

O PARADIGMA RACIONALISTA NOS JULGAMENTOS DO STF, UMA REFUTAÇÃO A OVÍDIO BATISTA DA SILVA, TOMANDO COMO PANO DE FUNDO O PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN.

THE RATIONALIST PARADIGM IN DECISIONS OF SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AN ARGUMENT AGAINST A CRITIQUE OF OVÍDIO BATISTA DA SILVA TAKING ,AS BACKGROUND, THE THOUGHT OF RONALD DWORKIN.

Jean Carlos Dias¹

RESUMO: o presente ensaio examinará a crítica de Ovídio Batista da Silva a respeito de como os tribunais aderem ao paradigma racionalista utilizando métodos interpretativos no plano constitucional que em nada diferem da interpretação das outras modalidades normativas. Para refutar essa crítica será demonstrado que o Supremo Tribunal Federal faz uso de diversos métodos de interpretação e aplicação em especial na adoção de argumentos de princípios e de políticas conforme esses conceitos são propostos pela teoria de Ronald Dworkin. A análise demonstrará, portanto, que a Corte Suprema em vários casos tem decidido com base em padrões que não revelam a adesão ao paradigma racionalista nos termos propostos pelo autor gaúcho, mas em contrário, expressam um pluralismo interpretativo.

PALAVRAS CHAVE: Princípios; Políticas; Decisão Judicial; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: this paper intends to analyze the critique made by Ovídio Batista da Silva about how the courts and judges apply the rationalist paradigm in judicial reasoning when they are decision-makers. The Batista's thought suggests that judges and courts apply the same kind of law interpretation methods in constitutional and no-constitutional cases. To refuse the critique this paper explores how the Supremo Tribunal Federal applies the concepts of principles and policies according to the theory of Ronald Dworkin in some of judicial decisions, especially when the court decides with policies arguments. So, when our Supreme Court decides revealing many and different ways of interpretation, specially using policies arguments, it demonstrates a plural judicial practice and not a rationalist paradigm as Batista's thought suggests.

KEY-WORDS: Principles; Policies; Judicial decision; Supremo Tribunal Federal.

¹ Doutor em Direitos Fundamentais e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal do Pará – UFPa. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Unesa – RJ. Professor (graduação e pós-graduação) do Centro Universitário do Pará – CESUPA onde também coordena o Programa de Pós-graduação (lato e stricto sensu) em Direito. Professor Convidado da Escola da Magistratura do Estado do Pará, da Escola Judiciária do Trabalho – TRT 8ª Região, e da Escola Judicial do Amapá. Professor Convidado do Centro de Formação e Aperfeiçoamento Profissional do Ministério Público do Estado do Pará. Professor Convidado da Escola Superior de Advocacia do Estado do Pará e da Escola Superior da Advocacia do Estado do Amazonas. Professor convidado em diversos cursos de Pós-graduação mantidos por Instituições de Ensino sediadas em vários Estados da Federação entre elas, Universidade Federal da Bahia, Centro Universitário de Santa Catarina, Faculdade de Manaus e Universidade Federal do Pará. Autor de vários livros e artigos publicados nacionalmente. Advogado.

1. Introdução ao problema e análise de Ovídio Batista da Silva.

Ovídio Batista da Silva formulou uma crítica bastante contundente a respeito da adesão irrefletida ao paradigma racionalista no plano das decisões judiciais. Reflete que isso tem pelo menos uma implicação importante no papel das Supremas Cortes. A esse respeito expõe: “em que pesem certas opiniões que medram na jurisprudência, também as Cortes Supremas laboram sob os mesmos princípios, nada havendo que distinga a hermenêutica constitucional daquela exigida para a compreensão de uma norma infra-constitucional”².

A crítica poderá ser considerada consistente se demonstrado que o Supremo Tribunal Federal nunca leva em consideração aspectos outros que não derivados do normativismo estrito. De outro lado, se demonstrado que a nossa Corte usa como subsídios outros elementos para estruturação de suas decisões, poderíamos supor que a crítica erra o alvo.

Admitindo que o Supremo possa ter utilizado em alguns critérios de julgamento fundamentos que não são propriamente jurídicos, mas de outros matizes, ficaria evidente que o paradigma racionalista não encontra sua plena manifestação nos julgados da nossa Corte Constitucional.

Para a essa análise recorro a uma distinção feita por Dworkin entre princípios e políticas, na sua versão original, apenas para demonstrar que o STF tem em algumas situações feito recurso a julgamentos baseados em políticas e que isso implica na insubsistência da crítica de Ovídio Batista da Silva.

Penso ser possível demonstrar que nossa Corte Suprema, nos casos que examinarei, utilizou para o julgamento uma base de decisão que incorpora elementos que não podem ser considerados inequivocamente jurídicos.

² Silva, Ovídio Batista da. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense. 2004. P. 253

Buscarei a partir dessa situação refletir acerca da amplitude de justificação que pode ser adotada por uma decisão judicial com a finalidade de refletir acerca da possibilidade de se fixar um critério para categorizar os julgamentos que têm base política daqueles que têm base exclusivamente jurídica.

Para tanto vou examinar três casos que trataram da mesma matéria – imunidade de insumos para a publicação de livros, periódicos, etc., sendo que os argumentos neles utilizados tem base nitidamente distinta.

2. A apresentação dos casos.

O primeiro caso a ser examinado é o Recurso Extraordinário n. **202149 / RS** cujo relator foi o Ministro Menezes Direito.³

Esse Recurso Extraordinário tratou da questão referente à imunidade dos insumos utilizados na produção de livros, revistas e periódicos e foi provido tendo sido o Relator vencido.

Havia, basicamente, duas posições: a primeira defendia a interpretação extensiva da disposição constitucional em jogo com a finalidade de ampliar a imunidade do papel para impressão aos demais insumos necessários à produção de livros e etc; a segunda corrente assumia a interpretação restritiva com a finalidade de reconhecer a imunidade unicamente do papel para impressão.

Numa intervenção no julgamento, o Ministro Carlos Ayres Brito, justificou seu voto nos seguintes termos:

³ DJe-195, publicado em 11/10/2011, constando do ementário do STF no v.02605-01, p.00101.

“o espírito da Constituição é esse mesmo, é favorecedor da leitura de livros jornais e periódicos.(...) A imunidade deve ser interpretada de modo lato, porque favorecedor exatamente dessa leitura de livros, jornais e periódicos. É favorecedor sobretudo da leitura.”

Como se verifica o fundamento do voto é de que se deve dar imunidade ao demais insumos porque isso ajudaria a publicação de mais livros, revistas e jornais o que possibilitaria o aumento da leitura pela comunidade com os benefícios que disso se pode esperar.

Essa posição ratifica o argumento que já havia sido empregado no Recurso Extraordinário n. 174476-6-SP⁴, cujo Relator original foi o Ministro Mauricio Correa. Apesar do recurso não haver sido conhecido, o argumento do voto do Ministro Francisco Rezek interessa à presente análise:

“ Como mencionado no voto do Ministro relator, este é um dos países onde menos se publica e se lê no mundo de hoje. Este é sobretudo um país onde há um brutal contraste entre a modéstia do que se publica e do que se lê, e o fausto do Produto Interno Bruto, a excelência de diversos setores da economia seus valores no conjunto. Pergunto, assim, se faz sentido restringir o privilégio constitucional.

Penso que a tese que melhor condiz com a Carta da República, quando estatuí que escapam a esse tributo os livros, os jornais, os periódicos e o papel destinado à sua impressão, é aquela que não exclui (mesmo porque isso é pouca coisa dentro do conjunto) outros papéis consumidos também no processo produtivo.

Vou pedir vênias ao eminente relator – sobretudo extraído de seu voto aquela consideração oportuna que fez sobre nossa realidade social, sobre a pobreza relativa do nosso mercado editorial – para votar no sentido de prover o recurso extraordinário”

Merece destaque o fato de que essa posição recebeu a adesão de vários outros Ministros, nesse sentido o voto do Ministro Marco Aurélio:

⁴ Publicado no Diário de Justiça em 12/12/1997, p. 65580.

“ Aumentando-se a carga tributária somente uma pequena fatia do empresariado nacional poderá arcar com os custos de projetos jornalísticos de porte, o que resultaria na restrição, grosso modo, da produção de notícias. O povo não podendo suportar tal repasse, acabaria por colocar esse importante veículo de comunicação na lista dos bens supérfluos. O ciclo de elitização continuaria perverso: mais uma vez, só o mais abastados teriam acesso a essa espécie de informação.”

Também aqui o Eminentíssimo Ministro adota como argumento a idéia de que a imunidade deve ser reconhecida a fim de possibilitar uma melhor instrução das classes menos favorecidas.

Analisando o mesmo tema, extensão da imunidade no caso de livros, periódicos, etc. o Ministro Celso de Mello no RE 327417-SP, fundamentou o seu voto, nos seguintes termos:

“Não se pode desconhecer , dentro desse contexto, que as imunidades tributárias de natureza política destinam-se a conferir e a atribuir concreção a determinados direitos e garantias fundamentais reconhecidos e assegurados às pessoas e às instituições. Constituem, por isso mesmo, expressões que traduzem significativas garantias de ordem instrumental, vocacionadas na especificidade dos fins a que se dirigem, a proteger o exercício da liberdade de expressão intelectual e da liberdade de informação. “⁵

Diante disso, em um cotejo simples com os fundamentos entre os dois primeiros julgados e o último, todos referentes a uma mesma matéria, percebe-se que os argumentos são essencialmente distintos.

Os dois primeiros casos têm como base a idéia de que determinados fins devem ser obtidos pela decisão judicial e devem concorrer para a realização de determinados alvos

⁵ Julgado pela Segunda Turma, publicado no Diário de Justiça Eletrônico divulgado em 11/02/2010 e publicado 12/02/2010. A decisão consta do ementário do STF no v.2389-03, p.635.

sociais, na situação concreta, o aumento da leitura considerada como uma meta a ser perseguida.

O último caso, contudo, a questão foi posta, sobretudo como uma possível violação a princípios constitucionais revestidos da forma de direitos fundamentais.

Esse quadro comparativo, nos permite formular os seguintes questionamentos:

- a) É possível traçar uma linha diferencial entre políticas, princípios e regras?
- b) Qual a importância dos princípios no que concerne às decisões fundadas em matéria constitucional?
- c) Os argumentos destacados nas decisões sob análise estão calcados em princípios ou em políticas?
- d) Decisões fundadas em políticas geram algum comprometimento da democracia?
- e) As decisões políticas podem ser consideradas como integrando o paradigma racionalista nos termos expostos por Ovídio Batista da Silva?

3. Políticas, Princípios e Regras.

Dworkin concebeu uma influente teoria a respeito da categorização das normas jurídicas. Sua teoria foi estruturada como um ataque ao positivismo e especificamente quanto a concepção normativa formal construída com base nas idéias, autoridade e hierarquia.

Na formulação desse ataque Dworkin reconhece que existem normas – padrões de comportamento – que não são necessariamente revestidos da forma de uma regra de direito, notadamente no caso das políticas e princípios.

As políticas são padrões que estão comprometidos com determinados resultados do interesse da comunidade de onde se originam, nesse sentido, se apresentam como objetivos a ser alcançados pela personificação da comunidade – o Estado.

Exemplificando, Dworkin anota que correspondem geralmente a “ 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 deva ser protegido contra mudanças adversas)”. [DWORKIN, 2002, p. 37].

De pronto percebe-se que as políticas são dados que não comportam a possibilidade de processamento pelo sistema jurídico em função de sua imediata relação com o conflito social que é sua gênese, bem como revelam um compromisso com realização dos objetivos definidos pelas instituições de uma comunidade.

O outro padrão que não pode ser considerado como uma regra, são os princípios que, na visão do autor, devem ser observados não porque estão comprometidos com um determinado objetivo, mas porque são uma “ exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” [DWORKIN, 2002, P.36].

O próprio autor estabelece que essa distinção não é absolutamente segura à medida em que considerações quanto a sua natureza podem facilmente fazer ruir a distinção entre as políticas e os princípios.

De todo o modo, a preocupação nuclear é a de opor a categoria dos princípios à categoria das regras. Dworkin estabelece que o fator de distinção é de natureza lógica no sentido de que cada espécie fornece um tipo de orientação específica para uma situação que demanda decisão.

A orientação que as regras oferecem é de natureza excludente (ou nas palavras do autor, tudo-ou-nada) com isso quer dizer que, dadas as condições, as regras oferecem imediatamente uma solução que somente pode ser inteiramente acatada ou refutada, não comportando juízos parciais.

O conteúdo de uma regra pretende regular de forma completa a situação fática para a qual foi concebida, partindo, assim, de uma percepção de incidência mecânica entre o fato e a expectativa deontológica que ela incorpora.

Em sentido contrário, os princípios apresentam-se sob a forma de orientações do tipo “o melhor que se possa obter” não sendo assim suscetíveis de produzir imediatamente orientações do tipo tudo-ou-nada.

Além desse primeiro aspecto, as duas categorias divergem no que diz respeito à resolução de conflitos internos a cada categoria. Enquanto que o conflito entre regras será resolvido com a eliminação de uma delas, no caso dos princípios será necessário o recurso ao critério de relevância.

Pelo critério de relevância ou peso, admite-se que determinados princípios em um caso dado, podem ter mais importância que outros e por isso funcionar mais propriamente como base para uma decisão de “modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é” [DWORKIN, 2002, P. 43].

Observa-se, assim, que na teoria de Dworkin princípios e regras embora sejam veículos de normas, de padrões de conduta são essencialmente diferentes quanto à sua forma de produção e aplicação.

Isso leva a uma percepção importante de que se é legítimo associar o direito à normatividade, o direito engloba tanto as regras como os princípios.

Com relação às regras não parece haver dúvida que sua natureza as coloca como programas claramente integrantes do sistema jurídico, posto que seu modo de atuação e formação está em estrita consonância com a incidência do código específico.

É preciso, contudo, ter em vista que em algumas situações as questões postas sob exame são simples porque podem dizer respeito apenas à incidência de regras ou porque

não há divergência quanto a aplicação de um princípio, a esses podemos considerar - como Dworkin - casos fáceis.

No entanto, existem questões que não podem ser resolvidas pela simples aplicação de uma regra e que o recurso aos princípios é problemático porque não existe acordo acerca de qual princípio deva ser adotado porque não é clara a dimensão do peso, esses são os casos difíceis.

Observe-se, portanto, que para o autor existem aplicações de princípios aos casos difíceis que são mais acertadas que outras, ainda que o fator de reconhecimento seja pela plausibilidade argumentativa.

Essa idéia é refutada por Alexy [ALEXY, 1993, 82] que não admite a idéia de um escalonamento valorativo entre os princípios embora reconheça a existência da dimensão de peso, ele aborda essa noção criando uma qualificação: a ponderação é baseada no juízo de precedência condicionada, isto é, em caso de conflitos o peso dos princípios depende de uma série de condições postas e somente nesse caso pode-se afirmar a precedência (maior peso) de um sobre o outro.

Isso reflete na forma diferente que os princípios assumem o caráter *prima facie* no que diz respeito ao seu conteúdo valorativo. Isso quer dizer que as proposições que um princípio exterioriza não têm um conteúdo de alcance previamente definido, mas dependem de interação para tal delimitação.

Não parece haver, contudo, em Dworkin uma defesa em favor de uma hierarquização de princípios, mas apenas o reconhecimento de que determinadas teorias são mais convincentes que outras.

Ainda que respondendo a uma outra importante objeção, Dworkin a respeito do problema da dimensão do peso como regra de reconhecimento, argumenta que a dimensão do peso não determina um certo resultado (hierárquico) mas simplesmente aponta “ que é

possível fazer uma defesa persuasiva em apoio a uma teoria em vez de outra, a respeito de como devem decidir nos casos difíceis.” [DWORKIN, 2002, P. 96].

Assim, diante de um caso o juiz deve decidir conforme a teoria mais acertada ou mais persuasiva adotando a orientação que ela sugere, não havendo assim em Dworkin respaldo para juízos arbitrariamente discricionários no que diz respeito às bases das decisões judiciais.

Pois bem, em síntese, Dworkin argumenta que as normas são compostas de princípios e regras e que estas categorias não se confundem. Além disso, aponta que princípios e políticas são padrões diferentes das regras e entre si diferem pelo seu conteúdo, finalidade e modo de operação em relação ao Direito.

De uma leitura atenta dos argumentos contidos nos dois primeiros julgados apresentados parece evidente que há uma linha geral que os conecta: a idéia de que justificativas que têm relação com o interesse pelo bem da comunidade tem uma função persuasiva nos julgamentos.

Nos dois casos os argumentos que apontamos buscam justificar a decisão proferida com base em uma afirmação do que é mais interessante ou relevante para a sociedade. Os votos analisados assumem que um determinado objetivo social deve ser perseguido e por isso orientam suas conclusões para esse fim.

Ambos os casos exemplificam decisões ou propostas de decisões cujo cerne é ligado a uma visão de bem comum.

Nos casos que examinamos os argumentos contidos nos votos retratam exatamente a perspectiva de como deve ser nossa sociedade, recomendando um aumento da produção literária para viabilizar o incremento da leitura.

Esses casos tomam como base referencial exatamente a percepção do fenômeno social pelos juízos que são emitidos nas decisões, revelando um comprometimento com um projeto de bem da comunidade que se enquadra perfeitamente no conceito de política adotado por Dworkin.

As políticas na medida que altamente discricionárias são fatores que podem subsidiar indiretamente a compreensão da forma de ser de um Estado, mas não estão predispostas a funcionar como programas capazes de promover decisões judiciais. Tanto quanto isso os juízes não podem decidir acerca de políticas, a não ser que elas acabem inviabilizando princípios.

No segundo caso sob análise, o voto do Ministro Rezek aponta **“Vou pedir vênua ao eminente relator – sobretudo extraio de seu voto aquela consideração oportuna que fez sobre nossa realidade social, sobre a pobreza relativa do nosso mercado editorial – para votar no sentido de prover o recurso extraordinário[...]”**. Observa-se que a razão central pela qual decide acolher o recurso é sua visão do que é mais conveniente para a comunidade adotando claramente um inegável compromisso com uma meta de bem comum.

O Ministro decide acolher o recurso porque entende que esse é um modo eficaz de fomentar a atividade editorial e assim promover um aumento de leitura pelos cidadãos brasileiros. Tipicamente trata-se da construção de uma diretriz de natureza política do tipo claramente referido por Dworkin.

Em nenhum dos dois primeiros casos a decisão proferida foi pautada por alguma dimensão da moralidade ou pela construção de uma idéia de justiça ou equidade, sendo, impossível identificar qualquer princípio que tenha sido objetivamente invocado nos argumentos suscitados.

Os argumentos construídos não estão estruturados em função de um determinado conteúdo jurídico que esteja sendo defendido ou refutado.

Neles a questão central não parece ser a dimensão da imunidade e sua formatação constitucional nem tampouco a discussão quanto ao seu cerne moral ou mesmo o aspecto da

igualdade que ela revela. Discussões estas que poderiam ser tidas como relativas a princípios tal como entendidos por Dworkin.

Nesse sentido, em ambos os casos, os argumentos que destaquei não podem ser considerados propriamente como princípios, mas são visões de bem comum que se enquadram no conceito de políticas.

4. Princípios e Constituição.

Os princípios cada vez mais têm sido reconhecidos como o cerne do fundamento de normatividade e reserva de valor das Constituições, qualquer que seja o argumento que se invoque para explicar o fenômeno constitucional é comum a percepção de seu compromisso com a formação de orientações generalizantes capazes de estabelecer um modelo de organização de expectativas e comportamentos.

Não por acaso BONAVIDES afirma que “ A teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente, se converteu no coração das Constituições” [BONAVIDES, 2002, P. 253].

Nesse sentido a teoria dos princípios se tornou um aspecto central dos estudos constitucionais. A determinação dos princípios no texto constitucional estabelece um claro delimitado teórico do fundamento que pode ser invocado para uma decisão judicial baseada em dados jurídicos para solução de casos difíceis.

Esse dado é fundamental porque esclarece que decisões judiciais podem possuir vários níveis de fundamentação, mas determinadas bases argumentativas extrapolam o que pode ser referenciado pelo sistema jurídico, pelo menos quando tomada como base a teoria de Dworkin.

É de se refletir, porém, acerca das justificativas que esses princípios podem oferecer para uma decisão, sobretudo levando em consideração à necessidade de extração de sentido que caracteriza o processo interpretativo.

Isso é especialmente perceptível quando se tem sob observação o problema da mutabilidade do significado dos princípios, a esse respeito afirma-se “ Esta concretude axiológica é conferida à ordem jurídica justamente pelos princípios acolhidos pela Constituição, que apesar de não serem imutáveis – eis que moldados historicamente – atribuem uma certa objetividade ao sistema” [LEAL, 2003, P. 56].

A objetividade argumentativa que se pode extrair do texto da Constituição, contudo, não pode ser localizada em si mesma, é preciso ter em vista que a interpretação de um texto depende de princípios que não podem na maioria das vezes ser nele mesmo localizado.

Nesse sentido, um argumento com base constitucional vai recorrer inevitavelmente a fundamentos externos ao texto, como bem aponta Sunstein “ Its impossible to interpret any written text whithout resort to principles external to that text” [SUNSTEIN, 1994, 95]

Deste modo, o recurso aos princípios é fundamental para a extração de significado de um texto constitucional e somente eles (e não as políticas) podem oferecer esse referencial que denota a operação do sistema jurídico.

Para Sunstein os princípios que devem ser invocados para a interpretação são de duas categorias: semânticos e interpretativos.

Os princípios semânticos “ are those whose acceptance counts as part of what it means to speak the relevant language in a simple, dictionary sense” [SUNSTEIN, 1994, p. 101]. Desse modo, os princípios semânticos vão oferecer diretrizes de interpretação baseadas no sentido das palavras que compõe o texto.

A necessidade de supressão da indeterminação do sentido das palavras aponta para a conformação da atividade de interpretação como um meio de planejamento do resultado decisório à medida em que introduz o conflito semântico como um ambiente para discussão do sentido das disposições.

No campo do direito constitucional esse conflito planejado determina a adoção de formas de mediação que permitirão a supressão da indeterminação semântica.

A indeterminação, como aponta Colmella [COLMELLA, 1997, P.19] pode assumir duas formas: a ambigüidade, a vagueza e adoção de conceitos essencialmente indeterminados.

A ambigüidade ocorre quando são usadas no texto constitucional palavras que possuem mais de um significado do ponto de vista semântico ou estruturas sintáticas que podem criar multiplicidade de sentidos.

A vagueza resultante do emprego de palavras ou expressões que não denotam precisamente seu alcance. A vagueza por sua vez comportaria subdivisões em função do tipo de indeterminação que encerra. Seria gradiente a vagueza cuja proporção é indeterminada sendo, assim, um juízo de quantificação do conceito. Outra forma de vagueza é a combinatória quando as expressões tendem a um conceito que depende de definição. A terceira e ultima forma de vagueza diz respeito a textura aberta.

Outra forma de indeterminação decorre dos conceitos essencialmente controvertidos, onde a essência do conceito é debatida o que leva a formação de um juízo de valor acerca do seu significado.

Em todas essas situações o significado do texto em exame é externo a ele mesmo, por meio dessas técnicas de supressão de indeterminação – princípios de natureza semântica – procura-se definir o que deve ser entendido com as palavras utilizadas na disposição constitucional.

A segunda categoria de princípios interpretativos tal como exposto por Sunstein é a dos princípios substantivos.

Esses princípios para sua adoção não precisam de esclarecimento semântico por meio da definição das palavras ainda que através de técnicas de supressão de indeterminação de sentido, mas sim dependem de uma justificativa política.

Embora possa parecer que o autor defende uma análise do tipo político dos princípios substantivos adotando um código externo ao sistema jurídico o fato é que essa percepção inicial não parece sustentar-se.

O próprio autor estabelece que nos princípios substantivos a justificação “ política” faz-se necessária porque “ there is disagreement over the best way to make sense of the Constitution.” [SUNSTEIN, 1994, 102].

Nesse sentido qualquer que seja a proposição sempre será necessário estabelecer qual o fundamento jurídico que se pretende invocar com base para a posição estruturada, isso não quer dizer, porém, que essa base deva incluir argumentos de cunho estritamente vinculados ao sistema político.

A idéia de justificção política que o autor defende está estritamente relacionada a sua defesa da democracia deliberativa que por sua vez está assentada em quatro grandes fundamentos.

O primeiro princípio diz respeito a participação política, isto é, a forma pelo qual os cidadãos têm assegurada sua influência sobre os destinos da comunidade. A política é vista não somente como um meio de implementar preferências, mas sim de mediar as diversas perspectivas dos atores sociais, uma vez que a discordância e heterogeneidade são traços essenciais das sociedades modernas.

O segundo princípio diz respeito a cidadania que se apresenta como uma situação de não dependência do Estado como forma de assegurar uma real representatividade das forças sociais. Cidadãos dependentes não exercem em última instância suas prerrogativas políticas.

O terceiro é a existência de um compromisso social de igualdade onde os cidadãos que tenham por objetivo gerar o bem para o grande corpo de cidadãos, isto é, um ideal utópico de desenvolvimento social.

O quarto princípio diz respeito a igualdade política que está assentada para o autor em algumas premissas básicas, quais sejam: liberdade em condições desesperadoras, ou seja, o Estado deve assegurar ou não impedir a ação do cidadão quando colocado em situações extremas; oposição ao sistema de castas; regras de igualdade de oportunidade que busca criar condições mínimas de acesso a uma condição de vida digna onde a educação é um importante fator.

Para Sunstein qualquer princípio interpretativo deve levar em consideração o valor jurídico essencial que é a democracia deliberativa. Assim, quando um aplicador se depara com várias interpretações possíveis aquela que for mais conforme com o princípio geral da democracia deve ser aplicada.

Nesse sentido, os princípios semânticos e substantivos estão inclusos, sob uma ótica sistêmica, dentro do universo jurídico não promovendo sua adoção, como substrato decisório, a corrupção do sistema.

Esse parece ser o universo em que a terceira decisão se circunscreveu. A questão essencial do argumento é violação ao princípio revestido da forma de um direito fundamental e por isso, muito dificilmente poderíamos discordar que se trata mesmo de questões que se enquadrariam no julgamento com base em princípios nos termos apontados por Dworkin.

5. Decisões judiciais, políticas e democracia.

Resta saber se na teoria de Dworkin poder-se-á abrir espaço para uma decisão fundada em bases políticas que adotem visões de bem comum tais como os casos que estamos analisando.

Estabelecendo que as decisões jurídicas não devem ter fundamentos de outras espécies o autor ratifica: “ defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis como o as *Spartan Steel*, são e devem ser , de maneira característica, gerados por princípios e não por políticas.” [DWORKIN, 2002, P. 132].

Essa afirmativa parte do pressuposto que elementos de decisão jurídica, isto é, programas do sistema jurídico é que devem ser suscitados para a solução de casos difíceis sendo inadequado o recurso a dados de natureza política como subsídio para a decisão.

É importante destacar desde logo que para Dworkin o Tribunal a quem cabe tal tarefa “ deve tomar decisões de princípio não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem - estar geral” [DWORKIN, 2000, P.101]

Com isso parece evidente que decisões fundadas em padrões inerentes ao sistema político derivam de uma corrupção entre esses dois níveis de atuação estatal. O aspecto deontológico de todo argumento jurídico é incompatível com a perspectiva finalística que é da essência de uma política.

A razão para que os tribunais não devam fundamentar suas decisões em bases políticas também está assentada em outros argumentos.

Em que pese o papel da interpretação o fato é que, segundo Sunstein , os Tribunais apresentam sérias dificuldades para atuar de forma a reconhecer e decidir acerca de conflitos sociais. Os canais políticos apresentam-se mais sensíveis e mais efetivos à necessidade de reformas sociais ou manutenção do estado atual que o judiciário. [

SUNSTEIN, 1994, p. 142]. Obviamente porque afastado do ciclo eleitoral o Judiciário é naturalmente predisposto ao não processamento de demandas sociais e mesmo inviável a transformação dessas em programas de ações que possam resultar em objetivos alcançáveis. Além disso, os processos judiciais são extremamente inaptos à veiculação de demandas e pretensões de cunho político, sendo um ferramental inadequado para a produção de decisões comprometidas com as expectativas da comunidade.

Daí porque Sunstein reconhece que as decisões judiciais em casos difíceis no que dizem respeito a políticas, têm pouca ou nenhuma eficácia para alcançar os resultados que se poderia esperar. Analisando o caso *Brow v. Board of Education* o autor demonstra que dez anos após a famosa decisão somente 1,2% das crianças negras estavam estudando em escolas sem segregação racial [SUNSTEIN, 1994, P. 146]

A inadequação da decisão judicial (do ponto de vista da eficácia) para estabelecer que política deve ser adotada em um caso difícil recomenda que argumentos políticos devam ser evitados.

Em julgamentos do Supremo Tribunal Federal como o que apontamos percebe-se a subjacente intenção de colocar os argumentos políticos como dado importante e mesmo decisivo para justificar um determinado posicionamento.

Ora, do mesmo modo que em uma decisão explicitamente concernente à políticas aquelas que procuram mesclar argumentos jurídicos e políticos podem vir a padecer da eficácia que se possa esperar.

Nos dois primeiros casos, seria de se questionar se a restrição da imunidade efetivamente comprometeu o aumento da produção editorial.

Desse modo, parece haver também na análise dos argumentos que destacamos o fenômeno da falta de eficácia referida por Sunstein.

Ainda como análise a respeito das limitações das Cortes no que diz respeito das políticas, o autor aponta que as decisões judiciais enfrentam sérias dificuldades para promover a distribuição de bens de modo a promover reformas sociais. [SUNSTEIN, 1994, 148].

Isso ocorre porque tal distribuição depende de um plano de especialização que as Cortes não possuem. O aparelhamento técnico, estatístico, econômico e mesmo político são dificilmente manejáveis por Tribunais e isso pode levar a efeitos não esperados.

A distribuição de direitos à certos bens pode levar a enfraquecimento ou mesmo perdas de outros bens que não foram objeto de consideração por uma Corte, mas que necessariamente o seriam pelos poderes especializados.

Os Tribunais assim estariam numa “ *poor position to assess the relationship between that right and other desirable social goals*”[SUNSTEIN, 1994, P.149]. Desse modo dificilmente se poderia esperar uma devida apreciação entre os bens distribuídos e as conseqüências sociais.

Nesse campo examina as políticas afirmativas e conclui que o argumento democrático reage fortemente contra a intervenção judicial na formação de políticas públicas porque a busca pelos princípios básicos não produz justificativas absolutamente claras se isso não é histórico e textualmente exato.

Aponta o autor que “ Judicial foreclosure of political outcomes might well have corrosive effects on democratic processes” [SUNSTEIN, 1994, p. 142] reconhecendo assim que de certo modo o processo democrático depende da restrição funcional do Judiciário ao modelo constitucionalmente estabelecido.

Esse risco de decisões calcadas em fundamentos políticos decorre exatamente da possibilidade de perda da autonomia, como bem apontou Hamilton: “ o Judiciário está

continuamente ameaçado de ser dominado, intimidado ou influenciado pelos outros ramos” [HAMILTON, MADISON & JAY, 2003, 470]

Em outro sentido a corrupção do sistema jurídico por inoculação de fundamentos políticos para sua decisão importa na perda de democracia porque tais fundamentos são necessariamente comprometidos com o plano do bem-comum que apresenta sempre compromissos que não devem ser prioritariamente levados em consideração no momento da conformação e reconhecimento de direitos.

Canotilho a respeito pontua que “ o problema não reside em , através do controle constitucional, se fazer política, mas sim em apreciar, de acordo com os parâmetros jurídico-materiais da constituição, a constitucionalidade da política.” [CANOTILHO, 1999, P. 1224].

Deste modo não há proibição de que as decisões judiciais acabem gerando conseqüências políticas, mas o que não se pode admitir é que decisões jurídicas sejam baseadas em fundamentos políticos, deslocando as linhas de base de um sistema ao outro.

O problema da limitação à atuação decisória com base política tem sido objeto de reflexões que tomam por base a clássica separação de poderes, mas também tem sido objeto de incursões para além desse ponto.

Dworkin [DWORKIN, 2000, P.27] sugere que se pode construir dois argumentos fundados na separação entre os poderes para justificar a vedação a que tribunais produzam decisões de cunho político: o primeiro argumento é o de que legisladores têm melhores condições de definir direitos que os juízes em função de sua representatividade, isto é, da aptidão originária de incorporar as forças sociais que estão presentes na comunidade e que são reconhecidas através do processo eleitoral. Em sendo deste modo, à medida em que os parlamentares estão mais ligados ao corpo social seria de esperar que sua percepção fosse mais exata o que justificaria o impedimento da ação política dos juízes. O segundo argumento está baseado na idéia de que cabendo aos tribunais a definição dos direitos a lei

será cada vez mais desrespeitada e, tanto quanto isso, como os processos decisórios são diferentes do ponto de vista da estabilidade admitir a atividade de reconhecimento de direitos pelos tribunais significaria aumentar a instabilidade.

Embora tenha reconhecido o valor parcial desses argumentos a razão substancial com base na qual se pode afirmar que não devem existir julgamentos políticos é de outra natureza. Dworkin estabelece que o fundamento central para que se argumente contra a atividade decisória dos tribunais em questões políticas é de equidade.

Para o autor “ A democracia supõe igualdade de poder político, e se decisões políticas genuínas são tiradas do legislativo e entregues aos tribunais, então o poder político dos cidadãos individuais, que elegem legisladores mas não juízes é enfraquecido, o que é injusto.” [DWORKIN, 2000, P.30]

Não se trata de um juízo metafísico de justiça, mas sim da percepção de que a atividade política dos juízes acaba por gerar um comprometimento democrático relevante, ao ponto em que “ Se todo o poder político fosse transferido para os juízes, a democracia e a igualdade do poder político seriam destruídas.” [DWORKIN, 2000, P.30]

Como se vê o argumento essencial diz respeito ao fundamento democrático e mais propriamente a uma visão democrática baseada numa percepção de igualdade substancial que seria colocada em risco.

Desse modo, conforme o examinado pode-se observar que existem argumentos sólidos para sugerir que o Judiciário não deva proceder decisões de cunho político. Em outras palavras pode-se defender que existem fundamentos para buscar a incolumidade sistêmica.

Assim, sob uma ótica hermenêutica, existem argumentos bastante convincentes para sugerir que não devam ocorrer decisões judiciais acerca de políticas como também que

políticas não devem ser incorporadas como argumento central ou relevante na justificação de decisões dos tribunais e juízes.

Nos casos que examinamos percebe-se a abertura para a inclusão de argumentos que incorporam visões de bem-comum – políticas - como aspectos centrais ou mesmo relevantes na formação do convencimento dos magistrados.

Esses argumentos e modos de decidir apresentam os inconvenientes e riscos elencados por Sunstein, mas acima de tudo importam numa grave repercussão no campo da equidade.

Esse tipo de argumento pauta-se em um modo de operar antidemocrático porque transfere a apreciação do fenômeno social para o âmbito da atuação das Cortes excluindo o campo de atuação política representativa cujo foro próprio é o parlamento.

Desse modo, nos casos destacados não se trata da construção de uma tese jurídica ou mesmo da interpretação que se deve dar ao caso, mas de argumentos que programam um resultado que deveria ser buscado e atingido pela comunidade.

Aumento oferta de publicações e da leitura pública é tema que assume a feição de verdadeira meta social e para tanto exige um campo de debate que não pode ser restrito aos tribunais.

Transferir a apreciação dessas questões do parlamento para os tribunais significa exatamente impedir a participação democrática dos cidadãos em sua discussão por meio de seus representantes sendo inequivocamente lesiva à democracia.

Não se pode deixar de reconhecer que a igualdade de participação política fica comprometida quando o ambiente deliberativo dos parlamentos é alijado por meio da derivação das questões de alta indagação para o âmbito dos tribunais.

Nos tribunais pela própria limitação de sua atividade e dependência de instrumentos formais não se pode garantir a amplitude deliberativa de configuraria a igualdade como essencial à democracia.

Por isso também nesse sentido não se pode deixar de levar em conta esses aspectos.

6. A crítica de Ovídio é persuasiva?

Como demonstrei até o momento, existem argumentos convincentes para se rejeitar a inserção da agenda política de uma sociedade no plano Judiciário, sem que isso importe, porém, na impossibilidade de que decisões acerca dos direitos que as pessoas possuem acabem tendo repercussão no plano das políticas públicas especialmente quando se tem em vista a amplitude das demandas de cunho coletivo.

Os casos examinados, por outro lado, chamam a atenção pelo fato de que os argumentos destacados, sendo visões a respeito do bem comum e , portanto, do adequado padrão de vida a ser almejado não podem ser considerados como propriamente abrangidos pelo paradigma racionalista nos termos da crítica formulada por Ovídio.

Pelo contrário, revelam um comprometimento do Judiciário com a participação e produção de objetivos de natureza social que relevam um ativismo político consentâneo com as sociedades plurais e massificadas. Esse plano de justificação, posto que impregnado de uma compreensão substancial de bem comum, rejeita a racionalidade hermenêutica nos termos propostos por Dworkin e que podem ser considerados amplamente aceitos no que diz respeito aos limites das decisões em casos complexos.

Esse ativismo judicial desconectado dos princípios e dos meios hermenêuticos de sua produção, está, na verdade, atrelado a uma compreensão de mundo e de ser que revela não as temidas conexões com a moral, mas as desprezadas relações com a política.

O que está em crise, assim, não é o paradigma racionalista, mas sim a noção de racionalidade, que do cenário racionalista positivista avançou para o racionalismo substancial e hermenêutico de Dworkin e apresenta-se, ainda que de forma tímida e secundária, sob o viés de um substancialismo idealista, como nas decisões que analisei antes.

Nesse sentido, parece-me que essa crítica de que não há distinção entre o trabalho interpretativo na Corte Constitucional é amplamente injustificada. Existem distinções graves e muito bem marcadas, inclusive, possivelmente reprováveis como os argumentos de política que aqui descrevi e que são amplamente rejeitados pelos mais influentes pensadores contemporâneos.

7. Conclusão

A teoria de Dworkin estabelece uma linha distintiva clara entre os princípios, políticas e regras, sobretudo em razão de seu modo de incidência, de interação e de resolução no caso de conflitos.

Os princípios estabelecem o campo da ação interpretativa em casos de alta indagação e podem ser considerados como delimites na seleção e construção dos argumentos fundamentadores das decisões judiciais.

Os casos sob análise adotaram argumentos que não estão pautados em princípios, mas sim em políticas porque tomam como parâmetro um direcionamento teleológico incompatível com a formação de juízos de moralidade ou justiça próprios dos princípios e por isso podem ser considerados como representativos de decisões de cunho político que tem potencial para comprometimento da democracia posto que permitem a transferência de questões relevantes para os tribunais comprometendo a deliberação e participação dos cidadãos.

A existência desses casos, contudo, refutam a ideia de que as cortes constitucionais e, em especial, a brasileira, não tenham métodos essencialmente distintos de aplicação e interpretação do Direito e mesmo de inoculação de visões de bem comum que longe de estarem adstritas ao racionalismo, implicam em violações aos limites do que mesmo o racionalismo hermenêutico de Dworkin propõe.

Referências:

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997.

BERGEL, Jean- Louis. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros. 2002.

CANOTILHO, JJ GOMES. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina. 1998.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial. São Paulo: Max Limonad. 2002.

COLMELLA, Victor Ferreres. Justicia Constitucional y Democracia. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales. 1997.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. Uma Teoria do Discurso Constitucional. São Paulo: Landy. 2002.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

_____. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

_____. Uma questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

ELSTER, Jon & SLAGSTAD, Rune (org). Constitutionalism and Democracy. Cambridge: Cambridge University Press. 1997.

GRAU, Eros Roberto. Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros. 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

HAMILTON, Alexander, MADINSON, James e JAY, John. O Federalista. Campinas-SP: Russel. 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Processual da Decisão Jurídica. São Paulo: Landy. 2002

LEAL, Monia Clarissa Hennig. A Constituição como Principio. São Paulo: Manole. 2003.

LUHMAN, Niklas. Sociologia do Direito. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1983.

LUMIA, Giuseppe. Elementos de Teoria e Ideologia do Direito. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

SANCHEZ, Jose Acosta. Formacion della Constitucion y Jurisdicción Constitucional. Madri: Tecnos. 1988.

SILVA, Ovídio Batista da. Processo e Ideologia. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

SUNSTEIN, Cass. The Partial Constitution. Cambridge: Harvard University Press. 1994.

WALDRON, Jeremy. A Dignidade da Legislação. São Paulo: Martins Fontes. 2003.