legislação ocasional, o caráter errático da decisão judicial assentada no parâmetro de controle da política, proporcionando várias respostas corretas, considerando direitos aos animais, apoiado na dignidade, no entanto, rejeitando os direitos aos nascituros, favorecendo ao aborto, alicerçado na mesma dignidade.

No entanto, o direito é interpretativo, anexando relato factual passado, quanto um programa institucional futuro, compreendendo concomitantemente nos dois tipos de proposições, tipificado como integridade (DWORKIN, 2007, p. 271).

Para tanto, a interpretação construtiva é equivalente à interpretação literária, tornando-se a clarificar a tese da única resposta correta, contraditando o cunho errático das várias respostas corretas fruto da legislação ocasional.

Neste sentido, Dworkin (2005, p. 175) examina se não há resposta certa em casos polêmicos e para tanto emprega o modelo hipotético do contrato sacrílego.

Desse modo, o assunto perpassa a presença ou não de lacuna do direito, designada área aberta por Posner. Dworkin patrocina a pressuposição da única resposta certa em casos difíceis (DWORKIN, 2005, p. 175).

Primordialmente, a indagação decorre da percepção preliminar do conceito dispositivo, é particularizado pela tese da bivalência.

Nestes termos, se a concepção é válida em certa conjuntura, o magistrado detém o dever *prima facie*, de resolver demandas num certo sentido, mas não se tornando válido, o magistrado compromete-se a *prima facie*, deliberar o mesmo pleito no sentido oposto. Por consequência, o conceito permite ser tido como verdadeiro e em outro momento como falso (DWORKIN, 2005, p. 176).

Dessa maneira, o resultado do conceito dispositivo é a tese da bivalência. Nesse sentido, a assertiva é positiva e compreende uma conceituação positiva, ou a afirmação é negativa, não

se enquadrando. Nestes termos, inválida concepção intermediária entre os dois opostos. Não subsiste uma área aberta no direito.

Destarte, apresenta-se uma resposta correta na questão dispositiva. Nesta perspectiva, nos casos do contrato válido, responsabilidade civil e crimes, pelo princípio da identidade, o que é, é, algo não pode ser e ao mesmo tempo não ser.

Nessa senda, o acatamento de um contrato como válido demanda a negação do seu oposto e vice-versa. Nesse sentido, a aceitação da responsabilidade civil exclui a irresponsabilidade. De outro lado, o magistrado dispõe do dever de condenar o culpado pela conduta criminosa, no entanto, detém o dever de julgá-lo inocente, não existindo crime (DWORKIN, 2005, p. 176).

Por outro lado, a alternativa da tese da carência de resposta correta tem dois fundamentos. Portanto, o primeiro argumento ampara o procedimento linguístico superficial do jurista é enganosa, uma vez que insinua não se encontrar espaço lógico entre a proposição da validade do contrato e a proposição de sua invalidade, isto é, não se aceita que ambas as proposições podem ser falsas (DWORKIN, 2005, p. 176).

Nesse sentido, a elementar versão da tese contraditando a existência de uma única resposta correta, parte do reconhecimento de uma lacuna entre os dois extremos de um conceito dispositivo.

Neste seguimento, acha-se um conceito incoativo, indicando um vácuo no qual o juiz conserva poder discricionário para definir em um sentido ou no outro, igualando-se tal noção ao conceito da área aberta do direito, originador da legislação ocasional.

Por outro lado, a segunda refutação em contraposição à tese da única resposta correta principia pela argumentação da imprecisão. Nestes termos, apresentando-se uma negativa, uma das duas probabilidades dispositivas não se evidencia válida, posto que pode não ser verdade que nenhuma delas o seja (DWORKIN, 2005, p. 178).

Dessarte, aderindo à tese da única resposta correta, exterioriza-se desacertado sustentar a subsistência de uma área aberta no direito, amparado no pressuposto de o juiz desfrutar de poder discricionário dirimindo o litígio em qualquer sentido.

Pela primeira versão da conduta linguística superficial, a concepção de dever proporciona um hiato entre a afirmação de que o juiz tem a obrigação de elucidar em um certo sentido e a enunciação de que ele tem o encargo de solucionar no outro sentido. Nestes termos, o magistrado disporia de poder discricionário (DWORKIN, 2005, p. 180).

Nesse seguimento, há no interior de cada conceito dispositivo e sua aparente negação, um espaço ocupado por um conceito distinto, nominado de conceito incoativo. Neste sentido,

há uma terceira possibilidade. A título de exemplo, na troca de promessas, pode não constituir nem um contrato válido e muito menos contrato inválido, entretanto um contrato incoativo (DWORKIN, 2005, p. 181).

Portanto, o conceito incoativo estabelece um espaço lógico entre a proposição do juiz deter o dever de aplicar o contrato e a proposição do juiz dispor do dever de não o aplicar. Essa lacuna é preenchida pela afirmação do magistrado portar o poder discricionário de aplicá-lo ou não, correspondendo, destarte, ao conceito de área aberta do direito.

Em contrapartida, pelo conceito dispositivo assenta-se no argumento para afirmação conclusiva e sustenta que, se a proposição que sustenta não ocorrer, é verdadeira a asserção decisiva oposta, não apenas a negativa da primeira.

Nestes termos, não há um intervalo cinza entre os limites de definitivo conceito dispositivo. Não há área aberta do direito motivador da legislação ocasional.

Para Dworkin (2005), o conceito dispositivo constitui exatamente aplicável como indicador do não acontecimento de seu extremo oposto. Nestes termos, não há um conceito incoativo, tampouco uma área aberta no direito

Dessa maneira, o conceito dispositivo unicamente pode executar essa função pela justificativa da inverdade da argumentação da primeira versão da tese de que não existe nenhuma resposta correta (DWORKIN, 2005, p. 184).

Já a segunda versão da tese de que não subsiste resposta correta apoia-se em três razões distintas, quais sejam: a) a argumentação da imprecisão, arrimado essencialmente na ambiguidade da linguagem jurídica; b) o arrazoado do positivismo, fundamentado na formação oculta consequência do positivismo; e, c) o discurso da controvérsia, deslindado pela asseveração de que a afirmação controversa, a princípio, compreende várias respostas corretas (DWORKIN, 2005).

Nessa lógica, a argumentação da imprecisão tem significado de indeterminação da linguagem. Segundo este pensamento, em vista de textura aberta da linguagem jurídica, provém a impraticabilidade da alegação se uma proposição é verdadeira ou falsa (DWORKIN, 2005, p. 188).

Nesta senda, retornando para questão do contrato sacrílego, como a palavra “sacrílego” é inconsistente e indefinida, não se apresenta uma única resposta certa à indagação se o contrato é válido ou não (DWORKIN, 2005, p. 189).

Este fundamento exprime-se no pressuposto da linguagem vaga provocar a inexequibilidade da resposta correta. Tal raciocínio inclusive comprova a legislação ocasional,

posto que a omissão e a ambiguidade da linguagem se constituem no requisito da área aberta no direito.

No entanto, há uma incorreção no critério da imprecisão. É que o Direito alberga cânones de interpretação precisando o significado que se deve examinar palavra imprecisa, numa conjuntura particular, ou pelo menos, fazer sua acepção depender de questões adicionais, que, em princípio, possuem uma resposta certa (DWORKIN, 2005, p. 189).

Nesse sentido, como questão adicional referenciada encontra-se a evidência de que uma lei com linguagem imprecisa expressa uma modificação do status quo ante. Portanto, a indeterminação da linguagem, não indica indeterminação da proposição de direito (DWORKIN, 2005, p. 190).

Por outro lado, os numerosos métodos de interpretação de padrão jurídico são aptos para demonstrar o sentido da locução em uma definida situação. Dessarte, contingente imprecisão não desconsidera uma resposta certa. Há, apenas, a obrigação de investigar um método suplementar.

De outra forma, a alegação do positivismo é traçada no argumento da autenticidade da proposição, se a autoridade que origina a norma for competente para formação da norma (DWORKIN, 2005, p. 194).

Para tanto, não existindo uma norma formada por uma autoridade competente, não há uma resposta correta (DWORKIN, 2005, p. 195).

Por isso, a proposição jurídica é forçosamente verídica, caso fosse estabelecida pela autoridade competente. No entanto, não se apresentando norma formada pela autoridade competente, a proposição jurídica é falsa.

Contudo, existe duas espécies de positivismo, a saber: o positivismo de vinculação lógica mútua e o positivismo da equivalência funcional da verdade (DWORKIN, 2005, p. 196).

Decerto, para que a alegação do positivismo seja eficiente, tem de se descobrir uma forma de positivismo restabelecendo a aliança entre essas alegações, de modo que uma proposição de Direito se manifesta incontestável se, e apenas se, uma proposição sobre atos legislativos for verídica, mas não é inautêntica quando essa proposição sobre atos legislativos for ilegítima.

Por tal ótica, o direito equivale a uma realização tal que as premissas de Direito não constituem o mundo real da maneira como o concebem as proposições comuns, mas são proposições cuja assertiva é provada por regras básicas, como a dinâmica literária (DWORKIN, 2005, p. 200).

Por conseguinte, tal configuração do positivismo ampara a autenticidade ou incorreção das proposições, não por conta da imprecisão da linguagem, mas porque as regras básicas da tarefa jurídica, como as regras básicas da tarefa literária, apresentam essa consequência (DWORKIN, 2005, p. 201).

Dworkin (2005) afirma que sequer o positivismo de vinculação mútua, tampouco o positivismo de equivalência funcional assegura essa segunda versão. De fato, inexistente espécie de positivismo argumentando a inverdade da proposição jurídica não originária de autoridade competente.

Por derradeiro, a argumentação da controvérsia encontra-se arrimada na tese da demonstrabilidade. Nestes termos, a tese da demonstrabilidade admite a comprovação da autenticidade da proposição, depois que todos os concretos fatos importantes para sua autenticidade, sejam conhecidos ou estipulados (DWORKIN, 2005, p. 204).

Nesse argumento, uma afirmação é verídica caso receba embasamento em concreto fato exterior à proposição em si. Para Dworkin (2005, p. 205) há distinto fato apropriado para outorgar exatidão às proposições jurídicas. Logo, desacertada a tese da demonstrabilidade.

Nesse sentido, uma realidade concebível encontra-se na moral. Frise-se, o fato moral acha-se além do concreto fato. Destarte, a escravidão é intrinsecamente improcedente, não exibindo importância a sua demonstrabilidade por fatos externos a ela (DWORKIN, 2005, p. 205).

Dworkin (2005) argumenta subsistir duas dimensões ao longo da qual é necessário deliberar se uma teoria possibilita a melhor justificativa do dado jurídico à disposição: a grandeza da adequação e a dimensão da medida política.

Vê-se, desse modo, há uma dimensão de coerência, corroborando a autenticidade da proposição jurídica, não ligada à sua demonstrabilidade (DWORKIN, 2005, p. 213).

Nesse sentido, a dimensão da adequação consiste no fato de que, em certos casos, existirá uma eventual probabilidade de duas respostas possíveis. Nesta situação, pela dimensão da adequação, torna-se forçoso otimizar o conteúdo como fator decisivo para alcançar a melhor resposta.

Por outro lado, a dimensão de moralidade política acha-se arrolada na produção justa das vantagens, melhor dizendo, ponderar se há criação de proveitos adequa-se como argumento para seleção de uma resposta (DWORKIN, 2005, p. 213).

Em resumo, a tese da única resposta correta é um empreendimento mediador da dimensão da moralidade e da objetividade limitando a discricionariedade judicial (DIAS, 2019, p. 105).

Para tanto, torna-se fundamental destacar a natureza interpretativa do direito e a sua equivalência com a literatura.

Antes de mais nada, o Direito abrange uma prática interpretativa. Nesta ótica, a interpretação jurídica se igualaria à interpretação literária (DWORKIN, 2005, p. 217).

Desse modo, a adversidade inicial consiste na contemplação da proposição jurídica parecer descritiva. No entanto, não se sabe, o conteúdo da proposição descrita. Cabe salientar, o positivista admite que a proposição jurídica é completamente pormenorizada como trechos de uma história (DWORKIN, 2005, p. 218).

Em outros termos, o pragmatismo perfilha uma visão cética relativamente a interpretação da lei. Neste sentido, o juiz poderia superar a legalidade vigente mediante o uso de um melhor padrão político para o futuro da comunidade. Daí a possibilidade de várias respostas corretas.

Por outras palavras, no processo de adjudicação pragmática o magistrado tenciona encontrar a finalidade por trás de alguma legislação, isto é, exclusivamente uma cortina de fumaça, de modo, a forçar a própria visão do jurista, a respeito de definido tema.

No entanto, a proposição jurídica não consiste em um melhor programa voltado para o futuro, tampouco compreensíveis juízos valorativos em um sentido desagregado da história jurídica, razão pela qual é um conceito interpretativo, porque estabelece fundamentos originários tanto da descrição, quanto da valoração (DWORKIN, 2005, p. 219).

Por certo, a interpretação não constitui mera definição da decisão passada, mas ao reverso tem que se cognominar a interpretação como uma atividade geral (DWORKIN, 2005, p. 220).

Para tanto, Dworkin (2005, p. 222) evidencia a hipótese estética, pretendendo encaminhar a interpretação do significado da obra como um todo. Nestes termos, o pressuposto da hipótese estética é a interpretação da obra literária a expressar a maneira de ler o texto denotando como a melhor obra de arte.

Segundo Dworkin (2005), a compreensão relativamente a obra como um todo consegue auxiliar para que se ache uma melhor percepção de parte importante da obra.

Pela hipótese estética, a interpretação exhibe o texto como a superior obra de arte, destacando uma diferença fundamental, a dimensão da explicação de uma obra e não a sua modificação em outra coisa.

Por outro lado, cabe salientar, a teoria da arte, não aceita ser vista separadamente da filosofia, da psicologia e da sociologia, isso porque tais correntes influem na interpretação do texto (DWORKIN, 2005, p. 225).

Como resultado, a hipótese estética abandona a análise da peculiar ideia de interpretação e desloca-se para concorrer à melhor resposta à questão substantiva colocada pela interpretação (DWORKIN, 2005, p. 227).

Por esse ângulo, o principal teste da hipótese estética acha-se, no seu poder esclarecedor, e particularmente, no seu poder crítico. Para tanto, o que é proveitoso em uma obra de arte, compreende ao que o autor em determinado significado empenhou-se posicionar nela, apresentando-se expressivo a intenção do autor (DWORKIN, 2005, p. 229).

Nessa lógica, necessitaríamos absorver o conceito de algo, ante de deliberar se ele é importante ou não (DWORKIN, 2005, p. 230).

Por outro lado, uma primeira impugnação a teoria da intenção do autor é a de que ela não é um resultado da hipótese estética. No entanto, equivale uma teoria rival da hipótese estética. Nestes termos, nós necessitamos expor o que o autor planejava, e é importante realizar para outro intuito literário (DWORKIN, 2005, p. 231).

Por conseguinte, a teoria da intenção do autor, não constitui uma concepção antagonista, longe disso, simboliza uma postulante à coroa da significação da hipótese estética (DWORKIN, 2005, p. 231).

Uma segunda impugnação a teoria da intenção do autor, começa de uma concepção errada relativamente à finalidade de uma obra e o ponto de vista sobre ela. Neste aspecto, existe duas probabilidades, quais sejam:

- a) Percepção da intenção subconsciente;
- b) Mudança de intenção posteriormente.

Não obstante, a ideia de originar algo apartado do pensamento do autor tem que se considerar, de modo, que o mundo constituído independe do projeto do criador (DWORKIN, 2005, p. 234).

Em síntese, existiriam exigências pertinentes para a construção da resposta correta no caso concreto (ABOUD, 2016, p. 756, 757, 758). Seriam elas:

[...] a) Reconhecimento indispensável da facticidade gravada ao caso concreto; Reconhecimento da legalidade admissível ao caso; b) Identificação das restantes fontes jurídicas positivas admissíveis ao caso; c) Recuperação da análise teórica do direito, por intervenção de fonte não positiva do direito, como a doutrina; d) Circunscrita relação de individualização do pedido do autor, assim como, da exceção e do ponto de defesa do réu; e) Ônus argumentativo do julgador comprovando porque a conclusão revelada por ele é superior às demais, contendo a manifestada por umas das partes ou presente em outras decisões; f) Compreensão consequencialista da decisão.

Desse modo, pode-se inferir que a obra de Dworkin (2007), reproduz fundamentos para diferenciação do padrão deliberativo, especialmente por apresentar uma admirável

configuração de interpretação construtiva do Direito, excluindo argumentos de política remodelados em argumentos de princípio como *standard* decisório válido, passando-se a elucidar as reações da corrente procedimental na questão da legislação ocasional.

4 OS REFLEXOS DA CORRENTE PROCEDIMENTAL NA QUESTÃO DA LEGISLAÇÃO OCASIONAL

Previamente, cabe alinhar as reflexões da corrente procedimental na indagação da legislação ocasional, e finalmente, a perspectiva da reação legislativa divergente a legislação ocasional, intrínseco ao processo de legiferação, fundamentado na pluralidade da sociedade aberta de intérpretes da constituição.

Para começar, o fundamental reflexo da corrente procedimental traduz-se na refutação da política como *standard* decisório, não se identificando o tribunal constitucional um legislador concorrente, fraseologia usada por Habermas (1997, p. 298), na mesma direção da legislação ocasional.

Em face ao obstáculo da legislação ocasional, a análise da jurisdição constitucional reiteradamente encaminha-se pela intrusão das competências próprias ao Poder Legislativo. No entanto, este embaraço tem de se deliberar em uma outra perspectiva (HABERMAS, 1997, p. 298).

Nesse sentido, necessitará acontecer uma argumentação racional assentada em argumentos substanciais (HABERMAS, 1997, p. 282), os quais, não se encontrando inferido pelo Tribunal Constitucional, assinala emprego de argumentação política remodelada em argumentos de princípios.

Nestes termos, impõe-se uma reserva de consistência nos acórdãos do STF, demonstrado em uma apropriada e adaptada justificativa para alicerce do *decisim* em um ou em outro sentido, consubstanciado mormente mediante uma argumentação racional (HABERLE, 1997, p. 42).

Portanto, não sendo originado, argumento substancial, e limitando-se o parâmetro decisório ao *standard* político remodelado em argumento de princípio, deriva uma assimilação entre o acórdão do STF e a própria CRFB, de 1988.

Nesse sentido, o atributo passivo da jurisdição constitucional é o comportamento de autocontenção, referente ao processo de legiferação (BICKEL, 1986, p. 71).

Nessa significação, a argumentação substancial consiste em uma justificação externa da interpretação construtiva efetivada pela integridade suplantando uma mera interpretação do texto da lei.

Nesse sentido, a justificação externa constitui a necessária demonstração dos interesses governamentais forçosos para ponderação do direito do cidadão, como os parâmetros traçados pela nota de rodapé nº 4, originária do precedente *Carolene Products Co v USA*, julgado pela SCOTUS, cujo assunto é o seguinte (LOCKHART; KAMISAR; CHOPER; SHIFFRIN, 1996, p. 18):

[...] Pode haver um escopo mais estrito para o uso da presunção de constitucionalidade quando a legislação parecer, é claro, ser entendida dentro de uma proibição específica da Constituição, como as das dez primeiras emendas, consideradas da mesma maneira quando usado no contexto da décima quarta. Agora é desnecessário considerar se a legislação que restringe esses processos políticos, que normalmente provocam repulsão de leis indesejáveis, deve ser submetida a um escrutínio judicial mais rigoroso, sob as proibições gerais da Décima Quarta Emenda, do que outros tipos de legislação. Também não precisamos investigar agora se considerações semelhantes devem ser feitas na revisão de leis destinadas a minorias religiosas, nacionais ou raciais singulares ou se preconceitos contra minorias discretas e insulares devem constituir uma condição especial, que tende a restringir o funcionamento dessas minorias, processos políticos em que normalmente pode confiar na proteção de minorias e que pode exigir uma investigação judicial correspondentemente mais investigativa [...] (Tradução livre de Márcio Alves Figueira).

Nessa lógica, pela justificação externa do processo reconstrutivo do direito, é obrigatório a lei experimentar um teste. Portanto, a depender do preceito originador da impugnação, a lei é exposta a um teste de mera racionalidade, um teste de aferição severa ou um teste de nível intermediário.

Neste sentido (FINE, 2011, p. 30) instrui que:

[...] a) teste de mera racionalidade manifesta uma associação congruente com um interesse governamental legítimo, ou seja, uma conexão lógica entre o fim legítimo e o meio minimante adequado, como nos casos dos direitos não fundamentais (direitos econômicos); b) teste de aferição severa consiste em um encadeamento entre um fim governamental imperativo e o meio necessário, presumindo-se a inconstitucionalidade da lei, como no caso de lei cujo causa seja limitação referente a raça ou origem nacional; c) teste de nível intermediário constitui-se na avaliação se o fim público alegado pela lei é efetivamente relevante e o meio selecionado detém um nexó substancial com o fim, como nos casos de leis que versem sobre idade, gênero e legitimidade [...].

Dessa maneira, como a reconstrução racional do direito ultrapassa uma mera interpretação do texto, onde há ambiguidade ou omissão, o tribunal deve executar uma interpretação construtiva assentada na integridade para que (1) interditar decisões de questões

sensíveis a atores politicamente não responsáveis; (2) possibilita a deferência ao processo de legiferação; (3) adota o parâmetro do teste de racionalidade da legislação.

Neste seguimento, o prestígio ao processo de legiferação como mediação entre a facticidade e validade, também decorre de uma certa postura minimalista, limitando a amplitude e a profundidade das decisões judiciais, até porque, em uma sociedade heterogênea, complexa como a nossa, existe uma postura adequada, a saber, a minimalista, deixando-se o amadurecimento das questões para o debate democrático conduzido pelos Parlamentos.

Essas premissas mostram-se necessárias para melhor compreensão da concepção procedimental materializada na reação legislativa, objeto do próximo tópico.

4.2 REAÇÃO LEGISLATIVA (EFEITO BACKLASH) E PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Primordialmente, a adversidade da criatividade jurisdicional origina-se da omissão e ambiguidade na legislação. Sem embargo, de forma paradoxal, a expansão da positivação do direito gerou a imprescindibilidade da correta interpretação da legislação, acarretando a legislação ocasional.

Nessa continuidade, tal concepção compreende a criatividade jurisdicional como construção do direito por produção do magistrado. Essa problemática compreende a clássica perquirição acerca da mera interpretação da legislação ou geração dela.

Nestes termos, o processo reconstrutivo do direito pela integridade comprova haver uma diferença fundamental entre interpretar e criar.

Neste sentido, o protocolo de perguntas da integridade, aglutinador do argumento da teoria e do argumento da opinião final demonstra a necessidade de um critério exterior às nossas práticas jurídicas, com a finalidade de reconstruir o direito de forma racional.

Portanto, o processo de legiferação originado pela relação entre a autonomia pública e a autonomia privada mostra-se adequado para instauração de um constitucionalismo dialógico em que a última palavra não pertence ao STF, mormente quanto de atuação normativa, mediante legislação ocasional.

Dessarte, o processo de legiferação descrito por Habermas inaugura a perspectiva do constitucionalismo dialógico em que a última palavra pertence ao povo, por intermédio da atuação democrática do Poder Legislativo.

Neste seguimento, o processo de legiferação é procedimento para correção do abuso nas atribuições do Supremo Tribunal Federal, materializado pelo uso de argumentação política

remodelada em argumento de princípio, melhor dizendo, o processo de legiferação consiste na solução para o problema da legislação ocasional e do uso do *standard* da política como paradigma decisório.

Destarte, no regime democrático de direito, o Poder Judiciário quando atua como legislador ocasional, já não é o detentor da última palavra, isto porque o Poder Legislativo pode superar o acórdão do STF em verdadeira, legítima e democrática, reação legislativa.

Seguramente, a formação da legislação compreende a controvérsia sobre a fronteira da função jurisdicional ao interpretar legislação omissa e ambígua, motivo causador da legislação ocasional.

Nessa sequência, a Corte Constitucional transforma-se em mediadora das experiências, objetivando preservar as condições processuais da gênese democrática das leis (HABERMAS, 1997, p. 326).

Nessa lógica, o Tribunal Constitucional teria por finalidade proteger o sistema de direito originador da autonomia pública e da autonomia privada do cidadão (HABERMAS, 1997, p. 326).

Portanto, interdito é o próprio tribunal utilizar argumentos políticos remodelados para parecerem argumentos de princípios, violando o próprio sistema de direitos.

Cabe esclarecer, a revisão judicial encontra-se intimamente ligada à democracia, razão pela qual, seria atribuição própria do tribunal policiar o procedimento democrático de legiferação, coarctando os efeitos de leis discriminatórias violadoras do princípio da igualdade, mormente quando há discriminação contra minorias étnicas, grupos sociais marginalizados, homossexuais, alijados, velhos e jovens (HABERMAS, 1997, p. 327).

Destarte, tanto o processo de legiferação como o processo de reconstrução racional do direito são norteados pelo princípio do igual respeito de todos (HABERMAS, 1997, p. 328).

Nestes termos, o paradigma político assegurador da autodeterminação do cidadão consiste no paradigma do diálogo (HABERMAS, 1997, p. 338).

Por tal lógica, o tribunal precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo de normatização jurídica se realize sob condições da política deliberativa, que fundam legitimidade (HABERMAS, 1997, p. 340).

Destarte, o Supremo Tribunal Federal não pode arrogar-se do papel de crítico da ideologia oriundo do processo de legiferação, impondo a sua própria ideologia mediante o procedimento da legislação ocasional (HABERMAS, 1997, p. 343).

Por conseguinte, uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste na afirmação que a formação democrática da vontade retira a sua força legitimadora dos

pressupostos comunicativos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos (HABERMAS, 1997, p. 345).

Nesse sentido, o processo de legiferação não surge do nada, porquanto, consiste na adoção do paradigma dos princípios ligado à questão moral, assim como, do paradigma pragmático, associado à questão empírica, pragmática e ideológica (HABERMAS, 1997, p. 350).

Portanto, não se mostra legítimo ao processo de reconstrução racional do direito valer-se do paradigma pragmático da legislação ocasional, vez que o campo adequado para tanto é o processo de legiferação.

Por consequência, a legitimidade do direito encontra-se ligada à sintonia dele aos princípios morais que pretendem validade geral, ultrapassando a própria comunidade jurídica (HABERMAS, 1997, p. 350, 351).

Não obstante, a incompatibilidade entre o ato de interpretação e criação do direito indica uma perplexidade fictícia. A rigor, “[...] o obstáculo refere-se ao grau de criatividade, modo e limite da gênese do direito por obra do magistrado” (CAPPELLETTI, 1999, p. 21).

Como se pode perceber, a intensidade da criatividade, assim como a circunstância de criação do direito concerne à indeterminação semântica da linguagem. De fato, a palavra detém numerosas significações (CAPPELLETTI, 1999, p. 22).

Em vista disso, o magistrado é convocado a efetuar a soberana prerrogativa da preferência por um dos sentidos. Esta prerrogativa acarreta necessariamente um indiscutível grau de criatividade (CAPPELLETTI, 1999, p. 22).

Por isso, Cappelletti (1999) pondera a indagação pela perspectiva do Poder Judiciário atuando na característica de legislador negativo e positivo.

Além disso, Cappelletti assevera na circunstância de legislador negativo subsistir declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do poder público, pronunciando-se a nulidade da norma.

Por outro lado, na eventualidade do legislador positivo há inconstitucionalidade por omissão, total ou parcial, da legislação, passando o Judiciário a desempenhar a obrigação na eliminação dessa omissão, solucionando a situação omitida.

Infere-se que essa debilidade pode ser compensada com o auxílio de expediente de moderação recíproca capitaneado pelo Parlamento. Neste caso, a norma judicialmente originada pela legislação ocasional, pode ser retificada ou ab-rogada por intervenção de reação legislativa.

Colhe-se do magistério de Cappelletti (1999, p. 103) que:

[...] Em conclusão, parece-me que a criatividade jurisdicional – criatividade de direito e de valores – é ao mesmo tempo inevitável e legítima, e que o problema real e concreto, ao invés, é o da medida de tal criatividade, portanto de restrições. Isto é verdade para a jurisdição em geral e para a justiça constitucional de modo particular. Os juízes não podem fazer menos do que participar na atividade de produção do direito, ainda que, no limite, tal não exclua inteiramente a possibilidade de o legislador ab-rogar ou modificar o direito jurisprudencial. E essa possibilidade (...) é real não apenas em face do direito jurisprudencial ordinário, em que o instrumento para tal ab-rogação ou modificação é dado pela revisão constitucional, embora esta seja rara. Deste modo, a última palavra no processo de produção do direito pertence sempre à vontade majoritária, tal como se expressa, em forma de maioria simples ou qualificada, na legislação ordinária ou constitucional [...].

Sendo assim, a índole de criatividade da legislação ocasional, a todo momento pode ser retificada por uma reação legislativa do Parlamento, por meio de edição de Emenda à Constituição divergente da decisão originária da legislação ocasional.

Por esse ângulo, a reação legislativa designada de efeito *backlash* resume-se em um expediente retificando a legislação ocasional, principalmente quando o tribunal adiciona o perímetro de instrumentação da Justiça Constitucional, valendo-se do *standard* político remodelado em argumento de princípios.

Nesse sentido, o ativismo legislativo simbolizado pela reação divergente ao acórdão do Supremo Tribunal Federal emerge como mecanismo de reparação da jurisprudência por via da Emenda à Constituição Federal (MENDES, 2012, p. 261).

O Congresso Nacional do Brasil não se encontra subordinado à decisão pronunciada pelo STF. A rigor, o acórdão definitivo de mérito, gerado pelo STF, na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade produz eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta (art. 102, § 2º da CRFB, de 1988). No entanto, esta consequência não alcança o Congresso Nacional (MENDES, 2012).

Pelo teor do preceito constitucional, o Parlamento encontra-se afastado do efeito vinculante da decisão proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade da norma comandado pelo STF, o que transforma constitucionalmente possível a reação legislativa (MENDES, 2012, p. 690).

Nessa sequência, ao inverso da proposta original da EC nº 3, de 1993, que se imputava a vinculação de todos os órgãos e agentes estatais, o limite subjetivo do efeito vinculante acha-se restrito aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, não atingindo o Poder Legislativo ou sequer o próprio Supremo Tribunal Federal (MENDES, 2012, p. 690).

Apesar disso, a reação legislativa, não engloba apenas o procedimento isolado do Poder Legislativo, apresentando-se indispensável à criação de uma imposição democrática para o seu

desempenho, apresentando-se adequado para a perspectiva plural da sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

Nessa lógica, a perspectiva apropriada para efetivação de uma concepção procedimental demanda a indispensabilidade de audiência pública como requisito de legitimidade para reação legislativa conduzida pelo Congresso Nacional, divergente da legislação ocasional.

Essa solução é harmonizável com a sociedade aberta de intérpretes da constituição, cujo postulado equivale à ausência de monopólio do órgão público na incumbência de interpretar o sentido da Constituição, visto que tal responsabilidade é de toda a sociedade (HÄBERLE, 2007, p. 04).

Nesse sentido, a hermenêutica constitucional apresenta-se apropriada em um contexto de uma sociedade pluralista, intitulada de sociedade aberta em divergência a uma sociedade fechada, centrada na figura dos órgãos estatais. Por tal argumento, todo aquele que vive a Constituição reflete um legítimo intérprete (HÄBERLE, 1997, p. 09).

Nesta óptica, a atitude de interpretar não é circunscrita a uma mera descoberta de sentido, pelo contrário, equivale ao emprego da norma no tempo e a sua assimilação na realidade pública (HÄBERLE, 1997, p. 10).

Peter Häberle (2007, p. 04) defende “[...] uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição favorecendo uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição”.

Segundo essa alegação, a conjuntura atual da teoria da interpretação constitucional decorre em torno de duas indagações primárias, isto é, a investigação sobre os objetivos da interpretação constitucional e a perquirição relativa aos métodos de interpretação constitucional.

Por consequência, há uma transformação do princípio monológico para o princípio pluralista, aumentando as exigências concretas de reconhecimento mediante o mecanismo de reflexão do agir comunicativo, quer dizer, atendendo a prática da argumentação, reivindicando de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros (HABERMAS, 1997).

Nessa lógica, isso recomenda que se sustente as necessidades ideais realizadas à teoria do direito no modelo de uma sociedade aberta de intérpretes da constituição, diversamente do ideal da individualidade do juiz (HABERMAS, 1997).

Por outro lado, não se recusa existir outros dilemas pertinentes na hermenêutica constitucional como, por exemplo, a dificuldade da força normativa da Constituição; a adversidade do limite implícito do Poder Constituinte Originário e do Poder Constituinte Derivado, bem como, a vicissitude sobre a natureza jurídica da Constituição, se normativa, nominal ou semântica.

No entanto, a tese fundamental de Häberle (2007), não apresenta como objeto as relevantes questões hermenêuticas enumeradas, patenteando-se elucidação sobre a tese fundamental da sociedade aberta de intérpretes da constituição.

Na concepção de Häberle (2007, p. 4), o encargo de interpretar o significado da Constituição, não é domínio dos órgãos públicos, visto que tal responsabilidade compete a toda sociedade e todo implicado no processo de interpretação da Constituição.

Nesse sentido, ao defender uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, existe um alargamento do leque de participantes. Por isso, a tese fundamental patrocina que no processo de interpretação constitucional encontram-se potencialmente envolvidos todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não existindo um elenco cerrado ou fixado *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Nesse seguimento, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição equivale apenas a uma verdade parcial integrada pela comparação jurídica como quinto método de interpretação. Torna-se indispensável a heterogeneidade da cultura como elemento unificador, atribuindo um embasamento cultural da sociedade aberta (HÄBERLE, 2007, p. 3).

Nesse ponto de vista, realiza-se uma terceira via, isto é, a que corresponde aos participantes da interpretação constitucional integrada pela comparação jurídica.

Dessa maneira, a comparação jurídica incorpora a noção de uma sociedade aberta. Canotilho esclarece:

[...] Em tempos recentes, a comparação jurídica é erguida o quinto método de interpretação. Esta comparação assume, em geral, uma natureza valorativa, ou seja, reconduz-se a uma comparação jurídica valorativa no âmbito do Estado Constitucional. Através dela, é possível estabelecer a comunicação entre várias constituições (HÄRBELE, 2007) e descobrir o critério da melhor solução para determinados problemas concretos. A comparação valorativa tem sido utilizada pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia em torno dos direitos fundamentais. Nalguns casos, são as próprias constituições que remetem para textos internacionais como acontece com a Convenção Europeia de Direitos Fundamentais [...] (CRP, art. 16º) (CANOTILHO, 2003, p. 1214).

Por esta noção, o direito constitucional comparado transfigura-se em cultura constitucional comparada, adicionando a noção de sociedade aberta de intérpretes da constituição, singularizando solução para os problemas concretos de hermenêutica.

Vê-se que Häberle (2007) ampara o pluralismo e a integração como ponto de partida para o novo Estado Constitucional do século XXI, desaprovando-se a atual teoria da interpretação constitucional, já que ela é direcionada, exclusivamente, na indagação dos

métodos (regras de interpretação) e, dessarte, apresenta-se como importante questão da exclusão dos demais setores da sociedade, que vivenciam a norma constitucional.

Para tanto, torna-se fundamental um esclarecimento da tese sobre o conceito de interpretação. Nesse sentido, quem vive a norma termina por saber interpretá-la ou, pelo menos, por co-interpretá-la.

Dessarte, torna-se primordial desvendar o elenco dos participantes do processo de interpretação.

Nesse significado, o processo democrático de interpretação tem de se desenrolar de forma ampliativa, incluindo vários setores da sociedade, democratizando a interpretação constitucional.

Em resumo, não existe um monopólio da interpretação da Constituição por parte dos tribunais, dado que a norma constitucional é experimentada por toda sociedade (HÄBERLE, 1997, p. 15).

Isto quer dizer que o âmbito de interpretação da norma constitucional é amplo. Neste sentido, a liberdade religiosa compreende a concepção da comunidade religiosa sobre si mesma (HÄBERLE, 2007).

Nessa senda, existe intérprete em sentido lato, como o cidadão, os órgãos públicos e a opinião pública, da mesma maneira, que se apresenta intérprete em sentido estrito, como os juízes e tribunais (HÄBERLE, 2007, p. 6).

Por certo, a Constituição abarca um processo cultural e, decerto, a norma torna-se objeto da construção de sentido e não objeto da descoberta de sentido, sobrepujando o paradigma sujeito-objeto.

Nesse significado, a norma significa início do debate constitucional, não caracterizando um produto acabado, refutando a noção de interpretação como um processo de descoberta de sentido.

Isto posto, o objetivo da interpretação constitucional compõe-se na investigação sobre os participantes do processo de interpretação (HÄBERLE, 2007, p. 6).

Peter Häberle (2014, p. 31-32) propõe o subsequente catálogo provisório de participantes do debate: “[...] a) as funções estatais; b) os participantes nos processos de decisões estatais que não fazem parte do Estado; c) a opinião pública democrática; e, d) a doutrina constitucional”.

Por certo, a indagação relativamente a participante da interpretação constitucional tem que se realizar em sentido empírico e sociológico, apresentando qual interpretação é adotada,

os métodos, formas e maneira que ela se desenvolve, assim como, os elementos da opinião pública decisivos para interpretação proferida (HÄBERLE, 2007, p. 7).

Nestes termos, os participantes acham-se retratados desta forma (HÄBERLE, 2014, p. 31, 32):

(1) As funções estatais: a) Na decisão vinculante (da Corte Constitucional): decisão vinculante que é realizada mediante o instituto do voto vencido; b) Nos órgãos estatais como o poder de decisão vinculante, submetidos, todavia, a um processo de revisão: jurisdição, órgão legislativo (submetido a controle em consonância com objetivo de atividade): órgão do Executivo, especialmente na (pré) formulação do interesse público; (2) os participantes do processo de decisão nos casos 1a e 1b, que não são, necessariamente, órgãos do Estado, isto é: a) o requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde), autor e réu, em suma, aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou assumir um “diálogo jurídico” (“Rechtsgespräch”); b) Outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação ou de integração à lide, nos termos da Lei Orgânica da Corte Constitucional (v.g., §§ 77, 85, n° 225, 94, n°1 a 4, §§ 65, 82, n°2, 83, n°2, 94, n°5), ou que são, eventualmente, convocados pela própria Corte Constitucional (v.g., § 82, n° 4, da Lei do Bundesverfassungsgericht); c) Pareceristas ou experts, tal como se verifica nas Comissões Especiais de Estudos ou de Investigação (§ 73, do Regimento Interno do parlamento Federal); d) Peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do parlamento (§ 73, n° 3, do Regimento Interno do Parlamento Federal alemão), peritos nos Tribunais, associações, partidos políticos (frações parlamentares), que atuam, sobretudo, mediante a “longa manus” da eleição de juízes; e) Os grupos de pressão organizados (§ 10, do Regimento Interno do Governo Federal); f) Os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo; (3) a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores: mídia (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outros, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada (Cf. 2,d), das igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais); (4) Cumpre esclarecer, ainda, o papel da doutrina constitucional nos n°s 1, 2 e 3; ela tem um papel especial por tematizar a participação de outras forças e, ao mesmo tempo, participar nos diversos níveis.

Destarte, esta posição indicada concebe interpretação constitucional englobando vários setores da sociedade, em uma perspectiva ampliativa, democrática e republicana. Este processo político não é prejudicial à interpretação da Constituição, até porque o alargamento do rol de intérpretes não exprime uma absolvição dos termos cogentes da Constituição, já que a abertura não simboliza a perda da força normativa da Constituição.

Em outros termos, a indagação in aberto localiza-se na configuração pela qual deve cumprir a sociedade aberta de intérpretes da Constituição, acrescentando variadas interpretações, tanto quanto os diversos intérpretes, compatível com a vertente de aprofundamento democrático em verdadeiro constitucionalismo dialógico.

No entanto, é obrigatória a suplantação de possíveis objeções e críticas.

Häberle (2007, p. 10) explica uma provável crítica em desabono da teoria da sociedade aberta, quer dizer, o risco à unidade da Constituição, pela sua dissolução, ante o considerável número de interpretações e de intérpretes.

Apesar disso, a objeção não se ampara, pois, os órgãos encontram-se formal e oficial nomeados para interpretar a Constituição permanecem a ela vinculados. Da mesma forma, os parlamentares permaneceriam vinculados à Constituição (HÄBERLE, 2007, p. 10).

Por outro lado, os partidos políticos, os grupos e os cidadãos ficariam vinculados à Constituição de forma diferente, porquanto vinculam-se mediante o poder estatal sancionador (HÄBERLE, 2007, p. 10).

Em outros termos, a aprovação da sociedade aberta dos intérpretes do ponto de vista da teoria do direito, da norma e da interpretação parte da inferência de que a interpretação é um processo aberto. Não é um processo de passiva submissão ou um mero recebimento de uma ordem.

Nesta significação, a interpretação não é um processo de passiva subsunção do fato à norma. Sem embargo, traduz-se em um processo de construção de sentido, tendo em vista que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, tornando esta visão compatível com a perspectiva de que o magistrado interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade (HÄBERLE, 2007).

Em outros termos, a validação do elenco variado de intérpretes da Constituição pode se fundamentar em reflexões teóricas-constitucionais. Sendo assim, como as funções estatais; os participantes nos processos de decisões estatais que não fazem parte do Estado; a opinião pública democrática e a doutrina constitucional por comporem parte da realidade constitucional e da publicidade, devem, por isto, tomar parte na interpretação da realidade e da publicidade da Constituição (HÄBERLE, 2007, p. 11).

Por consequência, circunscrever a interpretação da Constituição aos intérpretes corporativos representa um empobrecimento da Constituição, desconsiderando a força criativa dos intérpretes não corporativos (HÄBERLE, 2007, p. 12).

Por tal ponto de vista, a Constituição detém uma atribuição diretiva eminente, de modo que ela não é figuradamente um espelho da realidade, ao revés, a Constituição é a verdadeira fonte de luz.

Por outro lado, indispensável averiguar a legitimidade da teoria da sociedade aberta do ponto de vista da teoria do direito.

Dessarte, a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da constituição compreende como justificativa a teoria da democracia. Nestes termos, a democracia acontece com o auxílio de

controvérsia de alternativas, das possibilidades e sobre as necessidades da realidade, a rigor, ela se desenvolve mediante formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política (HÄBERLE, 2007, p. 12).

Dessa forma, o povo torna-se competente para interpretar a Constituição e esta interpretação é vista como a garantia do direito à cidadania. A unidade da Constituição é formada a partir da diferente conjugação dos diferenciados processos, das dessemelhantes funções e dos diferentes intérpretes da Constituição.

Nestes termos, a teoria da interpretação ampara-se obrigatoriamente na teoria democrática, da mesma maneira, a teoria democrática tem de se respaldar no Direito em um vínculo de co-originalidade.

Destaca-se, a democracia não se resume no direito ao voto efetivado pelo povo, até porque “Povo” não é um referencial quantitativo, que após as eleições deva conservar-se mudo e calado as decisões fundamentais da nação desenrolarem-se pela minoria “iluminista” das Cortes Constitucionais, materializando pautas políticas a pretexto de uma leitura principiológica da Constituição.

Nessa ótica, a justificativa da teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição procura a sua substância em uma interação entre interpretação constitucional e a teoria democrática, sendo uma a causa da outra, em relação de co-originalidade.

No entanto, Häberle (2017) não ampara a prevalência da vontade geral do povo como sendo preponderante ou irrefutável como o fez Rousseau (2003).

Não obstante, Häberle (2007) patrocina uma democracia do cidadão, muito mais próximo da ideia de direitos fundamentais, afastando-se da tendência autoritária de se imaginar um caráter absoluto a vontade geral do povo.

Neste sentido, a democracia é o domínio do cidadão, não do povo, no sentido de Rousseau (HÄBERLE, 2007, p. 13).

Cumprido esclarecer, o significado do caráter absoluto da vontade geral do povo.

Neste significado, a vontade geral é indestrutível, levando Rousseau (2003) defender a formação do Estado mediante um contrato de socialização denominado de contrato social. No entanto, para ser alcançado, é indispensável a ocorrência de três estágios, quais sejam, o estado da natureza, o estado de sociedade e finalmente o contrato social (ROUSSEAU, 2003, p. 145).

No estado da natureza, o homem equipara-se a um bom selvagem. Nestes termos, o homem origina-se bondoso por natureza. No entanto, a sociedade o perverte (ROUSSEAU, 1999).

No estado de sociedade, o Estado acha-se constituído. Sem embargo, inexistente igualdade material, principalmente em consequência das diferenças econômicas (ROUSSEAU, 1999, p. 100).

Por sua vez, a contrato social formulado por Rousseau (2003) consiste na última etapa da sociedade e é materializado nestas bases:

a) término da alienação, condição em que o indivíduo não é livre e não é igual entre os demais (ROUSSEAU, 2003, p. 79);

b) introdução de uma democracia direta, conjuntura em que todos os indivíduos compõem as leis. Todos eles constroem as leis e se subordinam as leis que criaram (ROUSSEAU, 2003, p. 123);

c) subordinação da vontade de todos pela vontade geral, consistindo o alvedrio geral no fazer aquilo que é certo (ROUSSEAU, 2003, p. 156, 157);

d) subsistência do legislador, retratado por uma pessoa iluminada, atuando como um instrutor dos demais (ROUSSEAU, 2003, p. 99, 100).

Não obstante, como o caminho do estado da sociedade para o contrato social exige uma certa dificuldade, torna-se indispensável a intermediação de uma ditadura nos moldes romanos (ROUSSEAU, 2003).

Como dito, Häberle (2007) expulsa a noção de povo de Rousseau (2003), embora abrace uma democracia cidadã, no qual, a Corte Constitucional executa um papel de mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional, mesmo que à realização do papel de mediação, indispensável dar vez e voz a todas as potências que compõem a sociedade.

Por isso, o descerramento do processo fundamenta-se em três causas principais: a) Pluralidade de participantes; b) Subsistência de intérpretes em potencial da Constituição; c) Existência de casos não judicializados.

Por esse ângulo, a diversidade da esfera pública sobrepujaria o texto constitucional, razão pela qual, a vontade geral não constitui parâmetro correto para transigir dos interesses heterogêneos, operando a Corte Constitucional uma atribuição de mediação. As liberdades fundamentais transformam-se em um ponto de referência para a Constituição democrática (HÄBERLE, 2007, p. 13).

Isso serve para comprovar que o pluralismo da sociedade contemporânea comanda uma abertura na interpretação constitucional, não podendo ela ficar fechada na Corte Constitucional, como advogava Hans Kelsen (2003) em seu célebre debate com Schmitt (2007), muito menos, restringida a figura do juiz filósofo Hércules de Ronald Dworkin (2017), centrado apenas em uma visão monológica.

Cabe salientar, Kelsen (2000, p. 105) ao se referir a um ponto de vista voluntarista de democracia. Tal pensamento baseia-se no relativismo, no sentido de que se o bem carece de objetividade, sendo relativo aos indivíduos, ele não pode constituir matéria de conhecimento, mas somente da vontade.

Nesse seguimento, ausentando-se da pressuposição de que as vontades são iguais, reclama-se um procedimento possibilitando a expressão da vontade do maior número de indivíduos sobre o que estes querem que seja considerado como justo.

Dessa maneira, nessa linha de argumentação, a democracia traduz-se em um método de tomada de decisão política, formado de procedimentos e regras, dentre as quais a principal é a regra da maioria (KELSEN, 2000).

Kelsen (2000) argumenta uma concepção procedimental de democracia, pelo que a democracia reproduz um método de criação da ordem social, não desfrutando nenhuma relação essencial com o conteúdo da ordem criada. Logo, o sistema democrático não se legitima pela verdade, mas pelo consenso. Todavia, não há uma elucidação de como se chegar ao consenso.

Como se pode ver, Häberle (2007) rechaça a vontade geral de Rousseau (2003) e a regra da maioria de Kelsen (2000) como razão para democracia do cidadão, cuja essência possui arrimo na liberdade fundamental do indivíduo, melhor dizendo, na noção de direitos como originadores da ordem jurídica.

Nestes termos, atualmente residimos “[...] em uma sociedade pluralista e hipercomplexa, de modo que não se pode correr o perigo de que toda composição do sentido das normas constitucionais, seja monopólio único e exclusivo de um órgão, no caso o Poder Judiciário” (HÄBERLE, 1997, p. 15).

Neste ponto em particular, aos parlamentares igualmente competiriam a incumbência de intérpretes da Constituição. Os legisladores constituem uma parte da esfera pública e da realidade da Constituição, posicionando acentos para posterior desenvolvimento de princípios, interpretando, modificando e revisando a Constituição (HÄBERLE, 2007, p. 9).

Nessa lógica, as audiências públicas aperfeiçoaram o modo de pensar as tensas relações entre o judiciário e a democracia, as modalidades de intervenção para proteção judicial dos direitos (BENEDETTI; SÁENZ, 2018, p. 103).

Da teoria constitucional, o nominado constitucionalismo dialógico tem concentrado a sua atenção ao fortalecimento dos laços entre constitucionalismo e a democracia (BENEDETTI; SÁENZ, 2018, p. 103).

De fato, há uma tensão relacionada a estes processos, “[...] principalmente ante a participação nula da sociedade e pelas poucas informações disponíveis para a cidadania” (BENEDETTI; SÁENZ, 2018, p. 103).

Diante desses problemas, “[...] o constitucionalista a favor do diálogo destaca uma série de arranjos e instrumentos institucionais dentro das estruturas constitucionais, que os abrem e tornar-se mais permeável às preocupações, interesses a participação dos cidadãos” (BENEDETTI; SÁENZ, 2018, p. 103).

Dentro desta série de ferramentas que compreendem “[...] a expansão das formas de acesso aos tribunais, a introdução de figura processual como o *amicus curiae*, que permite a participação de legítimo interessado em diferentes assuntos, assim como o mecanismo de diálogo entre poderes, como as audiências públicas” (BENEDETTI; SÁENZ, 2018, p. 103).

Dentro da perspectiva do constitucionalismo dialógico, a audiência pública é precisamente aquela que pode permitir a participação de diferentes afetados para tomar decisões, tornando-se “[...] o veículo para dar voz àqueles que geralmente são rebaixados no foro político; estabelecendo espaços para o diálogo público e a deliberação entre juízes e diferentes atores relevantes para resolver casos, fornecer transparência e publicidade às discussões” (BENEDETTI; SÁENZ, 2018, p. 104).

Nesse ponto, a premissa da abertura constitucional é mais bem-sucedida que “[...] o modelo contraditório, já que se concentra, na promoção do diálogo entre as partes interessadas como uma maneira de descobrir e fazer mais concretas as obrigações associadas à violação de direitos” (BENEDETTI; SÁENZ, 2018, p. 104).

Nessa lógica, os legitimados para abertura do processo hermenêutico, sobretudo, o público aparecem como uma das ferramentas chave para promoção das intervenções dialógicas que colocam em contato os diferentes atores envolvidos em casos complexos; tornam públicas ou geram informações relevantes para a decisão; e mantêm uma dinâmica de cooperação e não de confronto entre as partes (BENEDETTI; SÁENZ, 2018).

Tais atributos evidenciam a relevância do constitucionalismo dialógico como uma nova compreensão, o que, associada à reconstrução racional do direito pela integridade, exterioriza-se apta para sobrepujar a problemática da legislação ocasional, determinando, no entanto, como requisito para reação legislativa, a precedência de audiência pública obrigatória.

Pelas disposições legais aplicáveis à espécie, a audiência pública é uma faculdade do magistrado, designada quando do controle abstrato de norma, e utilizada face à insuficiência das informações existentes nos autos ou da necessidade de maiores esclarecimentos de matéria ou circunstância de fato (art. 9º, § 1º da Lei nº 9.868/99) (MENDES, 2012).

Nesse significado, destaca-se como parâmetro conceitual das audiências públicas, a tese da sociedade aberta de intérpretes da Constituição elaborada por Peter Häberle, cuja hipótese proporciona uma resposta para atualização da interpretação da constituição (MENDES, 2012, p. 255).

Como conseguimos constatar, a tese da sociedade aberta de intérpretes da Constituição não é praticada em sua plenitude pela legislação ordinária, dada a sua índole limitada ao controle de constitucionalidade em abstrato, e isso de configuração facultativa e não obrigatória, carecendo aperfeiçoamento democrático, como previsão obrigatória de audiência pública, como um freio e contrapeso a legislação ocasional, mediante Emenda a CRFB, de 1988.

Por esta perspectiva, a CRFB, de 1988, não representa o que o STF diz que ela é. Ao revés, a CRFB, de 1988, significa aquilo que o povo soberanamente, mediante seus órgãos permite dizer que ela seja (RAWLS, 1996).

Frise-se, o aprofundamento democrático manifesta-se pertinente com a instauração das audiências públicas obrigatórias, como uma condição de participação popular no controle da legislação ocasional.

Cabe destacar, as audiências públicas apresentam-se legalmente restritas à análise do fato legislativo conceituado por Mendes (2012, p. 263) como: “[...] fato real que tenha relevo para aplicação da norma [...]”.

Nesse sentido, o fato legislativo detém uma abrangência distinta da questão de fato, já que compreende os fatos históricos, os fatos atuais e os eventos futuros. Mendes (2012, 264) os conceitua da seguinte forma:

Enquanto os fatos históricos referem-se a análises de ‘fatos legislativos históricos’ que ensejaram determinadas decisões, a investigação sobre fatos legislativos atuais abrange um variado elenco de temas, que envolve não só o objetivo de determinadas organizações (partidos políticos cuja atividade seja censurada como possivelmente inconstitucional), a verificação de tratamento equiparatório ou desequiparatório (eventual violação ao princípio da igualdade), o exame de possível desigualdade eleitoral [...], como também a aferição dos efeitos radioativos de determinados medicamentos – que poderiam legitimar a sua prescrição apenas por médicos estabelecidos em hospitais e instituições de pesquisa –, a alteração de estruturas econômicas e sociais que poderiam levar ou consolidar um processo de inconstitucionalização de uma lei e as questões de caráter fundamental a respeito de concepções políticas, religiosas e filosóficas (criminalização do homossexualismo, descriminalização do aborto).

No entanto, a observação dos integrantes da realidade por parte do Congresso Nacional em sua legítima reação legislativa é obrigatória intermediação de audiência pública obrigatória,

sendo ela assentada na reconstrução racional do direito pela integridade, como correção da legislação ocasional.

Nestes termos, necessitaríamos do aprofundamento democrático, de modo a afastar-se da visão monológica, progredindo para um horizonte plural do constitucionalismo dialógico, englobando todas as forças políticas componentes da sociedade moderna.

Portanto, a audiência pública obrigatória retrata um novo freio e contrapeso, agora sob o viés popular, limitando o desempenho dos Poderes constituídos, particularmente, o Legislativo e o Judiciário, dando vez e voz aos excluídos do processo de controle de constitucionalidade e de legiferação.

Dito de outro modo, a visão reconstrutiva do direito opera como um antídoto ao novo realismo jurídico brasileiro, cujo pressuposto é a equiparação dos acórdãos do STF, ao próprio teor dos preceitos contidos na CRFB, de 1988. Inferindo concluir por um resultado que conduz à necessidade de um freio e contrapeso a legislação ocasional formada no STF, de modo, a estabelecer um verdadeiro constitucionalismo dialógico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, o Acórdão do STF não se assemelha à determinação coercitiva da CRFB, de 1988, tampouco patenteia-se praticável o emprego de argumento político remodelado em argumento de princípios, não constitui o Supremo Tribunal Federal, um legislador ocasional.

Cabe rememorar, objetiva a presente pesquisa esclarecer a revisão judicial praticada pelo STF conforme a possibilidade da atuação normativa pela legislação ocasional, mormente, pela análise da revisão judicial realizada pelo STF pela probabilidade de atuação normativa por legislação ocasional, destacando a intervenção do STF mediante a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.983, oriunda do Estado do Ceará e o Habeas Corpus (HC) nº 124. 306, advindo do Estado do Rio de Janeiro; pela exposição da integridade mediante o ponto de vista das correntes substancial e procedimental; pela identificação do parâmetro apropriado para o processo de tomada de decisão; assim como, pela análise dos resultados do uso da política como *standard* decisório.

Nesta sequência, formulou-se um problema científico atendendo o foco desta pesquisa, assim delineado: Por que nos casos difíceis os magistrados como legisladores ocasionais empregam o *standard* da política como parâmetro decisório?

Nestes termos, origina do parâmetro decisório empregue para corroborar o acórdão decretado pelo STF, se princípio ou política, compatibilidade ou incompatibilidade do *decisum* com a legitimidade do sistema jurídico com um todo, transgredindo a integridade do direito.

Dessarte, a atuação normativa mediante legislação ocasional consiste em prática perniciosa ao Estado Democrático de Direito, porquanto, há substituição da legalidade vigente, pelas concepções ideológicas do magistrado, fruto de suas convicções pessoais,

Tal modelo pragmático fundamentado na existência de áreas abertas do direito conduz à discricionariedade autorizadora dos magistrados como legisladores segundo o que, além de ser pressuposto inexistente, desconsidera a reconstrução racional do direito pela integridade, impeditiva da criação de direito novo, por parte dos magistrados.

Nesta senda, a hipótese para esta pesquisa resultou confirmada, isso porque, o STF como guardião da CRFB, de 1988, é responsável por sua revisão judicial, limitado pelo teor das disposições constitucionais, não poderia adotar o *standard* da política como parâmetro decisório, já que ele não é um legislador ocasional, mormente pelo enfoque da integridade do direito.

Dessarte, a integridade constitui método para reconstrução racional do direito restrigente da criatividade jurisdicional, que, casualmente superada, evidencia o uso da

argumentação política como alicerce do acórdão do STF, como roborado pelos precedentes examinados neste documento.

Nessa perspectiva, o acórdão, ao se auxiliar do parâmetro de controle decisório do princípio, perfilha um procedimento interpretativo e reconstrutivo do Direito, consentâneo com a integridade, tanto do ponto de vista substancial, como do ponto de vista procedimental.

Em contrapartida, o acórdão que se ampara no parâmetro decisório do argumento de política remodelado em argumento de princípios, a pretexto da preservação de direitos e garantias fundamentais, distorce a noção de integridade do direito, criando direito novo, pela perspectiva pragmática do melhor programa para o futuro da comunidade.

Por outro lado, o texto constitucional significa uma contingência necessária, no sentido de que todas as palavras exigem apreciação em seu sentido global, não tolerando mudanças, transformação ou alteração para se transformar em outra coisa, baseada na convicção pessoal, religiosa, profissional ou pragmática do magistrado.

Nesse sentido, o texto institui um limite no horizonte interpretativo, tornando-se indispensável a utilização do parâmetro da resposta correta, para discriminar o parâmetro decisório correto, se princípio ou política.

Por estas premissas, o STF resume-se à condição de fórum de princípios, no qual, a questão de moralidade pública vinculada à revisão judicial é tratada como questão de princípio, não se encontrando obrigada ao escrutínio do julgamento político do Tribunal, com o subterfúgio da leitura principiológica da CRFB, de 1988.

Por isso, a legislação ocasional infringe um limite substancial da interpretação, sucedendo a legalidade vigente, pelo senso de justiça do magistrado, ao inserir a política como parâmetro decisório.

Por derradeiro, a finalização deste documento demanda alteração legislativa mediante Proposta de Emenda Constitucional, tornando admissível a reação legislativa por intermédio de audiência pública obrigatória, no caso, do emprego de argumento de política remodelado em argumento de princípios, na direção divergente ao acórdão do Supremo Tribunal Federal, implantando um constitucionalismo dialógico, consoante confirma o Anexo 01, deste documento.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o Povo Soberano: Fundamentos de Direito Constitucional**. Tradução de Mauro Raposo de Mello; Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Transformações do Direito Constitucional: Nós, o Povo Soberano**. Tradução de Mauro Raposo de Mello; Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. **La Justicia Social em el Estado Liberal**. Tradução de Carlos Rosenkrantz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

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

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2018.

BENEDETTI, Miguel & SÁENZ, M. (2018). Decisión judicial y participación ciudadana: los impactos de las audiencias públicas en las sentencias de la Corte Suprema argentina = Judicial decision making and public participation: the impact of public hearings in the decisions of the Supreme Court of Argentina. **Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad**. 102. 10.20318/eunomia.2018.4343.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics**. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. A Filosofia Política do Reconhecimento. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

BODO, Pieroth e BERNHARD, Schlink. **Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2019 (Série IDP: Linha Direito Comparado).

BRASIL. Lei n.º 9.868, de 10/11/1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm. Acesso em: 13 set. 2019.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direitos Humanos**, São Paulo: LTr, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

CAPPELLETI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. **Necessidad y Legitimidad de la justicia constitucional**, em AA. VV, Tribunales Constitucionales Europeos y derechos fundamentales, ed. A cargo de L. Favoreau (y otros), trad. de L. Aguiar y M. G. Rubio, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/Constituicaoueuarecdidapessoaljneto.pdf>. Acesso em 16 dez. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

_____. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DIAS, Jean Carlos. **Teorias Contemporâneas do Direito e da Justiça**. Salvador. Editora JusPodivm, 2019.

FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**, 2 ed. 2001, St. Paul, MN: West Group.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 2. ed. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2013.

GREEN, Michael Steven. **Legal Realism as Theory of Law**. Willian & Mary Law Review, p. 1915-2000, n.º 46.2005.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1994.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

_____. Hermenêutica Constitucional. **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/download/2355/1208>. Acessado em: 4 set. 2019.

_____. Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição - Considerações do Ponto de Vista Nacional-Estatal Constitucional e Regional Europeu, Bem

como sobre o Desenvolvimento do Direito Internacional. **Revista de Direito Público**, Vol. 4, n.º 18, 2007. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1292/article/download/2355/1208>. Acesso em: 5 dez. 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**, Volume I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e democracia entre facticidade e validade**, Volume II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20ª Edição Alemão por Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLMES Jr., Oliver Wendell. **The Path of the Law**, Harvard Law Review. Vol. 10, 1897.

LOCKHART, William B; KAMISAR, Yale; CHOPER, Jesse H; SHIFFRIN, Steven H; FALLON JR, Richar H. **Constitutional Law: cases-comments-questions**. 18 ed. St. Paul, Minn: West Pub, 1996.

KANT, Emmanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1997.

_____. **Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito**. Tradução de Joãozinho Beckenkamp. 1 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **A Democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do direito*. 8 ed. 6 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

_____. **General Theory of Law and State**. Russell & Russell. New York, 1961.

KYMLICKA, Will, **Filosofia Política contemporânea: uma introdução**; tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do Direito Contemporâneo**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial. Brasília, vol. 1, n. 8, jan. 2000. **Revista Jurídica Virtual**. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br>. Acesso em: 5 set 2019.

_____. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO.** 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MILL, John Stuart, **Utilitarismo**, Tradução F. J. Azevedo Gonçalves, Gradiva.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; Sarmento, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

POSNER, Richard A. **How Judges Think**, Harvard University Press, Cambridge (Mass) y Londres, 2008.

_____. **Para Além do Direito.** Tradução Evandro Ferreira e Silva, 2009, São Paulo: Martins Fontes.

_____. The Problems of Jurisprudence. By Richard A. Posner. [Cambridge (Mass.) and London: Harvard University Press. 1990. xiv, 469 and (Index) 15pp. Hardback £23.00 net.]. *The Cambridge Law Journal*, 50(3), 517-519. doi:10.1017/S0008197300016214.

_____. **The problematics of moral and legal theory.** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002.

_____. **The Problematics of Moral and Legal Theory.** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

_____. **The Supreme Court 2004 Term – Foreword: A Political Court.** *Harvard Law Review*, v. 119, p. 31-102, 2005.

_____. **How judge think.** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

_____. **The role of the judge in the twenty - first century.** *Boston University Law Review*, v. 86, 2006.

RAWLS, John. **Political Liberalism.** New York: Columbia University Press, 1996.

ROUSSEAU, J. J., **Do Contrato Social**, Trad. Vicente Sabino Jr. São Paulo: CD - Livraria Editora e Distribuidora Ltda, 2003.

_____. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens.** Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1999.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 4983**, Relator: MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, Processo Eletrônico, DJE-087, Divulgação 26-04-2017, Publicação 27-04-2017.

_____. **HC n.º 124.306**, Relator p/o acórdão: LUIS ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2016, Processo Eletrônico, Disponível: em : <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345.pdf>. Acessado em: 30 jan. 2019.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial**. Tradutores: Manasses Teixeira Martins e Rafael Triginelli, Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

UNITED STATES OF AMERICA. **Supreme Court. Brown v. Board of Education**. Washington, 1954. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/98_Brown%20v%20Board%20of%20Education%20e%20Plessy%20v%20Ferguson.pdf. Acessado em: 30 jan. 2019.

_____. **Supreme Court. Tennesse Valley Authority v. Hiram G. Hill et al (1978)**. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/437/153.html>. Acessado em: 12 maio 2019.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2019.

APÊNDICES

APÊNDICE A - Proposta de Emenda Constitucional

Proposta de Emenda Constitucional

Acrescenta o artigo 102-A ao texto da Constituição da República Federativa do Brasil.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do artigo 60 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5/10/1988, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º - Acrescenta-se o artigo 102 - A ao texto da Constituição da República Federativa do Brasil:

“Art. 102 A - A decretação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal não vincula o Congresso Nacional, bem como, o Supremo Tribunal Federal.

§ 1º - A reação legislativa origina-se existindo legislação ocasional formada pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 2º - O procedimento da reação legislativa equivale ao mesmo da Emenda à Constituição Federal.

§ 3º - É requisito para reação legislativa a prévia e indispensável audiência pública”.

Art. 2º - Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília-BR, 15 de junho de 2020.