

JUSTIÇA E DEMOCRACIA: POR UMA ECOVISÃO JUSPOLÍTICA DO CASO MENSALÃO (AÇÃO PENAL 470 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL)*

*JUSTICE AND DEMOCRACY: A ECOVISÃO JUSPOLÍTICA CASE MENSALÃO (CRIMINAL ACTION
470 THE FEDERAL SUPREME COURT)*

GUSTAVO RABAY GUERRA¹
HARRISON ALEXANDRE TARGINO²
BRUNO BASTOS DE OLIVEIRA³

RESUMO: EXAMINA O PROBLEMA DA CRESCENTE INTER-RELAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA, SOBRETUDO COM A EXPANSÃO CONCEITUAL DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO, COM DESTAQUE PARA O PAPEL CENTRAL DO PODER JUDICIÁRIO NA FIXAÇÃO DOS CONTEÚDOS DOS DIREITOS. NA PERCEPÇÃO DOS AUTORES, A ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DO JUÍZO DE PONDERAÇÃO, ENQUANTO TÉCNICAS E ELEMENTOS DE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL, TROUXE RISCOS SENSÍVEIS À DEMOCRACIA QUALIFICADA PELOS NECESSÁRIOS DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS, QUE ENCONTRAM SEU *LOCUS* IDEAL NO PARLAMENTO. AS EVIDÊNCIAS TEÓRICAS APONTADAS LEVAM A CRER QUE O DESENVOLVIMENTO DE TESES COMPLEXAS DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NÃO ELIMINOU O USO ABUSIVO DE ARGUMENTOS SOLIPSISTAS E DE ESTRUTURAS IDEOLÓGICAS CUJOS VALORES PREPONDERAM SOBRE O CONTEÚDO DAS NORMAS. A AÇÃO PENAL 470, JULGADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), É TOMADA COMO OBJETO DE ANÁLISE EMPÍRICA, NO SENTIDO DE POSSIBILITAR A COMPREENSÃO DOS ARGUMENTOS USADOS PELOS MINISTROS, CARREGADOS DE VALORAÇÕES SUBJETIVAS (MORALIDADE POLÍTICA), HIPOTETICAMENTE EM DETRIMENTO DA DOGMÁTICA PENAL E PROCESSUAL PENAL, ALÉM DA MUDANÇA DE HUMORES QUANTO À POLÍTICA CRIMINAL E À IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DA CORTE. O ESCOPO DO TRABALHO É APRESENTAR CONDIÇÕES E CONCEITOS OPERACIONAIS PARA O ESTUDO DESSA APROXIMAÇÃO ENTRE O JURÍDICO E O

* Os autores expressam os mais sinceros agradecimentos aos membros do Grupo de Pesquisa “Justiça e Política”, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, sobretudo pelas interações nas linhas de pesquisa “Constitucionalismo, democracia e ativismo jurídico” e “Direito, moral e política – das teses de argumentação à teoria da escolha racional”, sem as quais esse trabalho jamais teria se concretizado.

¹ Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Internacional da Paraíba (Rede Laureate). Advogado do Rabay, Bastos e Palitot Advogados Associados. *E-mail:* gustavorabay@gmail.com

² Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor Titular da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) e do UNIPÊ. Advogado do Cunha Lima e Targino Advogados. Foi Secretário de Educação do Estado, Procurador Geral do Estado, Secretário Estadual de Administração Penitenciária, Secretário Estadual de Segurança e Defesa Social, Juiz do TRE-PB, Vice-Presidente da OAB-PB, Diretor da Faculdade de Direito da UEPB, da Escola Judiciária Eleitoral do TRE-PB e da Escola da Magistratura do TJ-PB, dentre outras atividades. *E-mail:* harrisontargino@targinoepires.adv.br

³ Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Presidente da Comissão Estadual de Estudos Tributários - Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba. Diretor Acadêmico da Escola Superior da Advocacia (ESA-PB). Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Internacional da Paraíba - FPB. Professor, com atuação no Direito Constitucional, Direito do Econômico, Direito Tributário e Empresarial. Advogado do Rabay, Bastos e Palitot Advogados Associados. *E-mail:*

POLÍTICO, A PARTIR DE ALTERNATIVAS TEÓRICAS COMO A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA, A DOGMÁTICA HERMENÊUTICA REFLEXIVA E A ETNOMETODOLOGIA DOS DISCURSOS DE APLICAÇÃO QUE EMERGEM DO HISTÓRICO JULGAMENTO DO CASO MENSALÃO.

PALAVRAS-CHAVES: *DIREITO E POLÍTICA. TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CASO MENSALÃO.*

ABSTRACT: IT EXAMINES THE PROBLEM OF GROWING INTER-RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND POLICY, PARTICULARLY WITH THE CONCEPTUAL EXPANSION OF DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM, HIGHLIGHTING THE CENTRAL ROLE OF THE JUDICIARY IN SETTING THE RIGHT CONTENTS. IN THE VIEW OF THE AUTHORS, THE ADOPTION OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND THE WEIGHTING OF JUDGMENT, WHILE TECHNICAL AND CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS ELEMENTS, BROUGHT RISK-SENSITIVE QUALIFIED DEMOCRACY THE NECESSARY REASONABLE MORAL DISAGREEMENTS, WHICH FIND THEIR IDEAL LOCUS IN PARLIAMENT. THE THEORETICAL EVIDENCE PRESENTED SUGGEST THAT THE DEVELOPMENT OF COMPLEX THEORIES OF LEGAL INTERPRETATION DID NOT ELIMINATE THE ABUSE OF SOLIPSISTIC ARGUMENTS AND IDEOLOGICAL STRUCTURES WHOSE VALUES PREVAIL ON THE CONTENT OF STANDARDS. THE CRIMINAL ACTION 470, JUDGED BY THE FEDERAL SUPREME COURT (STF), IS TAKEN AS THE OBJECT OF ANALYSIS IN ORDER TO FACILITATE UNDERSTANDING OF THE ARGUMENTS USED BY MINISTERS, LADEN WITH SUBJECTIVE VALUATIONS (POLITICAL MORALITY), HYPOTHETICALLY AT THE EXPENSE OF CRIMINAL DOGMATIC AND CRIMINAL PROCEDURE, AS WELL AS CHANGING MOODS ON THE CRIMINAL POLICY AND CONSTITUTIONAL IDENTITY OF THE COURT. THE SCOPE OF WORK IS TO PRESENT CONDITIONS AND OPERATIONAL CONCEPTS FOR THE STUDY OF THIS APPROACH BETWEEN THE LEGAL AND THE POLITICAL, FROM THEORETICAL ALTERNATIVES TO THE THEORY OF LEGAL ARGUMENT, THE DOGMATIC REFLECTIVE HERMENEUTICS AND ETHNOMETHODOLOGY OF APPLICATION DISCOURSES THAT EMERGE FROM THE HISTORIC TRIAL CASE MENSALÃO.

KEYWORDS: *LAW AND POLICY. THEORY OF LEGAL ARGUMENT. CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS. FEDERAL COURT OF JUSTICE. IF MONTHLY ALLOWANCE.*

Sumário: 1 O problema: muito além da judicialização da política. 2 Do direito da política à política do direito. 3 O jurídico e o político na teoria constitucional. 4 Justiça constitucional e democracia: o valor de poder discordar. 5 O supremo tribunal federal e a ação penal 470: protagonismo político do judiciário? 6 Um pouco de argumentação jurídica e hermenêutica reflexiva: percepções etnometodológicas do comportamento judicial e outras alternativas de investigação.

1 O PROBLEMA: MUITO ALÉM DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A interface direito, moral e política é multiforme e inesgotável. Desde a concepção da produção normativa até sua aplicação concreta, o fenômeno jurídico é, essencialmente, uma forma de atividade ética. Como ação coletiva, o Direito radica em um sistema intrinsecamente realizável dentro do processo decisório fundamental do Estado.

Consubstancia o constitucionalismo democrático, movimento insuperável de afirmação da gramática dos direitos, das liberdades fundamentais e de uma moralidade

que aspira justiça, com dimensão política comunicativa, que submete todos a um estado de coisas justificado na sua premissa básica: o poder autolimitado. Essa é a perspectiva defendida por Hans-Peter Schneider, para quem a “Constituição é direito político: *do, sobre e para* o político”.⁴ Nesse sentido, preciosa a fala de Menelick de Carvalho Netto:

A Constituição canaliza e viabiliza a democracia, mas se se espera que ela, unicamente por suas normas, possa substituir, apenas a título de exemplo, o tratamento político dos problemas políticos e o cuidado econômico das questões econômicas por imperativos constitucionais cogentes que dispensem o jogo democrático e a condução concreta de políticas econômicas e sociais, terminar-se-á por pagar o preço do incremento da desestima constitucional a corroer toda a sua potencial força normativa e a gerar a ineficácia de suas normas, produzindo, na prática, efeitos opostos aos almejados.⁵

Nos desvãos da modernidade ocidental, a criação do Direito e sua deliberação judicial ocupam a centralidade das mediações institucionais que conduzem a uma configuração política que precipita a tomada de escolhas públicas por parte das mais diversas instâncias governamentais.⁶

Seu campo de luta é, por excelência, a política, que na pós-modernidade abandonou estruturas de classes, transfigurou-se em uma complexa receita de imprevisíveis disputas ideológicas de moralidade⁷. Em face de aceleradas resignificações da organização de uma sociedade, é preciso se indagar permanentemente sobre as relações entre as instituições jurídicas e os demais agentes públicos, extraindo dessa preocupação padrões relevantes de compreensividade do cenário político-institucional.

Afinal, como se comporta o Judiciário face às pressões das outras funções estatais, bem assim, como o discurso jurídico se acomoda em relação aos alinhamentos institucionais do poder? As bases compreensivas dessa relação entre direito e política são tão amplas quanto necessárias no atual quadro de discussões acerca da democratização das instâncias judiciais.

⁴ SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 35-37; e 43.

⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. Reflexões sobre a relação entre constituição, povo e estado a partir da discussão de uma constituição para a Europa. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, a. 1, n. 2, p. , jan.-dez. 2004, p. 282.

⁶ MONTEIRO, Jorge Vianna. Intermediação Política, Revisão Judicial e atendimentos preferenciais. *Revista Brasileira de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v. 40, p. 741-750, jul.-ago. 2006.

⁷ HELLER, Agnes; e FEHÉR. *A condição política pós-moderna*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

Em novembro de 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela extradição de Cesare Battisti ao governo da Itália, considerando que os crimes a ele imputados não tiveram conotação política, nem estariam prescritos (Extradição 1085). Porém, para surpresa dos observadores, o STF sedimentou entendimento de que a última palavra sobre a entrega ou não do italiano caberia ao presidente da República.

Ocorre que o julgamento se instalou após a concessão pelo Executivo de refúgio político ao extraditando. Ou seja, o STF infirmara o ato concessivo do Presidente, e, no mesmo plano discursivo, elaborou entendimento de que o Chefe do Executivo não estaria obrigado a cumprir a decisão, restando em suas mãos poder discricionário bastante para dar a última palavra, como Chefe de Estado. Ao tempo em que a maioria apertada dos ministros do STF entendeu que o papel do Judiciário não é de mero exame da legalidade intrínseca do ato do Poder Executivo, igualmente as opiniões se dividiram a respeito da supremacia judicial.

A politização do Poder Judiciário, a judicialização da política, o ativismo judicial e, em especial, no que toca ao desenvolvimento e efetivação de direitos consagrados na Constituição, são temas centrais na atual conjuntura de consolidação do projeto democrático deflagrado nas duas últimas décadas, após o movimento pendular de avanços e retrocessos no qual emergira a República no complexo momento histórico que atravessou os Séculos XIX e XX. Viveu-se 200 (duzentos) anos em 20 (vinte), com conturbadas transformações político-ideológicas do Estado, no qual o Poder Judiciário vem ocupando espaços inéditos nessa arena.

Nesse sentido, será adotado como premissa geral do trabalho a problematização da chamada *judicialização da sociedade e da política*, que tem dois sentidos básicos: (i) o excessivo recurso aos procedimentos jurídicos para a solução dos impasses de uma sociedade complexa e fragmentária; e (ii) a politização do sistema de Justiça ou ativismo jurídico-político, em que os membros das diversas instituições (magistratura, Ministério Público, Defensoria Pública, Tribunais de Contas etc), passam a intervir de maneira mais agressiva na discussão e implementação de diversos interesses da sociedade, sobremaneira aqueles que passaram a largo da atuação parlamentar e do Executivo.

Com o escopo de discutir alguns aspectos dessa intrincada relação entre *direito e política*, buscar-se-á adotar algumas premissas teóricas e bases empíricas atuais, adotando-se como paradigma analítico a Ação Penal 470, julgada pelo Supremo

Tribunal Federal brasileiro. Deve-se compreender esse trabalho como introdução para pesquisas vindouras. O que se pretende, em verdade, é externar a percepção de um fértil campo de investigação para questões relacionadas a ténue linha que separam fenômenos complexos.

2 DO DIREITO DA POLÍTICA À POLÍTICA DO DIREITO

As questões que envolvem *direito e política* nascem dos próprios conceitos que assinalam essas zonas de atividade humana, sendo possível, como propõe Dimitri Dimoulis, reconhecer a possibilidade de existência de feixes próprios de interação entre os dois sistemas a partir de um vínculo democrático: há, em um sentido, a *política do Direito*, calcada no substrato das decisões tomadas para a criação ou produção da estrutura normativa do Estado, assim entendidas como as razões fundantes de uma disciplina jurídica reflexiva da estrutura pública, ou seja, a arte legislativa, em que as escolhas públicas elegem diretrizes para o funcionamento das instituições.⁸

No caminho inverso, o *direito da política*, conjunto de decisões políticas fundamentais disciplinadas em normas jurídicas, em especial as que tipicamente povoam uma Constituição, porquanto documento político de conformação da atividade do Estado, bem assim, aquelas que tratam especificamente as questões da atividade política, como as normas constitucionais que definem o sistema eleitoral e o funcionamento das instituições democráticas, desde o voto até os mecanismos de controle da atividade pública (*ação popular, investigação judicial eleitoral* etc.).

Tanto em um sentido como no outro, há a preocupação em se dotar a estrutura do direito de possibilidades de controle da atividade política, assim como essa funciona como limite expresso dos conteúdos normativos adotados. É possível assentir que a dinâmica política das normas jurídicas e a dinâmica jurídica da vida política são, assim, interdependentes.

Encontra-se na obra de Osvaldo Ferreira de Melo, algumas questões fundamentais acerca dessa relação. Compaginando elementos discursivos das teorias de Hans Kelsen, Alf Ross e Miguel Reale, o autor lembra que subestimar as preferências políticas existente no ato de produzir o direito é ignorar a própria função do direito

⁸ DIMOULIS, Dimitri. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 124.

enquanto disciplina imediata das interações humanas, donde se extrai o sentido básico de qualquer atividade política: sedimentar escolhas que agreguem o melhor resultado para todos os cidadãos.⁹

No sentir do autor, para o adequado dimensionamento da política jurídica, deve-se prezar pela instituição de um modelo ideológico que valorize os movimentos sociais em todo o ambiente de pré-produção normativa, bem como reconhecer, para fins de análise e deliberação, o Direito como técnica de controle.

Não é possível perder de vista que uma concepção normativa de *política* radica nessa mesma premissa: o exercício inclusivo de todos os cidadãos, que a exercem, enquanto interessados na condição plena da cidadania, que é a satisfação digna necessidades humanas, por meio de políticas e estratégias¹⁰.

Nessa dimensão, o termo *politics* identifica-se, portanto, com essa acepção de estratégias dirigidas que resultam da competição entre diferentes grupos de pressão, que exercerão argumentos próprios e, naturalmente, antagônicos para defender sua própria concepção de dignidade política.

Quando as posições legítimas são usurpadas em nome de interesses paroquiais e que não interessam a um sentido global de cidadania, há o desvirtuamento do sentido normativo do mundo político, e o que deveria ser uma estrutura de conhecimento e prática social passa, então, a ser um limitado bojo de interesses internos e pessoais.

Nessa pontuação em que o Direito e a Política convergem, tendo como elo de ligação o ideário do constitucionalismo, bem esclarecem Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti: “Os movimentos constitucionalistas e a ideia mesma de Constituição, no sentido moderno, pressupõem a diluição da unidade e da organicidade típicas das sociedades tradicionais, ou seja, a invenção do indivíduo, da sociedade civil, o pluralismo religioso, político e social, a tensão socialmente constitutiva entre o eu e o outro”.¹¹

Se faz necessário reconhecer que o papel de cada ator social na luta social incessante que, dia após dia, é ressignificada na medida em que os desafios são

⁹ MELO, Osvaldo Ferreira. Fundamentos da Política Jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris/CPGD-UFSC, 1994, p. 30.

¹⁰ Cf. BALANDIER, Georges. Antropology Politique. Paris: PUF, 1967.

¹¹ CARVALHO NETTO, Menelick de; e SCOTTI, Guilherme. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 135.

historicamente postos e o tempo presente lhes potencializa pela falta de referência absoluta. Quem é quem na dinâmica da política e nos desvãos sociais?

O resgate do sentido legítimo de política depende, inexoravelmente, de uma articulação permanente entre a cidadania e a democracia. É com a instituição de políticas legislativas, abertas ao debate público, e de estruturas normativas que permitam a participação dos cidadãos, que a luta social pode ser travada. Nesse ponto, o jurídico e o político devem convergir.¹² A “prática da política (e do Direito)”, segundo Groth, “sempre se direcionaram à realização de valores, tentando melhorar a condição da comunidade (ou, pelo menos, assegurar que ela não piorasse)”.¹³

3 O JURÍDICO E O POLÍTICO NA TEORIA CONSTITUCIONAL

Na teoria constitucional moderna, a relação entre o jurídico e o político é bem marcada com a doutrina do abade francês Emmanuel-Joseph Sièyes, que marca o surgimento do conceito de *poder constituinte*. Panfletando seu ideário repercussivo na Revolução Francesa, sobre o “3º Estado” (*Qu’est-ce que le tiers État?*), seu principal objetivo era substituir o dogma de obediência às leis com base na vontade divina, portanto, de natureza teocrática, por um dogma terreno, no qual a obediência estaria calcada na vontade da nação, expressão do *poder constituinte*.¹⁴

De tal sorte, Sièyes afirmava que o objetivo da Assembleia político-representativa de uma nação – corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura – não pode ser outro senão o resultado da deliberação tomada pelo povo, enquanto substrato da própria nação. Assim, é o povo que detém a titularidade do *poder constituinte*, podendo esse ser exercido por seus representantes, sem, contudo, frustrar a vontade geral (*volonté générale*); a “nação existe antes de tudo – é a origem de tudo. Sua vontade é invariavelmente legal – é a própria lei”.¹⁵

¹² LOPES, Júlio Aurélio Vianna. A invasão do direito: a expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 9.

¹³ GROTH, Terrie Ralph. A democracia como problema do direito. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 13, p. 77-94, 2006, p. 78.

¹⁴ Cf. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A Constituinte burguesa. [O que é o Terceiro Estado?]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

¹⁵ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A Constituinte burguesa. [O que é o Terceiro Estado?]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988, p. 117-118.

Com a sedimentação da doutrina de um ato originário de manifestação da vontade constitucional, é clássica a doutrina relativa às propriedades políticas do ordenamento jurídico. Ainda em 1862, Ferdinand Lassale profere, em Berlim, sua conferência sobre a essência da Constituição. Sob direta influência de Marx, Lassale considera que, longe de serem típicas questões jurídicas, as normas constitucionais são, na verdade, de índole política, uma vez que a constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes, sejam elas de ordem militar ou sócio-econômica.¹⁶

Lassale afirma que tais relações de poder constituem os chamados *fatores reais do poder*, que consubstanciam a *constituição real*. Uma constituição escrita, se identificada em dessincronia com a realidade social não é nada mais que uma *folha de papel* (“*Stück Papier*”) e que sucumbirá sempre à *real condição constitucional*¹⁷.

Trata-se de uma visão reducionista, pois, se é fato indiscutível que a realidade social influi sobre o direito, por outro lado o jurídico também influi e condiciona a realidade social, operando comandos normativos com força de concretização plena em situações específicas, como aduz Konrad Hesse, em sua defesa sobre a *força normativa da constituição*. Revisitando a obra de Lassale, Hesse diz que, ao reconhecer a *vontade constitucional* de uma nação, é exigível ao Estado dotar a ordem jurídica de mecanismos que assegurem concreta aplicação dos preceitos constitucionais.¹⁸

O contraponto de Hesse não contraria o pensamento de Lassale. No diálogo entre os dois constitucionalistas, podemos extrair que a constituição não configura apenas a expressão do modo de *ser* do Estado, mas também um *dever ser* dirigido à sociedade como um todo. Ao lado da força condicionante da realidade, encontramos a normatividade da constituição. A “Constituição real” e a “Constituição jurídica”

¹⁶ LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição? 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 110.

¹⁷ Textualmente: “Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: ‘Esta árvore é uma figueira’. Bastará esse papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era e, quando desse fruto, estes destruiriam a fábula, produzindo maçãs e não figos. O mesmo acontece com as Constituições. De nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder”. (LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição? 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 110).

¹⁸ Cf. HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

condicionam-se mutuamente, mas não guardam relação de dependência uma com relação a outra.¹⁹

Carl Schmitt radicalizou a concepção estritamente política ou decisionista de um ordenamento constitucional, ao afirmar que esse não é outra coisa senão uma decisão política fundamental, porquanto o poder constituinte se consubstancia na “vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre modo e forma da própria existência política, determinando, assim, a existência da unidade política como um todo”²⁰.

Essa leitura ficou bem remarcada na obra *Teoria da Constituição* (“*Verfassungslehre*”), de 1928, em que Schmitt restringe todo o substrato da ordem jurídica no sentido “positivo” de constituição, cuja característica mais acentuada seria o reconhecimento de que essa emerge do poder constituinte como uma decisão. Assim, a constituição tem “a determinação consciente da concreta forma de conjunto pela qual se pronuncia ou decide a unidade política”, sendo assim substancialmente uma decisão política do titular do poder constituinte.²¹

Toda a teoria constitucional de Schmitt repousa nesses signos de “ordem total”, “ordem concreta”, “direito-situação”, “constituição-decisão”, como forma de dar suporte à ideologia nacional-socialista do nazismo.²² O Estado não detém mais o monopólio político, ele é “apenas um órgão do líder comandante [Führer] do movimento”, como aduz o próprio Schmitt, em seu trabalho “*Sobre os três tipos do pensamento jurídico*”, apresentado no Brasil por Macedo Júnior.²³

Schmitt não se preocupa com o teor dessa decisão política, a valoração desse conteúdo jusfundamental; o “que interessa é se as normas infraconstitucionais são compatíveis com a decisão política tomada pela Constituição” (Agra, 2007, p. 33). Em uma das suas principais obras, “*O Guardião da Constituição*” (1931), versão ampliada do ensaio publicado originalmente em 1929, sob o título de “*Das Reichgerichts als Hüter de Verfassung*”, Schmitt promove ferrenha crítica ao modelo de jurisdição

¹⁹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991; e COELHO, Inocêncio Mártires. *Konrad Hesse x Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 35, n. 138, 1998.

²⁰ SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 94.

²¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1996, p. 24-28.

²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 154.

²³ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 216.

constitucional. Em sua concepção somente o presidente do Reich poderia desempenhar a guarda da Constituição, pois ele é o “escolhido do povo”, representante autêntico da unidade da autoridade política que a Constituição materializa, tal qual estatui o art. 48 da Constituição de Weimar (Schmitt, 1983, p. 83).

Para Kelsen (2003a, p. 150), não pode prescindir da Justiça Constitucional, porquanto força orgânica do Estado, que radica no Tribunal cuja função eminentemente jurisdicional resulta no controle jurídico dos atos políticos, “vez que nos casos mais importantes de transgressão da Constituição, o parlamento e o governo passam a ser partes litigantes, recomenda-se apelar para uma terceira instância para decidir o conflito”. Essa, a resposta kelseniana à provocação de Schmitt, no ensaio denominado “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (“*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*”), também em 1931.

Fixou-se, assim, aberta discussão sobre a abissal extensão entre o controle político e a fiscalização da legalidade por parte de diferentes segmentos do Estado, se tratando de velada guerra de pretensões de legitimação da atividade desempenhada por agentes políticos diante do horizonte das democracias constitucionais que ainda lutavam para se instalar na Europa.

No entanto, é com a doutrina norte-americana de *revisão judicial* (“*judicial review*”) que as condições convencionais entre a política e o direito ganham contornos explícitos no jogo constitucional, sendo imprescindível assinalar, ainda que brevemente, alguns aspectos desse paradigma.

Como elucida Carvalho (2007, p. 163), o grupo idealizador de *O federalista*²⁴ foi responsável pela “filtragem, diminuição ou repartição do poder do parlamento norte-americano”, sob o pretexto de se conscientizar a população sobre a necessidade de assegurar governabilidade no plano federal, assacando os fundamentos doutrinários que permitiram a identificação do Judiciário como uma instância independente de julgamento das demais funções do Estado.

Na sua famosa argumentação, constante do *Federalist n. 78*, Alexander Hamilton, sentenciou que o “Judiciário será sempre a instância mais segura para os

²⁴ Tal como se proclamaram James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, ao publicarem, sob o pseudônimo “*Publius*”, seu conjunto de célebres ensaios, no *Independent Journal*, de Nova Iorque, a partir de outubro de 1787, ou seja, no exato momento em que a Constituição estadunidense era firmada (Hamilton, Madison e Jay, 2003).

direitos políticos da Constituição”²⁵, na medida em que é desprovido de poder de jugo sobre a sociedade e não possui controle das finanças públicas. Daí a proposta de Hamilton de atribuir à Suprema Corte a independência para dar a palavra final sobre o alcance do texto da Constituição, sobretudo porque tal independência decorre da vitaliciedade dos mandatos dos juizes da Suprema Corte (*O Federalista*, 2003: 457-463).

A deliberação judicial, portanto, assegura um novo espaço de controle da realidade política, encerrando complexidade à atividade de defesa ideológica de interesses de grupos, cuja força se conforma na manifestação da vontade majoritária. Assim, Whalbeck (1997, p. 779-783) entende que *política judicial* se faz necessária a uma concepção dinâmica das normas, impulsionando mudanças nos demais segmentos institucionais, na medida em que o Sistema de Justiça incorpora responsabilidades e se encarrega de traçar o desenho preliminar de novas interpretações a serem tomadas. O jogo institucional do poder passou a contar com esse complexo e substancial elemento de forma mais sensível.

Com respeito à expansão global do Poder Judiciário, devemos indagar a pertinência do alerta de Habermas, de que a Justiça Constitucional “não pode assumir o papel de um regente que toma o lugar de um sucessor menor de idade ao trono (...), no melhor dos casos, o papel de tutor” (Habermas, 1997, 1, p. 347).

4 JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: O VALOR DE PODER DISCORDAR

Indagação de grande complexidade é expandida nessa direção: sendo o Poder Judiciário a instância máxima de controle da Constituição, qual o custo para a democracia e para a estabilidade institucional do Estado? Como dotar a Justiça Constitucional dessa força pungente de ser o último flanco aberto para a deliberação das verdades técnicas que deverão prevalecer para o coletivo, mesmo quando em flagrante oposição às posições políticas da maioria? Dito de outra forma: a judicatura sempre será, de fato, a instância “menos perigosa”?

²⁵ Literalmente: (...) “the judiciary will always be the least dangerous of the political rights to the Constitution”. No mesmo sentido, Barroso (2010), reflete que “tribunais não têm tropas nem a chave do cofre”, explicitando a lição de Shannon Roesler: (...) “tribunais não possuem as garantias convencionais do poder, vale dizer, dinheiro e poder militar”.

No intento de aproximar o estudo da relação entre política e direito com o objeto central desse trabalho, é visivelmente franco à investigação o enfoque acerca da *separação das funções do Estado*, mas não se pretende fazê-lo aqui, optando-se, metodologicamente, por uma delimitação negativa do tema, remetendo, ainda, para outros trabalhos mais influentes como os de Piçarra (1989); Cittadino (2002); e Adeodato, Guerra Filho e Sarlet (2009).

Um das hipóteses que se desenha na presente análise é a confusão conceitual entre as funções democráticas do Direito e da Constituição – e assim, também, como próprio paradigma do Estado –, resultante de todo frenesi que vem sendo identificado como “neoconstitucionalismo”²⁶, caracterizado em geral pela euforia em torno da “força normativa da Constituição”, do exagero em torno dos princípios constitucionais²⁷ e, ainda, da radicalização do discurso dos direitos fundamentais, tábua de salvação para todas as controvérsias sociais. Por essa confusão, é comum se ver a Constituição ser jogada contra ela mesma, direitos legítimos tendo seu conteúdo “esvaziado”, por estarem em “conflito” com outros direitos igualmente legítimos. Esse é o maior perigo que o Poder Judiciário apresenta.

Sem uma perspectiva avançada de deliberação pública, em meio às disputas interpretativas a respeito da aplicabilidade dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a empregar marcos teóricos sofisticados, mas pouco reflexivos, para permitir-lhe o emprego desmedido do *princípio da proporcionalidade*, de modo que os casos difíceis passam a ser solucionados na base de um juízo de ponderação, em que Tribunal é quem vai estabelecer quais os valores preponderantes para cada situação concreta. A textura aberta que o balanceamento de princípios assinala pode, pois, corresponder às concepções autoritárias de Estado, como bem adverte Ávila (2009):

Como a Constituição de 1988 é composta basicamente de regras, e como ela própria atribui, em inúmeras situações, ao Poder Legislativo a competência

²⁶ Termo utilizado em diversas frentes de argumentação de defesa de uma nova postura de leitura mais aguerrida da Constituição, com destaque para sua dimensão principiológica. Para uma crítica a tal postura, cf. Ávila, 2009.

²⁷ O atual momento metodológico da teoria jurídica fundamental e, sobretudo, do direito constitucional acentua, sobremaneira, a importância dos princípios no ambiente dogmático. No dizer de Humberto Ávila, verifica-se, hoje, a euforia de um “Estado Principiológico” (Ávila, 2004). Fábio de Oliveira (2003, p. 10) assinala o emprego de outras designações congêneres: “Estado principialista” (Paulo Bonavides), “Hermenêutica de Princípios” (Inocêncio Mártires Coelho), “Compreensão principial da Constituição” (Gomes Canotilho), “principiologia jurídico-constitucional” (Willis Santiago Guerra Filho), “dogmática principialista” (Clèmerson Merlin Clève) e “jurisprudência de princípios” (García de Enterría).

para editar regras legais, sempre que esse poder exercer regularmente a sua liberdade de configuração e de fixação de premissas dentro dos parâmetros constitucionais, não poderá o aplicador simplesmente desconsiderar as soluções legislativas. Ele [STF] deve, é claro, interpretar as regras legais escolhendo, dentre os sentidos possíveis, aquele que melhor se encaixar nos ideais constitucionais; interpretar as regras legais gerais e abstratas, adaptando-as às particularidades do caso individual e concreto, eventualmente afastando a previsão geral diante de um caso efetivamente extraordinário; interpretar as hipóteses constantes das regras legais, cotejando-as com as finalidades que lhes são subjacentes, quer as ampliando, quer as restringindo, quando elas se revelarem muito restritas ou muito amplas relativamente à sua finalidade. O que ele, porém, não pode fazer é simplesmente desconsiderar as soluções legislativas, quando encontradas no exercício legítimo do princípio democrático, mesmo que com base em princípios que pretende ‘otimizar’. Se assim é, porém, a correspondência conceitual, vinculada a finalidades, persiste como importante método de aplicação do Direito. E se isso for verdadeiro, não é correto afirmar que se passou da subsunção para a ponderação, nem que se deve passar ou é necessariamente bom que se passe de uma para outra.

Alexandre da Maia (2001) já havia advertido sobre a utilização desmedida dos princípios constitucionais para substituição das igrejas, da fé em Deus e, até mesmo, na razão. Mais de dez anos depois, Lenio Streck vem denominando crítica e jocosamente essa postura de “neopentecostalismo jurídico”, em que se diz “o-que-vem-à-cabeça”, comparando, exatamente os novos “juristas” a pastores de algumas igrejas que, digamos, professam sua fé com muito estardalhaço. Streck cita o caso do “professor” que explicava hermenêutica constitucional “a *la* Silvio Santos, trocando de câmera a todo momento: câmera 1, câmera 2... E, claro, confundindo noções e conceitos a mil por hora”; e, em outro momento, narra que acompanhou na televisão a explicação sobre o julgamento do STF no caso das células-tronco, em que um jovem jurista falava exatamente sobre a ponderação de interesses, tendo Streck disparado acidamente: “Uau. Ponderação de interesses? Estaria ele falando da Jurisprudência dos Interesses? Ou ele queria falar de outra coisa? Mistério. Qual é a linha que separa, digamos assim, ‘o jurídico do neopentecostalismo’? Ou seria ‘neoludojuridipentecostalismo’? Ou, quem sabe, seria ‘ludojuridicismo’?” (Streck, 2012a e 2012b).

Para Juliano Benvindo (2010, p. 130), a adoção do princípio da proporcionalidade e a chamada ponderação de princípios (“*balancing*”) tanto pelo Tribunal Constitucional Federal alemão como pelo STF, desencadeiam uma mudança (“*shift*”) para o ativismo judicial baseada na busca por um referencial abstrato de racionalidade, ainda que de forma pretensamente técnica, exatamente quando os tribunais criam jurisprudência paradigmática baseada em processos decisórios de conteúdo político e, portanto, irracionais do ponto de vista jurídico.

Apesar da franca utilização das teorias de Robert Alexy sobre argumentação (“*sonderfallthese*”) e sobre direitos fundamentais, Benvindo demonstra a falta de coerência entre as diversas abordagens teóricas dominantes (Ronald Dworkin, Klaus Günther e o próprio Alexy) e os fundamentos das decisões examinadas, constatando a criação de uma nova visão pós-metafísica do Direito operada pelas Cortes Constitucionais, tanto alemã quanto brasileira, sobremaneira a partir de uma concepção de “realidade limitada”, com exame filosófico reflexivo das tradições jurídicas e dilemas sociais plurais e antagônicos em que a intersubjetividade e a “*differánce*” (Derrida) têm papel seminal.

Em recente ensaio, Marcelo Neves (2012) perfila uma coletânea de casos emblemáticos daquilo que ele denomina “abuso principiológico” por parte dos juízes do STF. Referindo-se ao julgamento que declarou inconstitucionalidade de lei estadual autorizadora da briga de galo (ADI 1.856/RJ), Neves cita um ministro que, em seu voto, assim teria proclamado:

A briga de galo ofende [...] a dignidade da pessoa humana porque, na verdade, ela implica de certo modo um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano [...]. A proibição também deita raiz nas proibições de todas as práticas que promovem, estimulam e incentivam essas coisas que diminuem o ser humano como tal e ofende, portanto, a proteção constitucional, a dignidade do ser humano.

Segundo Neves, esse exemplo faz parte do “folclore jurídico supremo”, tais como diversos outros julgamentos (como por exemplo, o da ADI 4.638/DF, referente às competências do Conselho Nacional de Justiça, do MS 31.085/DF, relativo à instauração de processo penal contra a então corregedora do CNJ, Eliana Calmon, e, ainda, do HC 82.424/RS, o famoso caso Ellwanger por exemplo, em que se “negou-se caráter absoluto à liberdade de expressão para afirmar a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme um modelo de sopesamento”. No entanto, no julgamento da ADPF 130/DF prevaleceu “a tese com essa incompatível, ou seja, a de que a liberdade de expressão não é norma-princípio e, portanto, não é sopesável” (Neves, 2012).

Elival Ramos (2010) também adverte sobre os perigos do avanço do ativismo judicial na jurisprudência do STF, como no caso do julgamento da titularidade dos mandatos pelos partidos políticos, que culminara com a perda de mandatos em razão de desfiliação partidária e, também, no caso da proscrição do nepotismo no serviço

público. O mesmo autor representa firme voz contra o ativismo “político” desenfreado do STF:

A principiologização do direito, característica do moralismo jurídico, desponta como a face mais visível desse pretense “pós-positivismo” tupiniquim, abrindo as portas do sistema jurídico ao subjetivismo das decisões judiciais que, valendo-se dos contornos menos nítidos das normas-princípio e potencializando-lhes os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixam de concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la ao sabor das preferências axiológicas de seus prolatores”. (Ramos, 2010).

Não queremos com isso mostrar que inexistente racionalidade no processo decisório levado a cabo pelo STF, mas legítima conformação jurídico-política de valores constitucionalmente consagrados, carente apenas de tratamento reflexivo adequado em função da textura aberta que os princípios encerram – o que por um lado traz dinâmica ao sistema, contudo acarretam indeterminação semântica, possibilitando que disputas interpretativas, carregadas de sentido normativo, interfiram indevidamente nas relações sociais e na política.²⁸

O pecado do STF no julgamento de questões complexas, tais como a discussão da fidelidade partidária, radica na hipótese de que o Tribunal se torna complexo reduto da luta política da sociedade, nos temas em que possa ser suscitado o que se convencionou chamar de “desacordos morais razoáveis”, ou seja, situações argumentativas desconcertantes para a sociedade, em que a mediação política não é capaz de perceber a porosidade das posições antagônicas que se estabelece a partir do dissenso (complexidade social). A textura aberta e o balanceamento de princípios podem, pois, corresponder a concepções autoritárias de Estado (Chaves Júnior, 2003).

Os instrumentos de controle político se tornam frágeis a ponto de serem substituídos pela vontade de fazer democracia dos julgadores – contra as maiorias políticas. Diante desse paradoxo, Mark Tushnet (2005, p. 59-63) provocou a academia jurídica ao publicar artigo em que sugere a promulgação de uma emenda à Constituição dos Estados Unidos para extinguir o controle de constitucionalidade concentrado, por ele denominado “*End Judicial Review Amendment*” (EJRA).

²⁸ Também não é nossa intenção nesse trabalho traçar um quadro mais delineado do que vem a ser “ativismo judicial”. Sobre o tema, cf. BENVINDO, Juliano Zaiden. Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: um debate sobre os limites da racionalidade. In: GUERRA, Luiz (Org.). *Temas contemporâneos do direito: homenagem ao bicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Guerra, 2011.

Autores como Tushnet, Larry Kramer e Jeremy Waldron se destacam nessa crítica ao uso de preferências argumentativas que decorrem de concepções morais, encaminhadas por julgadores sob o pálio da legitimidade da Justiça Constitucional. A tentativa de banir o *judicial review* do sistema americano ou, simplesmente, tirar das mãos do Judiciário tamanha força na condução dos “negócios da república” vem movimentando, desde meados de 2005, a literatura norte-americana sobre o tema e tem ecos até no Brasil: a PEC 33/2011, que chegou a ser aprovada em 2013 pela Comissão de Constituição e Justiça, da Câmara dos Deputados.²⁹ Mas as semelhanças param por aí: nos EUA se constrói uma doutrina sobre o assunto, assim denominada “constitucionalismo popular”. Aqui, a proposta de alteração da Constituição foi mera retaliação aos rumos tomados no julgamento da Ação Penal 470-STF.

Partindo de análises inovadoras da obra de Aristóteles, Kant e John Locke, bem assim de autores contemporâneos influentes, como Herbert Hart, Joseph Raz, John Rawls e Mangabeira Unger, Waldron reconhece a tensão existente entre direitos que se operam em situações de conflito - direito à vida *versus* aborto; liberdade de expressão *versus* privacidade, tradicionalmente problematizados em razão das “circunstâncias da justiça”, mas que diante da complexidade social, devem ser analisadas sob a perspectiva do que o autor denomina “circunstâncias da política” (Waldron, 1999, p. 101). Glauco Salomão (2012, p. 53; e 61) expõe com clareza o pensamento de Waldron, salientando que vão sempre existir

divergências sobre o alcance de cláusulas como “igualdade”, “devido processo legal”, “liberdade de pensamento”, “presunção de inocência”, “direito à intimidade”, “dignidade humana”, dentre outras. (...) com a prevalência da vontade majoritária dos representantes do povo, evita-se que a definição do conteúdo (controvertido) de direitos fundamentais fique a cargo de um Tribunal, cujos membros não elegemos e sobre os quais se exerce um controle praticamente nulo. Em um ambiente marcado pelo dissenso sobre o conteúdo dos direitos, o direito à igual participação política assume grande relevo, sendo considerado **direito dos direitos**. [negrito no original].

Partindo de pressupostos da teoria de John Rawls, ao separar as *circunstâncias da justiça* das *circunstâncias da política*, Waldron distinguiu os desacordos relacionados a essa última condição (princípios políticos) daqueles desacordos de “boa

²⁹ Trata-se de Proposta de Emenda à Constituição que limitaria os poderes do STF. De autoria do deputado Nazareno Fonteles (PT-Piauí), prevê um mecanismo de *controle* do controle constitucional: se o Supremo declarar a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, o Congresso Nacional deverá enviar o caso à consulta popular, para referendar a decisão da Justiça Constitucional.

fé”, assim identificados como desacordos morais razoáveis (“*reasonable disagreements*”), discordâncias sobre o bem em uma sociedade pluralista, que são íntimos e legítimos – à moda do “*concordar em discordar*”. Um suposto desacordo moral razoável, como por exemplo, sobre a questão do aborto, abrange divergências argumentativas religiosas (ou espirituais) e, também, sobre a concepção, sobre escolhas pessoais, sobre amor e ódio, não podendo ser decididas apenas de forma técnica.

Para Waldron, portanto, os desacordos morais pressupõem uma condição democrática radicalmente identificadas com o processo legislativo, pois não somente os desacordos derivam e desaguam no plano jurídico, mas sobremaneira, na arena política, com sua estrutura e metas fixadas por interesses sociais divergentes.³⁰

Antes de desacordo sobre direitos, faz-se necessário sondar aspectos políticos e morais adjacentes, na perspectiva em que esses definem a ideologia com a qual se estabelece o conteúdo dos direitos em si. Assim, o deslinde das discordâncias deve ser decididos pelo povo ou por seus representantes. Por essa razão, o autor defende que há de fato déficit democrático quando o produto da legislatura democraticamente eleita pela sociedade é submetida ao Judiciário (Waldron, 2006, p. 1360).

A experiência democrática de nossos dias mostra que os desacordos morais de boa fé, que deveriam ter seus sentidos fixados a partir do debate público e, sobretudo, da circularidade do Poder Legislativo, são, ao reverso, determinados pela Justiça Constitucional, que detém a “última palavra” sobre muitas controvérsias que lhe são apresentadas. Afinal de contas, são as regras do jogo. Na linha do que defende Waldron, o parlamento seria o *locus* ideal para o aprimoramento de ideias democráticas que são canalizadas para a construção de produtos legislativos. Se o debate não é legítimo, a vigilância deve ser de todos, representantes e representados.

³⁰ Como no caso da união homoafetiva, que analisada friamente mostra a existência de grupos sociais em conflito com as deliberações do STF, que desagradou setores que exigem a necessária deliberação legislativa sobre o tema. Esse exemplo traz a dimensão exata do que são desacordos razoáveis: na medida em que a Justiça Constitucional assegurou a leitura moral e uma interpretação constitucionalmente adequada da união civil (casamento ou união estável) entre pessoas do mesmo sexo (princípio da igualdade), (ainda) há muito preconceito no Brasil em relação aos homossexuais. Isso não retira, no entanto, a legitimidade democrática da decisão, por um lado, e, por outro, o STF não pode/deve infirmar a existência de divergências por parte de grupos sociais descontentes com a decisão paradigma, que almejam “revogá-la” com a aprovação, no Congresso Nacional, do Projeto de Lei nº 6583/2013, que “dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências”, *i.e.* objetivando prevalecer com o art. 2º, a definição de “entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

De mais a mais, a criação de institutos como audiências públicas no Poder Judiciário e a admissão de atores externos aos processos de controle de constitucionalidade – assim denominados *amici curiae* – não garantem que a instância judicial se torne um ambiente mais democrático, popularizando o que a doutrina convencionou chamar de interpretação aberta, como se a hermenêutica constitucional pudesse ser operada de forma livre e independente pela “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” (Häberle, 1997).

O ponto discordante nos afigura agudo em relação à determinação de sentidos pela Corte em situações peculiares, quando a interpretação literal de textos jurídicos cedem espaço a decisões carregadas de ambivalência. Certo é que vagueza, ambiguidade, alta carga de generalidade, abstratividade são características dos princípios jurídicos (Guerra, 2006), que deixam margens recorrentes de valoração por parte do intérprete, mas é possível que tais predicados sejam indutores s, também, na subsunção legal de textos normativos, ainda que estejamos falando de Direito e Processo Penal, como adverte Claus Roxin (1997, p. 169):

Uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso, mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo.

A hipótese em destaque demonstra que é preciso se recalcular estruturalmente todas as implicações recíprocas em que o *direito*, a *moral* e a *política* incidem sobre as outras, enquanto planos éticos “diferenciáveis”, no contexto do Sistema de Justiça. Tomar-se-á como paradigma de análise empírica o emblemático caso “Mensalão” (Ação Penal 470), cujo julgamento pelo STF desencadeou efeito catártico sobre a mídia e a sociedade brasileira, em que pese o silêncio da academia, só alertada após o icônico e desastroso desvirtuamento acerca de manifestações mal compreendidas do próprio Roxin, que depois esclareceu, por assim dizer, que as coisas não são exatamente como se “pintou”³¹.

³¹ O professor Roxin esteve no Rio de Janeiro para receber um título de *doutor honoris causa* e para participar do Seminário Internacional da Escola da Magistratura entre 30 de outubro e 1º de novembro de 2012. O jornal Folha de São Paulo o entrevistou e publicou a matéria com suas declarações um tanto quanto deturpadas: segundo o penalista alemão, por meio de esclarecimento posterior, ao tecer comentários sobre aspectos gerais da teoria por ele formulada, foram reproduzidas respostas que, mudando o sentido original de sua fala para um tom de “manifestação concreta sobre a aplicação da teoria ao caso conhecido como ‘mensalão’”. Para os professores Luís Greco, Alaor Leite e Augusto Assis, por

5 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A AÇÃO PENAL 470: PROTAGONISMO POLÍTICO DO JUDICIÁRIO?

A importância de se analisar o julgamento da Ação Penal 470-STF guarda motivações científicas, mas também políticas; o Direito, enquanto tecnologia social, exprime sensível impacto nas práticas não toleradas moralmente, como o esquema de corrupção que se viu montando em pleno berço do governo federal, com a participação de parlamentares e empresários de grandes corporações e que culminou com o longo e impactante caso posto aos cuidados da Suprema Corte³².

O desafio, diante do que já foi exposto, repousa no fato de que o julgamento em questão ampliou ainda mais o forte protagonismo que o STF vem desenvolvendo no

meio de quem Roxin apresentou sua versão definitiva sobre o ardid da Folha, foi surpresa generalizada a notícia publicada pela Folha de que ele teria manifestado “interesse em assessorar defesa de Dirceu”. Roxin afirma trata-se de uma inverdade. Segundo Roxin, a redação final dada pela Folha à referida entrevista publicada em 11 de novembro de 2012 é imprecisa, “as respostas não seriam mais do que repetições das opiniões gerais que ele já defende desde 1963, data em que publicou a monografia sobre ‘Autoria e domínio do fato’ (*Täterschaft und Tatherrschaft*)”. A imprecisão deve-se ao título ambíguo conferido à matéria, que faz supor que houvesse uma manifestação sobre o caso ora em curso no Supremo Tribunal Federal brasileiro: ‘Participação no comando do mensalão tem de ser provada, diz jurista’. O professor não disse a seguinte frase a ele atribuída: ‘Roxin diz que essa decisão precisa ser provada, não basta que haja indícios de que ela possa ter ocorrido’, que é inclusive juridicamente duvidosa. A entrevista foi concluída com uma declaração posta fora de contexto, a respeito da necessária independência do juiz em face da opinião pública”. A Folha, segundo ele, ao descontextualizar sua declaração, criou “a aparência de que ele estaria colocando em dúvida a própria isenção e integridade do Supremo Tribunal Federal brasileiro no julgamento do referido caso”; Roxin recorda que “nenhuma dessas ambiguidades existe na entrevista publicada pela Tribuna do Advogado do mês de novembro, entrevista essa concedida, inclusive, na mesma ocasião, à mesma mesa redonda, que a entrevista concedida à Folha”. Segundo ele, tudo não passa de “desagradáveis especulações”. (Greco, Leite e Assis, 2012). Para Dimoulis (2013), os ministros tomaram referencial teórico por baixo, como se a adoção da tese de Roxin redundasse em condenações automáticas: “Devem existir também provas convincentes, demonstrando a forma de atuação de cada réu no complexo esquema criminoso. São muitos os juristas que não enxergaram tais provas nas fundamentações apresentadas pelos ministros”.

³² Os números são impressionantes: o STF julgou o caso durante um ano e sete meses, com discussões acaloradas nas 69 sessões que a ação penal demandou, com 38 réus denunciados e que resultou em 24 condenados. Entre eles, membros da cúpula do Partido dos Trabalhadores (PT), que governa o Brasil desde 2003. Sem contar a presença maciça de famosos advogados criminalistas que tiveram um papel fundamental – mas nunca lembrado –, no minucioso trabalho de análise dos autos e elaboração das teses de defesa. Os ministros da Corte tiveram que perflustrar cerca de 235 volumes, quase 500 de apensos, mais de 500 depoimentos, 40 gigabytes de documentos digitalizados. O acordão da 1ª fase do julgamento, anterior aos recursos, publicado em 22 de abril de 2012, somou 8.405 páginas, cuja ementa ostenta 14 páginas. Em apertadíssima síntese, foi decidido que os condenados participaram de associação criminosa envolvendo parlamentares, executivos de bancos e membros do governo, liderados pelo ex-deputado José Dirceu, então Ministro Chefe da Casa Civil; assim, os “membros agiam com divisão de tarefas, visando à prática de delitos, como crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional, além de lavagem de dinheiro”. Tudo para permitir o controle do Congresso Nacional por parte do Executivo, por meio de vantagens ilícitas para garantir alianças inescrupulosas entre as bases partidárias e o Palácio do Planalto.

renovado cenário político brasileiro. No senso comum, prevalecem falsas percepções de que: (i) estava tudo combinado, tanto faz se condenados ou absolvidos os “mensaleiros”, opinião comum do brasileiro médio, que tudo vê com desconfiança, sem distinguir, muitas vezes, o Poder Legislativo do Executivo e Judiciário de qualquer um dos outros dois; (ii) foi uma tentativa de golpe movida pelas “elites” contra o PT, tese sustentada por entusiastas do partido e do governo; (iii) o Min. Joaquim Barbosa, Relator da AP 470 e Presidente da Corte durante um período do julgamento, atuou como paladino da justiça, sendo o maior responsável pela exemplar e inédita punição dos “chefões”, como comumente se especulava.

Indiscutivelmente, o legado do Mensalão é indiscutível, sendo repleto de polêmicas e controvérsias jurídicas, desde a denúncia dos envolvidos, com a expectativa de efetiva deflagração do processo – com ou sem o ex-Presidente Lula da Silva no banco dos réus. Depois, o temor de que prevaleceriam soluções políticas – o senso comum apontava para uma possível frustração, à moda do tudo termina bem para os poderosos, impunidade é regra no Brasil etc. Superaram-se questões técnicas (teses complexas e até importadas acriticamente, como a autoria e o domínio do fato, de matriz alemã), sobretudo processuais (cabimento do recurso de embargos infringentes, que dividiu a Corte e permitiu a revisão de algumas condenações); a mudança de perfil do fenômeno denominado “lavagem de dinheiro”, em relação alcance da aplicação da legislação de combate à corrupção (que motivou, inclusive a mudança na legislação)³³; e, finalmente, a execução das penas dos condenados, sobretudo dos membros do chamado “núcleo político” do Mensalão.

Em meio a todas as avalanches conceituais jurídico-dogmáticas e discordâncias prático-morais em relação à postura do STF no enfrentamento das complexas questões trazidas à baila na AP 470, permanece um desconforto no ar, no sentido de se apurar melhor, do ponto de vista acadêmico, se o julgamento foi marcado pela prevalência da política sobre o Direito e, se for assim, em que circunstâncias.

³³ Na perspectiva em que se modificou o entendimento segundo o qual a condenação nesse tipo penal só seria possível na hipótese do acusado ter ciência de que os valores recebidos têm origem em atividades ilícitas, apesar de alguns ministros admitirem a hipótese de dolo eventual (a tese da cegueira deliberada), na qual o sujeito fingiria não ter conhecimento da ilicitude para, assim, alcançar vantagem indevida. O STF promoveu, no curso do julgamento, a dupla revisão (estrutural e operacional) da conduta, em especial porque o caso sob os holofotes da mídia evidenciaram a baixa densidade terminológica e propriedade conceitual em volta do tema, seja na casuística judicial, seja no curso da transformação epistemológica e prática gerada pelo advento da nova Lei nº 12.683, de 2012, em contraposição ao texto anterior, da Lei nº 9.613, de 1998. Cf. Braga, 2013.

Reconhecendo a impossibilidade de empreender tal investigação em uma peça de pesquisa isolada como a presente, louvamos toda e qualquer iniciativa nesse sentido, salientando a primazia que se deve conferir à discussão sobre a argumentação e a metodologia adotadas pela Corte, no horizonte de pesquisa aberta pelos teóricos do ativismo judicial e da estreita relação entre Direito e Política, em todas as suas vertentes. Até mesmo porque a literatura até aqui produzida é insuficiente para compreender esse indiscutível marco da história recente de nosso Judiciário.³⁴

As dificuldades começam por existir um plexo inesgotável de temas³⁵, questões incidentais³⁶ e perspectivas de abordagem. Qual a função dos juízes auxiliares, por exemplo?³⁷ Considerando a dimensão midiática do julgamento, de competência originária na Suprema Corte, poder-se-ia questionar a legitimidade e razoabilidade na delegação de funções aos juízes auxiliares, no sentido essa faculdade compatível com as

³⁴ Em consulta parametrizada no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq, o único encontrado foi o “Justiça e Política”, vinculado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, sob a liderança desses autores. Link para a página do grupo na plataforma: <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/0193936279383737>. Em relação a outros trabalhos acadêmicos e publicações, foi possível identificar alguns poucos textos de maior densidade teórica, sendo, no entanto, voltados a examinar questões particulares e, sobremaneira, dogmáticas, como, por exemplo, a dosimetria da pena (Vila-Nova, 2013b); o direito ao duplo grau de jurisdição como garantia processual, firmada no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (Gomes, Winter e Montenegro, 2014); e a percepção de recusa ao indispensável garantismo jurídico-penal, manifestado em eventuais condenações carentes de provas incriminadoras (Moreira, 2012).

³⁵ No epicentro do midiático caso, partidos políticos e entidades de classe questionaram a validade dos atos normativos aprovados durante o período em que a compra de votos dos parlamentares era praticada com fundos provenientes do sistema ilegal de financiamento político investigado na AP 470. Entre as normas impugnadas, uma em particular se destaca: a Emenda à Constituição nº 41/2003 (Reforma da Previdência), alvo de ações diretas de inconstitucionalidade movidas pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil (CSPB) e pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol), que sustentam, perante o STF, que a votação que aprovou a Reforma da Previdência padece de vício insanável de inconstitucionalidade. Cf. ADIs 4887, 4888 e 4889.

³⁶ Como a constatação de que “pela primeira vez, uma persecução penal com apuração de condutas do alto escalão dos Poderes Executivo e Legislativo, foi iniciada, instaurada, processada e julgada integralmente perante o Supremo Tribunal Federal” (Vila-Nova, 2013a).

³⁷ Aqui destacamos um questão pouco realçada na análise do comportamento judicial: muito pouco se sabe sobre a estrutura interna dos gabinetes, órgãos judiciais por excelência e como se dá a convocação de magistrados auxiliares que substituem os ministros em atos processuais, como a tomada de depoimentos dos envolvidos. Um dos auxiliares foi o magistrado federal Sergio Fernando Moro, que atuou como assistente da Min. Rosa Weber. Moro atuou antes no Caso Banestado e na Operação Farol da Colina e agora conduz um caso de proporções tão devastadoras quanto o Mensalão, em termos de desmantelamento de quadrilhas criminosas com relações governamentais e partidárias: a Operação “Lava Jato”, que se refere a um monumental sistema de propinas envolvendo dirigentes da Petrobrás, novamente membros do PT e as maiores empreiteiras do país.

garantias processuais do acusado no processo criminal e se houve, no Caso Mensalão qualquer prejuízo ao direito de defesa³⁸.

Independentemente do tipo de abordagem que se perscrute, seja ela epistemológica, sociológica ou, ainda, instrumental, eminentemente dogmática, certamente haverá espaço para debates acalorados e muito ganho de conteúdo, pois a AP 470, como dito acima, provocou mudanças na jurisprudência, em institutos legais (legislação de combate à lavagem de dinheiro) e, mais importante ainda, provocou mudança de consciência e sentimento sobre o que esperar do Judiciário e da República.

6 UM POUCO DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E HERMENÊUTICA REFLEXIVA: PERCEPÇÕES ETNOMETODOLÓGICAS DO COMPORTAMENTO JUDICIAL E OUTRAS ALTERNATIVAS DE INVESTIGAÇÃO

Adotaremos algumas premissas analíticas para compreender melhor se os argumentos usados para condenar ou absolver os réus do processo em exame são sustentáveis sob o prisma dogmático. Significa fazer uma avaliação *ex post facto* de aspectos problemáticos da AP 470, no sentido em que expõe o substrato ideológico adjacente ao pronunciamento eminentemente técnico, pois é no equívoco ou na falta de encadeamento lógico que se revelam outros componentes extrajurídicos latentes.

Interessa de mais perto conhecer alguns fundamentos teóricos da argumentação jurídica para, assim, verter a crítica com atenção a aspectos de consideração antes

³⁸ Deixando de lado os princípios do juiz natural ou da identidade física do juiz, afigura no mínimo curioso que um ministro julgue, em instância máxima, um réu cuja defesa foi produzida em atos coordenados por um juiz convocado, mas que será julgado em colegiado, sendo que todas as etapas integram a mesma instrução processual de conhecimento. Compreender melhor a procedibilidade das ações originárias perante os tribunais pode ser um ponto de partida para também entender melhor o Caso Mensalão. A possibilidade regimental de convocação de juízes auxiliares é combatida por dois dos mais antigos integrantes do STF: ministros Marco Aurélio Mello e Celso de Mello. Em entrevista à Folha de São Paulo, ao ser indagado sobre a não convocação de magistrados auxiliares para o seu gabinete, o Min. Celso de Mello respondeu: “Alguns ministros têm os chamados juízes instrutores, que nem eu nem [o ministro] Marco Aurélio Mello [temos]. Em primeiro lugar, porque acho que o estudo [que embasará a decisão] tem que ser meu. Por isso é que acabo trabalhando essas 14 horas por dia. É um ato pessoal. Mas respeito a posição dos outros juízes, cada um tem seu estilo de trabalho. Em segundo lugar, entendo que o magistrado, ou ele exerce suas funções jurisdicionais, podendo acumulá-las com um cargo docente, como permite a Constituição, ou não se lhe oferece qualquer outra alternativa. Acho que não tem sentido convocar um juiz para atuar como um assessor de ministro. A mim, não parece que a Constituição autorizaria isso”. (Folha, 2012).

destacados: a possibilidade de desacordos morais razoáveis se travestirem do processo de tomada de decisões técnicas no cotidiano de uma Corte Suprema (“*decision making*”), não controlável racionalmente e, portanto, contrariando posições radicalmente democráticas. Não se trata de ativismo judicial, mas de extrapolar condições argumentativas legítimas com visões particulares de mundo (que redundaria muito mais em ativismo moral ou político).³⁹

A consciência desses problemas e sua necessária depuração hermenêutica conduzem a uma reconstrução (permanente) do ambiente dogmático, de forma reflexiva, evitando solipsismos e assegurando a aplicação da norma jurídica com a preservação dos valores ínsitos à sua elaboração ou sentido original (excetuando os casos de manifesta inconstitucionalidade). Podemos dizer tudo, mas jamais admitir que a postura dos ministros do STF na AP 470 foi minimalista.

Para essa análise, toma-se como de extrema relevância a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação. O responsável pela distinção proposta é Klaus Günther, para quem os discursos de justificação diz respeito à fundamentação da norma em relação aos valores que ela projeta no ordenamento, desatrelando-a do caso concreto ao qual poderá ou não ser aplicada [a norma]. Trata-se do típico discurso haurido da deliberação parlamentar, cujo foco está na validade do argumento. Em outra senda, os discursos de aplicação pressupõem uma norma válida para dimensionar sua aderência a uma situação real. Dessa forma, ao invés de fundamentar valores e atributos da fonte normativa, testam sua adequação a um caso particular, com dados empíricos próprios, como na exercício da função judicial, que deverá levar em consideração elementos sociais, econômicos e políticos do fato real sob apreciação. (Günther, 2004).

No horizonte do neoconstitucionalismo, diversos princípios e direitos têm seu conteúdo definido pelo uso excessivo dos discursos de aplicação do Judiciário, sobretudo com o emprego abusivo do primado da proporcionalidade, como já referido. A racionalidade das normas jurídicas pode ser conquistada ou tendencialmente

³⁹ Alguns casos extremos podem auxiliar nessa compreensão, como o voto do Min. Dias Toffoli proferido no Habeas Corpus 103.412, em junho de 2012, no sentido de reformar a condenação de um réu pelo crime de quadrilha, mantendo a condenação pelos crimes de extorsão mediante sequestro, em que o mesmo extravasa suas convicções espirituais. Permita-nos transcrever a curiosa passagem: “Também cumprimento a eminente Relatora pelo profundo voto trazido, e digo que penalizar a cogitação, ou a imaginação ou o pensamento, só Deus pode fazer, e não o homem. Nós não estamos nesta esfera de cognição. Mas verifico, já falando em Deus, que os astros hoje estão alinhados pela concessão das ordens. (...) É por isso que eu acredito em Deus, mas eu acredito também na astrologia. Os astros hoje estão alinhados, em uma conjugação favorável aos pacientes”.

verificável no ambiente democrático dos desacordos morais postos à teste pelo legislativo, mas dificilmente vão poder ser medidas na atividade criadora dos juízes diante do caso concreto, pela tendencial subversão do plano de justificação normativa.

Estando a aplicação das normas restrita a um sistema fechado de regras, não há espaço para uma análise de aplicabilidade mais sofisticada, que requer a compreensão da complexidade principiológica do ordenamento e do vínculo existente entre o direito e a moralidade política, elementos rechaçados pelo positivismo de Kelsen e de Hart. Dessa forma a aplicação das normas se percebe como uma atividade de manutenção da “lei e ordem”, percebidas como um bem em si mesmo (...). A sofisticação atingida pela atividade de criação de normas não é assim acompanhada no plano da aplicação, cujo desafio não pode ser suplantado a partir de uma criação racionalizada de normas, como hoje podemos perceber. (Carvalho Netto; e Scotti, 2011, p. 87-88).

Os debates hauridos de desacordos morais que resultam em textos normativos, deliberados no parlamento, *locus* ideal para a realização do paradigma democrático clássico, ocasião em que se fixam os discursos de justificação, consagrando valores e sobrepujando fatos. Na etapa da interpretação judicial quando os fatos são enquadrados em fontes normativas previamente concebidas, os discursos de aplicação emergem de concepções pessoais dos magistrados e de outros atores processuais, com a adaptação dos textos legais aos fatos, sobrepujando valores inculcados nas normas jurídicas. Princípios permitem sendas ainda mais abertas para a aplicação “mais adequada”, para usar a linguagem de Klaus Günther.

Recordando a advertência de Perelman e Olbrechts-Tyteca (2000, p. 61), de que “a argumentação é uma ação que tende sempre a modificar um estado de coisas preexistente”, nossa hipótese preliminar consistiria na percepção de que o STF adotou tipicamente um discurso de aplicação no Caso Mensalão, ou seja, o processo em que as diferentes interpretações de uma situação são tematizadas e os interesses concorrentes e conflitantes e expectativas normativas são comparados, resultando na justificação de uma norma adequada, à luz de todas as circunstâncias do caso, com bem explica Günther (2004, p. 79): “discursos de aplicação combinam a pretensão de validade de uma norma com o contexto determinado, dentro do qual, em dada situação, uma norma é aplicada”.

Um exame mais rigoroso dessa hipótese é possível com o uso da teoria padrão da argumentação jurídica, sobretudo a partir de um de seus autores mais conhecidos: Robert Alexy, autor alemão que distingue o discurso jurídico como caso especial do discurso prático-racional. A teoria alexyana se apresenta de forma muito sofisticada e

procedimentalmente validada na estipulação de regras lógicas formais que, por sua vez, possibilitam consensos éticos (Guerra, 2003).

O encadeamento das regras que compõem o discurso jurídico possibilita o fomento de soluções dedicadas a questões práticas de maneira racional, mas as regras não garantem que, em cada caso, se possa chegar a uma única resposta correta. Trata-se da esfera delimitadora do discursivamente possível, constatação de que diante de um mesmo caso, as regras do discurso jurídico permitem que seus vários participantes alcancem soluções incompatíveis entre si, mas fundamentadas discursivamente (Atienza, 2002, p. 263-264).

A razão das eventuais incongruências seria, na formulação didática de Atienza, “o fato de o discurso começar sobre a base das convicções faticamente existentes dos participantes, de nem todos os passos da argumentação estarem determinados e de algumas regras do discurso só poderem ser satisfeitas de maneira aproximada”; nem sequer um “discurso ideal”, isto é, um discurso cujos participantes atendem plenamente as regras, possibilitaria um consenso (Atienza, 2002, p. 264).

Esse componente de relatividade nos leva a considerar que uma teoria da argumentação jurídica só revela todo o seu valor prático no contexto de uma teoria geral do Estado e do Direito, sendo que essa última teria de ser capaz de unir dois modelos diferentes de sistema jurídico: (i) o lado ativo, composto de quatro procedimentos básicos: o discurso prático geral, a criação estatal do direito, o discurso jurídico e o processo judicial; e (ii) o lado passivo, calcado na demonstração do direito enquanto um sistema de normas composto não só de regras, mas também de princípios (Atienza, 2002, p. 266-267).

Essa concepção de direito, atribuída a Alexy e calcada em modelos distintos (procedimentos e normas, que se subdividem em regras e princípios), que seria a dimensão funcional da argumentação jurídica, não permite alcançar sempre um resposta correta para cada caso, “mas é o que leva ao um maior grau de racionalidade prática” (Guerra, 2003).

Para Alexy, o Direito – fundamentalmente o Direito moderno – contém uma dimensão ideal que o liga, de forma conceitualmente necessária, a uma moralidade de procedimento e universalista. Essa dimensão não é outra senão a pretensão de correção que, tanto as normas e as decisões jurídicas consideradas isoladamente, quanto o

sistema jurídico considerado em seu conjunto, propõem necessariamente. (Atienza, 2002, p. 269).

A teoria da argumentação jurídica deveria, entretanto, se comprometer com uma concepção (“uma ideologia política e moral”) potencialmente crítica com relação ao “Direito dos Estados democráticos”; aquele que “tem de resolver um determinado problema jurídico, inclusive na posição de juiz, não parte necessariamente da ideia de que o sistema jurídico oferece uma solução correta – política e moralmente correta – desse problema”. (Atienza, 2002, p. 320).

A questão fundamental é saber se o paradigma do Estado democrático de Direito “justificaria” uma adoção, no julgamento do “Mensalão”, dessa perspectiva zetética, vinculada na radicalização da moralidade política, “em que exceções empíricas, concepções da vida boa, normas válidas e descrições situacionais mais ou menos padronizadas são coerentemente vinculadas entre si” (Günther, 2004, p. 358).

Em outras palavras: o paradigma da ordem constitucional, a ética republicana e a exigência cada vez mais pulsante de *accountability* poderiam ocasionar, no plano da aplicação normativa, um jogo hermenêutico em que opções políticas sobrepujam a dogmática jurídica e a política criminal vigente?

Como disse Dimoulis, a AP 470 está repleta de mensagens para o Direito e para a política, referindo-se, em primeiro lugar, que a democracia está por um fio: “Quem castiga os envolvidos em certo escândalo combate os sintomas. Mas não atinge as *causas* do mal estar democrático”. (Dimoulis, 2013).

Outra mensagem diz respeito à “força e a forma das provas em crimes econômicos cometidos de maneira oculta”. O autor também lembra do fim (simbólico) da impunidade: todo e qualquer cidadão, independentemente da classe socioeconômica ou filiação político-partidária, pode ser alvo do *jus puniendi*. Em diversos momentos os ministros faziam questão de salientar isso, tomando-se como paradigmático o discurso do Min. Roberto Barroso, que passou a integrar o STF na etapa final da Ação Penal 470, por ocasião de seu voto na apreciação do recurso de embargos infringentes:

Fontes diversas divulgam o sentimento difuso de que qualquer agravamento das penas é bem-vindo e de que a imputação de quadrilha, em particular, teria caráter exemplar e simbólico. É compreensível a indignação contra a histórica impunidade das classes dirigentes no Brasil. Mas o discurso jurídico não se confunde com o discurso político. E o dia em que o fizer, perderá sua autonomia e autoridade. O STF é um espaço da razão pública, e não das paixões inflamadas. Antes de ser exemplar e simbólica, a Justiça precisa ser justa, sob pena de não poder ser nem um bom exemplo nem um bom

símbolo. Minha posição é de que o marco institucional representado pela Ação Penal 470 servirá melhor ao país se não se apegar a rótulos infamantes ou a exacerbações punitivas. Justiça serena, como deve ser, rigidamente baseada naquilo que a acusação foi capaz de demonstrar, sem margem de dúvida. A condenação maior que recairá sobre alguns dos réus não é prevista no Código Penal: a de não haverem sequer tentado mudar o modo como se faz política no Brasil. Por não terem procurado viver o que pregavam. Por haverem se transformado nas pessoas contra quem nos advertiam.

Com toda a vênia possível, o discurso jurídico se (con)funde com o político. E não precisa ser um processo escandalizante para gerar esse encontro entre os planos. Eles estão imersos nas etapas anterior, corrente e posterior a todo e qualquer julgamento, em maior e menor graus. Se as circunstâncias da justiça (Rawls) ensejam o dissenso necessário para uma sociedade pluralista, as circunstâncias da política (Waldron) emergem de questões associadas à democracia, sendo que os desacordos morais razoáveis constituem a necessária mola propulsora de ambos os valores – democracia e pluralismo, assim considerada, também, a liberdade, sem que se desfaçam as amarras paradoxais existentes entre o constitucionalismo e a democracia (Habermas) e, ainda, a permanente tensão da disputa interpretativa sobre o conteúdo dos direitos.

Essa disputa hermenêutica, permeada por elementos discursivos de justificação e aplicação, também não se orienta única e exclusivamente pela técnica jurídica, até porque é impossível que isso ocorra, por razões óbvias. O problema passa a ser ameaça exatamente quando: (i) não se admite o cariz ético-político que perpassa a função jurisdicional – tema bastante debatido na teorias política, constitucional e hermenêutica (Capelletti, 1999; Dworkin, 2000; Habermas, 1997; e Ricouer, 1983); (ii) não se controla os argumentos adotados e não incorporados na decisão (*obiter dictum*), separando-os daqueles que embasam explicitamente o julgado (*ratio decidendi*), permitindo, em ambas situações interferências exógenas; e (iii) lidam com a complexidade social de forma irresponsável, como na utilização do princípio da proporcionalidade e o balanceamento de direitos para, metafisicamente, “fazer justiça”, com excessiva carga principiológica, tal qual se viu acima.

Em realidade, esses problemas não são exclusivos da Justiça Constitucional, em casos de revisão dos atos normativos, mas ocorrem em deliberações judiciais de casos concretos, inclusive em questões penais, nas quais se torna muito difícil isolar componentes da política criminal de elementos dogmáticos da interpretação. Para Luiz Moreira (2012), por exemplo, o STF se afastou do garantismo jurídico, pré-requisito para o Judiciário exercer sua função em uma democracia, opinião compartilhada por

Dimoulis: “as provas indiretas, indícios e inferências lógicas foram suficientes para a condenação, prevalecendo o rigor do efficientismo em detrimento do garantismo”. (Dimoulis, 2013).

Não queremos crer que o julgamento foi monopolizado por convicções ideológicas, mas não podemos deixar de enunciar a frequente ausência de rigor conceitual, de embasamento teórico e, até mesmo, de posições consolidadas da Corte. Como alude Alana Vila-Nova (2013a), o STF equiparou conceitos típicos de dois crimes distintos, e desconsiderou “a complexidade decorrente da abertura descritiva dos tipos previstos na Lei 7.492/1986: ‘gerir fraudulentamente instituição financeira’ (art. 4º, caput); e ‘se a gestão é temerária’ (parágrafo único). Noutra equívoco da 1ª fase, relativo à dosimetria das penas, Vila-Nova aponta que o Tribunal adotou o método por adesão e por aproximação, com idênticos fundamentos para diferentes condenados, em nítida violação ao princípio da individualização da pena, se afastando, portanto, do garantismo penal e, ainda, contrariando sua própria jurisprudência (Vila-Nova, 2013b)⁴⁰.

No julgamento do recurso de embargos infringentes, no apagar das luzes de fevereiro de 2014, o Min. Joaquim Barbosa, então Presidente do STF, ficou impaciente com a proclamação do resultado – absolvição do crime de formação de quadrilha com consequente redução da pena – e chegou a esbravejar, como ocorreu inúmeras outras vezes no decorrer do caso. O ministro, na época relator do processo, agora aposentado, denunciou que a nova composição do STF foi feita sob medida para beneficiar os acusados.

Segundo Joaquim Barbosa, os dois novos ministros nomeados pela Presidente Dilma Rousseff – Roberto Barroso e Teori Zavascki, em decorrência das aposentadorias dos ministros Ayres Britto e Cezar Peluso, respectivamente – demonstravam o “objetivo de anular, de reduzir a nada, o trabalho que fora feito”, a julgar pelo fato puro de que

⁴⁰ O precedente destacado é o HC 105.677-PE. A autora ainda aponta outra grave falha quanto à dosimetria: “A dois dos réus do ‘núcleo financeiro’ da Ação Penal 470, foi atribuída a pena de 04 (quatro) anos de reclusão pelo delito previsto no artigo 4º da Lei 7.492/1986, ou seja: o Supremo Tribunal Federal fixou a pena dos acusados pelo crime de gestão fraudulenta 01 (um) ano acima do mínimo legal. No entanto, não houve fundamentação apta a justificar o aumento da pena, haja vista, o voto vencedor tenha se limitado a indicar um exemplo de conduta, utilizando-se exclusivamente de elementos constitutivos do crime de gestão fraudulenta, como “mecanismos fraudulentos” e “sucessivas renovações dos empréstimos”, para justificar a “culpabilidade elevada” dos réus. Ora, descrição de conduta, por si só, não é motivo idôneo para agravar punição” (Vila-Nova, 2013b).

ambos tiveram entendimento diferente dos antecessores e, assim, mudaram o resultado no sentido de absolvição de uma das acusações (crime de formação de quadrilha).

As palavras do Min. Barbosa são carregadas de sentimentos extrajurídicos e de forma irrefletida sinalizou que os discursos de aplicação estão contaminados de desacordos morais – os quais deveriam ser, como acima dito, motivos de exasperação do debate público, em especial na construção dos valores incorporados nos textos legais. Como se pudesse decidir de uma ou de outra forma, conforme preferências e apetites ideológicos, a despeito da habitual veneração que cada decisor tem da tese da única resposta correta (teoria padrão da argumentação), que é sempre a sua, jamais a do “outro”:

Sinto-me autorizado a alertar a nação brasileira que esse é apenas o primeiro passo. (...) Agora inventou-se um novo conceito de formação de quadrilha. Um conceito discriminatório. Só aqueles que praticam crimes de sangue participariam. Ouvi argumentos espantosos que se basearam apenas em cálculos aritméticos e em estatísticas totalmente divorciadas das provas dos autos, da gravidade dos crimes. (...) Esta é uma tarde triste para este Supremo Tribunal Federal, porque com argumentos pífios foi reformada, foi jogada por terra, extirpada do mundo jurídico, uma decisão plenária sólida e extremamente bem fundamentada. Peço vênias à maioria, e voto pela rejeição dos embargos infringentes ora impetrados. (Calgaro e Balza, 2014).

Como se percebe há muito campo para indagações acadêmicas e democráticas. As teses da argumentação jurídica, o novo paradigma hermenêutico almejado e a proposta de etnografia do Judiciário não serão os únicos aportes teóricos a serem adotados. Acreditamos ser possível a inserção de outros modelos de análise, como, por exemplo, a teoria da escolha racional e a teoria política positiva do Direito, essa última completamente desconhecida no campo da pesquisa jurídica brasileira e que muito poderá contribuir para saber até que ponto o Judiciário tem plena independência para julgar casos em que os envolvidos são protagonistas políticos, com no escândalo do Mensalão e, agora, a Operação Lava Jato⁴¹.

⁴¹ Sob a conjunção abreviada do início de seus sobrenomes, Mathew D. McCubbins, Roger Noll e Barry Weingast, professores da Universidade da Califórnia, de San Diego e de Stanford, respectivamente, defendem a renovação do modelo de análise do tema, para sugerirem condições materiais de observação das relações entre poderes, em que o Judiciário cumpre função de relevo. Para uma visão mais ampla do que os autores denominam “teoria positiva da doutrina judicial” ou, ainda, “teoria política positiva do direito”, cf. McNollgast (2005). A questão da independência do Judiciário é central na análise desse referencial teórico: “nos períodos em que o governo está dividido, a expectativa é a de que o Congresso ou o próprio Executivo se sobreponham às decisões tendentes a frustrar cometimentos políticos daqueles entes, sobretudo, as manifestações (ou meras ameaças) da Suprema Corte. De outra banda, quando esses ramos do governo estão unificados em torno de escolhas públicas, a tendência é o enfraquecimento do Judiciário, na medida em que o Executivo e o Legislativo coordenam mudanças capazes de restringir a autonomia dos juízes, em um jogo estratégico que os autores sintetizam metaforicamente como o ‘estica-

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício; GUERRA FILHO, Willis Santiago; SARLET, Ingo Wolfgang. **Adeus à separação de poderes?** In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional - teoria da constituição*. Salvador: Jus Podium, 2009, v. 1, p. 283-292.
- ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito - Teorias da Argumentação Jurídica**. 2. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 263-264.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, jan.-mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>.
- BALANDIER, Georges. **Antropology Politique**. Paris: PUF, 1967.
- BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 12, n. 96, fev.-mai. 2010. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/revistajuridica>.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. **On the limits of constitutional adjudication: deconstructing balancing and judicial activism**. Heidelberg: Springer, 2010.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. **Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: um debate sobre os limites da racionalidade**. In: GUERRA, Luiz (coord.). *Temas contemporâneos do direito: homenagem ao bicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Guerra, 2011, p. 515-526.
- BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. **Lavagem de dinheiro - Fenomenologia, Bem Jurídico Protegido e Aspectos Penais Relevantes**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- CALGARO, Fernanda; e BALZA, Guilherme. Julgamento do mensalão: Alerto o Brasil que este é só o 1º passo, diz Barbosa após absolvição no STF. *Uol Notícias*. 27 fev. 2014. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2014/02/27/aviso-o-brasil-que-e-so-o-comeco-diz-barbosa-apos-derrota-no-stf.htm>.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento**. *Revista de sociologia e política*. Curitiba, n. 28, p. 161-179, Jun. 2007.
- CARVALHO NETTO, Menelick de; e SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. **Reflexões sobre a relação entre constituição, povo e estado a partir da discussão de uma constituição para a Europa**. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, a. 1, n. 2, p. , jan.-dez. 2004.

e-puxa’ da independência judicial (*waxing and waning*). Esse vai-e-vem promoverá oscilações nas condições concretas do que pode ser um Judiciário independente” (Guerra, 2010, p. 182).

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **O Direito “Dúctil” de Gustavo Zagrebelsky: flexibilidade exegética ou misticismo judiciário?** *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 99, n. 370, p. 443-449, nov.-dez. 2003.

CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes.** In: VIANNA, Luiz Werneck (org). *A Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte-Rio de Janeiro: UFMG-IUPERJ, FAPERJ, 2002, p. 17-42.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Konrad Hesse x Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder.** *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 35, n. 138, 1998.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. **Ação Penal 470 está cheia de mensagens para o Direito.** *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-21/dimitri-dimoulis-acao-penal-470-cheia-mensagens-direito>.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Entrevista Celso de Mello - Ministro do STF defende fim do foro privilegiado.** *Folha de São Paulo*. São Paulo, 26 fev. 2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/27764-ministro-do-stf-defende-fim-do-foro-privilegiado.shtml>.

GOMES, Eduardo Biacchi; WINTER, Luis Alexandre Carta; MONTENEGRO, Aline Ferreira. **Direito do acesso à Justiça e ação penal 470 do Supremo Tribunal Federal.** *Julgar on Line*, Lisboa, v. 22, p. 1-21, 2014. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/11/Artigo-STF.pdf>.

GRECO, Luís; LEITE, Alair; e ASSIS, Augusto. **Domínio do fato: Roxin faz esclarecimento ao público sobre mensalão.** *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-19/mensalao-esclarecimento-claus-roxin-publico-brasileiro#autores>.

GROTH, Terrie R. **A democracia como problema do direito.** *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 13, p. 77-94, 2006.

GUERRA, Gustavo Rabay. **O direito racional e o retorno ao argumento: teorias da argumentação jurídica como canais para um pós-positivismo factível.** *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*, Caruaru-PE, v. 34, p. 165-190, 2003.

GUERRA, Gustavo Rabay. **Estrutura lógica dos princípios constitucionais: Póspositivismo jurídico e racionalidade argumentativa na reformulação conceitual da normatividade do direito.** *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, a. 3, n. 7, jan-jun. 2006.

GUERRA, Gustavo Rabay. **Independência judicial como garantia democrática.** *Parahyba Judiciária*. João Pessoa, v. 8, p. 171-196, 2012.

GUERRA, Gustavo Rabay; e GROTH, Terrie Ralph. **A Fundação da Nova Política Judicial Brasileira.** In: GUERRA, Luiz (coord.). *Temas Contemporâneos do Direito: homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Guerra Editora, 2011, p. 239-263.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **(Anti-)Direito e força.** *Revista Mestrado em Direito (Unifiefio)*, Osasco, a. 6, n.2, 2006, p. 25-35.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação.** Tradução de Cláudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, t. 1.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; e JAY, John. **O Federalista**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- HELLER, Agnes; e FEHÉR. **A condição política pós-moderna**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.
- LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **A invasão do direito: a expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- MAIA, Alexandre da. **Da epistemologia como argumento ao argumento como racionalidade jurídica (por uma dogmática jurídica da multiplicidade)**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2001 [tese de doutorado, Programa de Pós-Graduação em Direito].
- MCNOLLGAST (Mathew D. McCubbins; Roger Noll; e Barry Weingast). **Conditions for Judicial Independence**. *Journal of Contemporary Legal Issues*, San Diego Legal Studies Paper, p. 7-43, 2006.
- MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris/CPGD-UFSC, 1994.
- MONTEIRO, Jorge Vianna. **Intermediação Política, Revisão Judicial e atendimentos preferenciais**. *Revista Brasileira de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v. 40, p. 741-750, jul.-ago. 2006.
- MOREIRA, Luiz. **Ação penal 470: sem provas e sem teoria**. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 21 nov. 2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/79151-acao-penal-470-sem-provas-e-sem-teoria.shtml>.
- NEVES, Marcelo. Observatório Constitucional: **Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal**. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios – o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação – A Nova Retórica**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Trad. Diego-Manual Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, t. 1.
- SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte burguesa. [O que é o Terceiro Estado?]**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

STRECK, Lenio. Senso Incomum **O perigo do neopentecostalismo jurídico - Parte I.** *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-19/senso-incomum-perigo-neopentecostalismo-juridico>.

STRECK, Lenio. Senso Incomum **O perigo do neopentecostalismo jurídico - Parte II.** *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-26/senso-incomum-perigos-neopentecostalismo-juridico-parte-ii>.

TUSHNET, Mark. **Democracy versus judicial review: is it time to amend the constitution?** *Dissent*. Nova Iorque, v, 2, n. 52, 2005, p. 59-63.

VILA-NOVA, Alana Abílio Diniz. O Mensalão e a diferença entre gestão fraudulenta e gestão temerária: o STF ainda em águas procelosas. *Os constitucionalistas*. Brasília, 11 abr. 2013 (a). Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-mensalao-e-a-diferenca-entre-gestao-fraudulenta-e-gestao-temeraria-o-stf-ainda-em-aguas-procelosas>.

VILA-NOVA, Alana Abílio Diniz. **A dose da dosimetria.** *Os constitucionalistas*. Brasília, 2 jul. 2013 (b). Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-dose-da-dosimetria>.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement.** Oxford: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review.** *The Yale Law Journal*. New Haven, n. 115, n. 6, p. 1351-1406, 2006.