

A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE LUIGI FERRAJOLI E RONALD DWORKIN: EM DEFESA DE UMA (ADEQUADA) LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO

CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AND THE TEORIES OF
LUIGI FERRAJOLI AND RONALD DWORKIN: IN DEFENSE OF AN
(APPROPRIATE) UNDERSTANDING OF THE CONSTITUCION

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL ENTRE LUIGI FERRAJOLI
Y RONALD DWORKIN: EN DEFENSA DE UNA (ADECUADA)
LECTURA MORAL DE LA CONSTITUCIÓN

Licença CC BY:

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.



Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini¹
Rafael Tomaz de Oliveira²

Resumo: Tratamos neste trabalho sobre a interpretação constitucional a partir do estudo das obras de Luigi Ferrajoli e Ronald Dworkin. Analisamos as afirmações sobre a força normativa da constituição, a defesa intransigente da democracia e a luta pela concretização dos direitos fundamentais. Discorremos sobre a conexão necessária entre direito e moral. Analisamos o processo de interpretação das garantias constitucionais e a possibilidade de interpretações que tragam valores morais, não aquela deformada pelo espelho da subjetividade, mas a que constitui os fundamentos da comunidade política. Defendemos a obrigação de juízes, intérpretes e aplicadores da lei de obedecer à integridade do direito, de forma que suas decisões não se baseiem em suas convicções pessoais e morais sobre política, sociedade, etc., para que não haja discricionariedade e se preserve a efetiva democracia.

Palavra-chave: Interpretação constitucional; Moral; Força vinculante.

Abstract: This work analyzes the constitutional interpretation based on the study of the works of Luigi Ferrajoli and Ronald Dworkin. We analyze the statements about the normative binding of the constitution, the

- 1 Doutora em Direito pela PUC/SP. Professora Titular do Programa de Pós-Graduação e Graduação em Direito da UNAERP (Universidade de Ribeirão Preto, Estado de São Paulo). Juíza de Direito (TJ/SP). E-mail: fzanferdini@hotmail.com.
- 2 Doutor em Direito pela UNISINOS-RS. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação e Graduação em Direito da UNAERP (Universidade de Ribeirão Preto, Estado de São Paulo) e das Faculdades Guanambi/BA. Advogado. E-mail: rafael_81oliveira@hotmail.com.

intransigent defense of democracy, and the struggle for the realization of fundamental rights. We discuss the necessary connection between law and morals. We analyze the process of interpretation of constitutional guarantees and the possibility of interpretations that bring moral values, not the one deformed by the mirror of subjectivity, but the one that constitutes the foundations of the political community. We defend the obligation of judges, interpreters and law enforcers to obey the integrity of law, so that their decisions are not based on their personal and moral beliefs about politics, society, etc. without leaving any margin for discretion in order to preserve effective democracy.

Keywords: Constitution interpretation; Moral; Binding legal force.

Resumen: Tratamos en este trabajo sobre la interpretación constitucional a partir del estudio de las obras de Luigi Ferrajoli y Ronald Dworkin. Analizamos las afirmaciones sobre la fuerza normativa de la constitución, la defensa intransigente de la democracia y la lucha por la concretización de los derechos fundamentales. Discurremos sobre la conexión necesaria entre derecho y moral. Analizamos el proceso de interpretación de las garantías constitucionales y la posibilidad de interpretaciones que traigan valores morales, no aquella deformada por el espejo de la subjetividad, sino la que constituye los fundamentos de la comunidad política. Defendemos la obligación de jueces, intérpretes y aplicadores de la ley en obedecer a la integridad del derecho, de forma que sus decisiones no se basen en sus convicciones personales y morales sobre política, sociedad, etc., para que no haya discrecionalidad y se preserve la efectiva democracia.

Palabras-clave: Interpretación constitucional; Moral; Fuerza vinculante.

INTRODUÇÃO

Ontem, os Códigos; hoje, as Constituições...! Assim proclamou Paulo Bonavides – um dos mais importantes constitucionalistas brasileiros – o advento de um novo tipo de experiência constitucional vivenciada pela Europa continental a partir do fim da Segunda Guerra Mundial.³ De um modo muito similar, Jorge Miranda indicou esse novo modelo de constitucionalismo como um tipo de “revolução” no âmbito da teoria do direito e da dogmática jurídica, similar àquela propiciada por Copérnico quando ofereceu uma alternativa científica ao modelo astronômico de Ptolomeu: tal como a terra cedeu lugar ao sol como o centro de nosso sistema planetário, os Códigos cederam lugar às Constituições como o centro do sistema jurídico. Falava, então, o professor português de uma “revolução copernicana” do direito público.⁴ Ambos os autores atestavam o fato de que, a partir da segunda

3 Sobre o assunto, Cf. (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as Constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, 2004.

4 A expressão de Jorge Miranda é mencionada em STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 216 e ss.

metade do século XX, as Constituições deixaram para trás sua tradicional concepção que atribuía a ela a estrita função de realizar a conformação política do Estado, estabelecendo um procedimento para produção legislativa e dos demais atos do Poder público, tornando-se *juridicamente* vinculante, passando a prever um rol de direitos fundamentais que determinavam os conteúdos desta mesma produção normativa. Vale dizer – na fórmula consagrada por Konrad Hesse –, as Constituições do Segundo Pós-Guerra, mais do que simples “folhas de papel”, como queria Ferdinand Lassalle, possuem *Força Normativa*, vinculando diretamente as relações entre sociedade e Estado.⁵

Se não é possível dizer que essa descrição está errada, por outro lado, é correto afirmar que ela encerra uma meia verdade: descreve o ambiente vivenciado pela Europa Continental (principalmente no que tange a países como Itália, Alemanha, Espanha e Portugal), mas deixa de mencionar – para não dizer que exclui – a experiência do constitucionalismo estadunidense, que convive com um constitucionalismo jurídico (portanto, com uma concepção normativa de Constituição) desde o célebre Aresto de Marshall, em 1803, no julgamento do caso *Marbury vs. Madison*. Ademais, também a discussão sobre a interpretação judicial dos chamados “direitos abstratos” aparece como pauta constante da doutrina constitucional estadunidense desde o século XIX.⁶

5 Cf. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

6 De fato, é importante considerar que – embora existam elementos tipológicos que podem ser encontrados nas mais variadas experiências constitucionais – o constitucionalismo é um movimento multifacetado que tem raízes profundas nas experiências culturais de cada povo. No caso retratado no texto, é nítido que, enquanto a Europa explorava o significado político das estratégias de limitação de poder, nos EUA, houve um acentuado grau de juridicidade na construção de seu movimento constitucional. Tanto isso é assim que a absoluta maioria da literatura americana sobre história das instituições jurídicas, direito constitucional e *judicial review*, relata experiência e debates que problematizavam a interpretação de direitos fundamentais – chamados por lá de “direitos abstratos” – já no século XIX. Com efeito, de lá para cá, o constitucionalismo estadunidense produziu uma considerável bibliografia sobre como foram julgados esses casos em que se discutia a aplicação dos direitos fundamentais, sendo que hoje o foco de análise se dá em torno da delimitação das experiências ativistas da Suprema Corte ao longo da história, bem como na identificação da construção de argumentos de limitação do poder de revisão da corte, conhecido como *judicial self-restraint*. É isso que está indicado no texto de Christopher Wolfe: *The rise of modern judicial review. From constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994. Para uma identificação precisa do caráter jurídico do constitucionalismo norte-americano, também Cf. MURPHY, Walter F. *Judicial Supremacy*. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). *Judicial Power and the Constitution*. Selections from the Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillan, 1990, p. 54-7. Igualmente importante é o trabalho de TRIBE, Laurence H. *The invisible constitution*. New York: Oxford University Press, 2008. Numa posição distinta sobre o papel do judiciário na realização da interpretação da constituição, ver: ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002. Em todas as obras citadas, há um número significativo de referências a casos julgados pela Suprema Corte, nos quais a interpretação da constituição implicava a aplicação direta de direitos fundamentais (para o bem e para o mal). Independentemente, o fato é que – em última análise – os autores acima citados corroboram a afirmação de que o problema da força normativa da Constituição se apresenta no contexto

De toda sorte, é certo que a experiência constitucional vivenciada por diversos países da Europa continental nos anos que se seguiram ao final da Segunda Guerra Mundial representou uma novidade para teoria jurídica predominante até então.

Pois é neste contexto de novidade – de afirmação da força normativa da constituição e da incorporação nos textos constitucionais de direitos fundamentais vinculantes – que a extensa obra de Luigi Ferrajoli deve ser lida. A defesa intransigente da democracia e a luta pela concretização dos direitos fundamentais acompanham a trajetória desse autor, tão caro ao pensamento jurídico brasileiro atual.

Ferrajoli é um autor especialmente preocupado com o fenômeno das constituições normativas do segundo pós-guerra e de sua consequência para a teoria do direito. Em seus trabalhos, procura sempre apontar para o fato de que a profusão de novas teorias jurídicas que objetivam dar conta dessa nova experiência constitucional terminou por criar dois grandes modelos de análise que englobam as mais diversas posições: há, de um lado, um *constitucionalismo principialista* e, de outro, um *constitucionalismo garantista*.

No interior do conceito *constitucionalismo principialista*, Ferrajoli encaixa as mais variadas posições que compõem os chamados *pós-positivismo* e *neoconstitucionalismo*. Nos termos por ele propostos, todas essas posições partilham da ideia de que a novidade representada pela juridicidade das Constituições do Pós-Guerra deve ser entendida como uma superação do positivismo jurídico – que pregava uma separação exclusiva entre direito e moral e descrevia o direito como um simples sistema de regras, deixando de lado outros padrões normativos, como é o caso dos princípios – em favor de um modelo teórico que reconheça uma necessária conexão entre direito e moral e que reconheça um papel privilegiado dos princípios na formação concreta do direito. Esse tipo de posição teórica acarreta um modelo de fundamentação do direito tendencialmente “jusnaturalista” ou “ético-objetivista”.

De outra banda, o *constitucionalismo garantista* – que é a proposta teórica defendida por Ferrajoli – afirma que o *novum* desse movimento constitucionalista vivenciado pelas democracias do segundo Pós-Guerra só pode ser apreendido

estadunidense desde a afirmação da *judicial review*.

em sua plenitude se ele for entendido como um aperfeiçoamento do positivismo jurídico. Afirma que, como a questão da democracia está no cerne desse debate, é preciso reconhecer que há uma relação interna e imanente entre positivismo e democracia, de modo que o melhoramento que esse novo modelo constitucional agregou ao positivismo foi o fato de que os dispositivos guarnecedores de direitos fundamentais passaram a possibilitar uma submissão conteudística por parte dos demais poderes – inclusive a legislação – à Constituição: além do “quem” e do “como”, que já era uma preocupação das manifestações posteriores do positivismo jurídico, o *constitucionalismo garantista* apresenta um modelo de positivismo que prescreve também uma adequação do “que”, vale dizer, dos conteúdos veiculados pela legislação.

A posição de Ferrajoli, nesse sentido, pode ser capitulada como uma espécie de *iluminismo constitucional*, uma vez que há inúmeros traços que aproximam seu *constitucionalismo garantista* de elementos teóricos e práticos que compunham o painel teórico-cultural do *iluminismo* dentre os quais, *v.g.*, podemos citar:

i) a tese da separação entre direito e moral⁷, no interior da qual esta última é quase que identificada ou com algum tipo de elemento religioso de fundo (a moral católica, como aparece na p. 16); ou, ainda, uma moral secularizada – ou laica – que, à moda da filosofia moderna, é entendida como expressão de uma subjetividade isolada – ou solipsista, como diria Lenio Streck. Nesse sentido, qualquer influência da moral sobre o direito deve ser, taxativamente, repudiada.

ii) Por outro lado, há um certo proceder argumentativo nos termos de uma *filosofia da história*, dentro do qual o conteúdo regulatório presente na

7 De notarmos que, no ambiente cultural da modernidade, existe uma luta constante – que vem desde Hobbes – no sentido de afirmar uma separação entre moral e política. Com efeito, a modernidade é marcada por um processo que procurou justificar os atos de governo e de imposição da força física pelo poder político fora do contexto teológico que, no medievo, dava sustentabilidade à política, a partir da unidade representada pelo poder da igreja católica. Os movimentos reformistas no interior da doutrina católico-cristã, a constante eclosão de guerras civis religiosas e o posterior surgimento dos Estados Nacionais levaram à formação de outros contextos de justificação do poder político, que procuravam se desvincular das justificativas teológicas/ontológicas de até então. Portanto, a moral de uma comunidade política deve ser pensada nesse contexto. Todavia, as teses iluministas foram mais radicais e reconheceram – em toda e qualquer representação da moral – algum tipo de elemento irracional que deveria ser combatido pela Razão. Nossa posição, contudo, procura se afastar desse radicalismo iluminista. Ao contrário, perfilamos a tese de que uma composição jurídica desde sempre sofre os influxos da moralidade (que é aquilo que lhe confere legitimidade), mas essa moralidade, justamente por ser moral, não está a serviço de uma crença pessoal ou da representação subjetiva que uma consciência isolada possui da sociedade. Essa moralidade é instalada no espaço público sendo, por isso, desde sempre uma moral compartilhada (Sobre o processo de “secularização” da política, Cf. KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e Crise**. Uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999).

ideia de *progresso* condiciona a tessitura do texto. Isso fica claro tanto no modo como o autor expressa a defesa de sua proposta teórica (que aparece como um aperfeiçoamento ou reforço – em um sentido claramente *evolutivo/progressivo* – do *positivismo jurídico*), quanto na sua descrição *evolutiva* do Estado (que, em outra obra, é apresentada no sentido de uma sucessão histórica entre o chamado *Estado Jurisdicional*, predominante na transição do medievo para a modernidade; passando pelo *Estado legal*, que tem seu apogeu no século XIX, pelo *Estado social burocrático* do entre guerras, até chegar ao *Estado Constitucional* contemporâneo).⁸ Há, nessas duas manifestações, o *exemplar sentido ético do iluminismo: a crença de que o progresso, como motor da história, faz com que – sem embargo dos revezes ao longo do caminho – a humanidade evolua, melhore, inclusive em termos de aperfeiçoamento de teorias.*

Feita essa devida contextualização, é preciso dizermos, ainda, que o jusfilósofo pretende oferecer um *confrontamento* crítico entre duas posições apresentadas anteriormente, quais sejam, o *constitucionalismo principialista* e o *constitucionalismo garantista*, deixando claros os riscos democráticos e jurídicos criados pelas teses que compõem o ambiente do *constitucionalismo principialista*.

O enfrentamento das duas posições se dá a partir da análise, desde o ponto de vista do *constitucionalismo garantista*, dos três principais elementos teóricos do *constitucionalismo principialista*:

- i) A conexão necessária entre Direito e Moral;
- ii) A distinção entre Regras e Princípios;
- iii) A Ponderação como modelo privilegiado de aplicação do direito.

Na catalogação das posições teóricas que expressam o núcleo definidor do *constitucionalismo principialista*, Ferrajoli cita autores como Robert Alexy, Manuel Atienza e Ronald Dworkin. Por certo que, no momento em que unifica posições teóricas tão díspares entre si, Ferrajoli cria um problema para a crítica que pretende efetuar: ela pode estar apontada para o alvo errado. No caso, isso fica muito evidente com relação a Ronald Dworkin. Isso porque, dos elementos elencados acima – que, nos termos propostos no texto, compõem a ossatura do

⁸ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Principia Juris*. Teoria del diritto e della democrazia. Roma: Editori Laterza, 2007, 2 v. p. 83 e ss.

constitucionalismo principialista –, Dworkin só participa, com muitas ressalvas, do segundo: a distinção entre regras e princípios. No que tange ao problema da “conexão entre direito e moral”, há uma distância oceânica a separar a proposta de Robert Alexy, por exemplo, daquela defendida por Dworkin na sua propalada *leitura moral da Constituição*.⁹ Quanto à ponderação, devemos ter presente que, em nenhum momento de sua obra, o jusfilósofo estadunidense chegou a promovê-la como procedimento para solução de uma colisão entre princípios para resolução dos casos jurídicos.

Diante disso, parece-nos correto afirmar que a crítica de Ferrajoli acerta em cheio as propostas teóricas que, de um modo ou de outro, estão em diálogo com Robert Alexy. Seja porque defendem um modelo de complementação entre o direito e a moral (na terminologia da teoria da argumentação alexyana: uma relação de complementariedade entre o discurso prático especial, que é o direito, e o discurso prático geral, que é a moral), seja porque reconhecem na ponderação um procedimento útil para solução daquilo que, com base na Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, se nomeia como *colisão de princípios*. No entanto, dispara muito longe das teses centrais que compõem o argumento dworkiniano.

Em última análise, é possível afirmar até que existem pontos de contato entre a proposta de Dworkin e aquela defendida por Ferrajoli. Isso porque, tanto o *juízo de substancialidade* a que o *constitucionalismo garantista* submete a lei, quanto a *leitura moral da constituição* asseverada pela teoria integrativa dworkiniana, apresentam uma defesa dos direitos da minoria e apresentam, também, uma solução similar para o aparente embate entre democracia (governo da maioria) e direitos fundamentais (garantias das minorias).

Nessa medida, há que perguntarmos: será que, diante de uma análise cuidadosa, a obra de Dworkin poderá continuar a figurar como objeto da crítica efetuada pelo *constitucionalismo garantista*?

É preciso ter presente, também, que as críticas de Ronald Dworkin, no que é

9 Em virtude dos limites deste trabalho, não é possível abordarmos todas as nuances que separam a ideia de inter-relação entre direito e moral de Dworkin (tal como aparece expressa, com maior refinação, em **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, em especial a introdução) da tese da complementariedade entre direito e moral, como quer Robert Alexy (de modo emblemático, essa questão está descrita em **La institucionalización de la justicia**. Granada: Editorial Comares, 2005). Para um aprofundamento dessa questão, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, em especial o pós-posfácio; e TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, em especial o item 4.

seguido por Lenio Streck, ao positivismo jurídico, não representam – de nenhuma maneira – a assunção de pressupostos jusnaturalistas de adequação ou correção do direito pela moral. No caso de Dworkin, que, diferentemente da teoria alexyana – que possui um corte explicitamente analítico –, propõe uma teoria *construtivista*, edificada a partir da descoberta de que o *direito é um fenômeno interpretativo*, a defesa que fazemos é de que a interpretação do direito depende de uma *leitura moral*.¹⁰ Ressaltemos: Não afirmamos que esta leitura moral fará uma “correção” do direito vigente, mas, ao contrário, é ela que sustenta a interpretação, vale dizer, ela é o “lugar” de onde a interpretação jurídica retira sua origem. Daí que, em sua proposta de uma Teoria da Decisão – que pressupõe um rompimento com o positivismo jurídico –, Lenio Streck, a partir desse ponto de partida dworkiniano, somadas as contribuições da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, afirme que há, entre direito e moral, uma relação de *cooriginariedade*.

Tampouco, em tais posições, existe a aderência ao procedimento da ponderação como fórmula privilegiada de aplicação do direito. Isso porque elas apontam para o caráter rigorosamente interpretativo da experiência jurídica, algo que traz consigo determinadas consequências, que não estão presentes nas teorias argumentativistas/principialistas em sentido *lato*.¹¹

No item seguinte, procuraremos desenvolver essas questões com mais vagar. Nossa análise ficará restrita ao juízo de *substancialidade*, vale dizer, àquele atinente ao controle dos conteúdos da produção legislativa, no modo como defendido pelo *constitucionalismo garantista*.

A pergunta guia dessa investigação quer saber como é possível que esse *juízo de substancialidade da lei* (e, em última análise, dos demais atos do poder público) seja feito de uma forma neutra, a partir de um ponto situado do “lado de

10 Cf. DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**. A Leitura Moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

11 É importante notar que há uma diferença entre argumentação e interpretação. A teoria de Dworkin, embora use recorrentemente o termo *argumento*, é uma teoria *interpretativa* e não *argumentativa*, vale dizer, Dworkin não pode ser considerado um teórico da Teoria da Argumentação. Essa sutileza não passou despercebida por Paul Ricoeur que, no texto *interpretação e/ou argumentação*, demonstra que diferentemente da teoria de Robert Alexy, que possui a característica de reivindicar para a prática argumentativa geral a qualidade de *Begründung*, ou seja, de fundamentação; Ronald Dworkin está muito mais interessado no horizonte político-ético no qual se desdobra a prática interpretativa do direito. Para ele, afirma Ricoeur, “o direito é inseparável de uma teoria política substantiva. É esse interesse último que, afinal, o afasta de uma teoria formal da argumentação jurídica” (RICOEUR, Paul. *Interpretação e/ou Argumentação*. In: **O Justo**. vol. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 153-173.

fora” da *leitura moral*. Queremos saber quais são as “condições de possibilidade” desse juízo de substancialidade da lei e, ao final, afirmamos que esse juízo só é possível nos termos de uma leitura moral da Constituição.

Noutras palavras, como é possível interpretar a garantia da presunção de inocência, por exemplo, sem que nessa interpretação se dê um debate sobre as “valorações” (morais) que permeiam o momento mais decisivo dessa concreção substancial, que é sua adequação a um caso apresentado?

FERRAJOLI V.S. DWORKIN: UM CONFRONTO HERMENÊUTICO ENTRE AS DUAS PROPOSTAS TEÓRICAS

Do que dissemos anteriormente, fica claro que Ferrajoli desfere um duro golpe naquelas posições teórico-filosóficas que ele classifica como sendo parte do *constitucionalismo principialista*. Afirma que todos os autores defensores desse principialismo constitucional estão associados, de algum modo, a um modelo jusnaturalista ou ético objetivista de fundamentação do direito. Demonstra como a reivindicação de uma conexão (necessária) entre direito e moral pode nos colocar em um rumo não democrático, que acabaria por desembocar num tipo extremamente pernicioso de dogmatismo moral; que a distinção entre regras e princípios, no modo como vem sendo realizada, enfraquece o papel normativo das constituições e, portanto, da hierarquia das fontes; e que estes fatores, associados ao modelo ponderativo de aplicação do direito, levam ao ativismo judicial e ao enfraquecimento da submissão dos juízes à lei, colocando em xeque as fontes de legitimação da jurisdição.

Na resposta de seu *constitucionalismo garantista*, Ferrajoli defende a tese de que o constitucionalismo (jurídico) só pode ser entendido como um aperfeiçoamento – ou um reforço – do positivismo jurídico. Positivismo esse que o autor define como sendo a tradição teórica que identifica como direito apenas aquele que é posto pela autoridade do Estado. Não reconhece, assim, nenhuma instância superior transcendente (seja de ordem cosmológica ou teológica) que lhe conforme o sentido. Rechaça a tese da conexão entre direito e moral defendida

pelo *constitucionalismo principialista*, reafirmando a tese da separação. Essa defesa é para ele necessária na medida em que a tese da conexão pretende impor a todos valores morais de pessoas ou grupos, sob o pretexto de que estes valores seriam “objetivos”, “verdadeiros” ou “reais”. Revela-se, assim, uma “intolerância para com as opiniões morais dissidentes”. E isso é assim tanto para os defensores de uma ética católica – que o autor julga como mais coerente – quanto para aqueles que defendem uma ética objetivista laica, que estaria ancorada em um tipo de cognitivismo moral. Nesse sentido, a defesa da tese da separação entre o direito e a moral seria uma necessidade democrática. Nas palavras de Ferrajoli: “a negação do cognitivismo ético e a defesa da separação entre direito e moral, que conformam o pressuposto do constitucionalismo garantista, são, portanto, o fundamento e, ao mesmo tempo, a principal garantia do pluralismo moral e do multiculturalismo, isto é, da convivência pacífica das muitas culturas que convivem em uma mesma sociedade”.

Esse o teor da crítica. Passemos, então, ao entendimento da posição teórica do autor. Na descrição do que seja o seu *constitucionalismo garantista*, Ferrajoli anota o seguinte:

Como *teoria do direito*, o constitucionalismo positivista ou garantista é uma teoria que tematiza a divergência entre o *dever ser* (constitucional) e o *ser* (legislativo) do direito. Em relação à teoria paleo-positivista, o constitucionalismo garantista caracteriza-se pela distinção e virtual divergência entre *validade e vigência*, uma vez que admite a existência de normas vigentes porque em conformidade com as normas procedimentais sobre sua formação e, todavia, **inválidas porque incompatíveis** com as normas **substanciais** sobre a sua produção [grifo nosso].¹²

Fica claro, portanto, que o reforço ou aperfeiçoamento do constitucionalismo positivista com relação ao paleo-positivismo está representado por esse *juízo de substancialidade* que a jurisdição constitucional deve fazer para identificar o direito constitucionalmente *ilegítimo*. Para Ferrajoli, essa substancialidade constitucional – plasmada em maior medida nos direitos fundamentais – não admite, nem no nível de um *modelo de direito*; nem no nível de uma *teoria do direito*; nem no nível de uma *filosofia ou teoria política* uma “conexão entre direito

12 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Principialista e Constitucionalismo Garantista. p. 11.

e moral". Pelo contrário, equivale a um limite ao poder dos juízes e ao seu arbítrio moral e, também, a um limite ao poder dos legisladores e à sua invasão na vida moral das pessoas.

Nesse caso, não há qualquer reparo à sua descrição. Isso no caso de aceitarmos a definição de "moral" como algo que depende do arbítrio do sujeito – no caso, do juiz. Assumindo tal definição, então, realmente, seria um retrocesso reconhecermos algum tipo de vínculo entre o direito e a moral. Aliás, é exatamente esse nosso entendimento: o de que o grande desafio da contemporaneidade é conseguir construir anteparos para atividade judicante¹³ (não no sentido de "reduzir" ou "mitigar" o poder dos juízes e sua independência funcional, mas, sim, com o intuito de aferir um maior grau de legitimidade democrática para as decisões judiciais) no interior daquilo que Lenio Streck vem chamando de uma Teoria da Decisão, garantidora de um direito fundamental de todo o cidadão que é o de obter respostas adequadas à Constituição. Portanto, se o sentido dessa conexão entre direito e moral depende do subjetivismo do juiz – como ocorre na maioria das manifestações do constitucionalismo principialista –, ela deve, de plano, ser rechaçada. Todavia, nem toda tese que reivindica uma cooriginariedade entre direito e moral (como acontece nos textos de Lenio Streck) ou uma interconexão (no termo proposto, recentemente, por Ronald Dworkin) defende esse tipo subjetivista de moral, decorrente de um cognitivismo ético.

Ou seja, para além dessa serôdia em torno da questão – se a moral depende de uma mera descrição dos fatos morais que acontecem na "realidade", independentemente do sujeito; ou se a moral é fruto da própria subjetividade –, afirma-se uma teoria interpretativa (do direito e da moral). Neste caso, a *compreensão* do que seja moral – abstrata ou concretamente considerada – é fruto de uma disputa (ou controvérsia, diria Dworkin) sobre qual a melhor interpretação, *substancial*, para "valores" como "democracia", "presunção de inocência", "liberdade", etc.

Nesse sentido, temos a seguinte passagem de Dworkin:

Em minha opinião, o argumento jurídico é um argumento típica e completamente moral. Os juristas devem decidir qual desses conjuntos coerentes de princípios *oferece a melhor justificação* da prática jurídica como um todo (...).¹⁴ [grifo nosso]

13 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

14 DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. p. 205.

Notamos, pelo trecho acima transcrito, que a questão da vinculação entre o direito e a moral não está associada a um parâmetro de correção transcendente, mas, ao contrário, remete-nos a uma imanência interpretativa que deve posicionar o argumento construído pela interpretação do direito constitucional no interior da melhor justificação para a prática jurídica.

Não é apenas isso. A interconexão, como quer Dworkin, entre direito e moral também repercute na própria concepção de “teoria”. Com efeito, para o jusfilósofo, mesmo no plano da teoria não é adequado falar em pura *descrição*, como se fosse possível conquistar um ponto arquimediano a partir do qual o teórico se colocaria, de forma neutra, a tratar dos conceitos jurídicos ou políticos. Para Dworkin, também os juízos *descritivos* (teóricos) e *valorativos* (morais) estão em estado de inter-relação. Isso fica claro quando o autor assevera que:

Conceitos de liberdade, democracia, etc. funcionam, no pensamento e no discurso comuns, como conceitos interpretativos de *valor*: seu sentido descritivo é contestado, e a contestação gira em torno de qual especificação de um sentido descritivo melhor apreende ou melhor dá conta desse valor. O significado descritivo não pode ser removido da força valorativa porque o primeiro depende do segundo desse modo particular. É claro que um filósofo ou cidadão podem insistir que, afinal de contas, não há valor na democracia, na liberdade, na igualdade ou na legalidade. Mas ele não pode defender esse ponto de vista simplesmente escolhendo uma entre as muitas versões questionadas da liberdade, por exemplo, e em seguida insistir que a liberdade entendida dessa maneira não tem valor. Ele deve afirmar não apenas que a liberdade é inútil nos termos de determinada concepção, mas que ela é inútil nos termos da melhor concepção defensável, e esse é um empreendimento muito mais ambicioso, que não separa os sentidos descritivo e valorativo, mas tira partido da inter-relação entre eles.¹⁵

Portanto, a teoria do direito de Dworkin se apresenta com uma preocupação fundamental de base: dar conta da controvérsia que inevitavelmente existe no momento da interpretação desses conceitos abstratos, de modo que a “melhor” interpretação possa aparecer como tal. Como o “melhor” dessa interpretação implica “valoração”, o argumento construído a partir dela será posicionado, necessariamente, em um horizonte moral.

15 DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. p. 212-213.

É nesse ponto que se instala a seguinte dúvida: quando Ferrajoli reconhece a existência de um *juízo de substancialidade* da lei em face da Constituição (a tematização da divergência entre o “dever ser” constitucional e o “ser” do direito legislado), esse reconhecimento não carrega consigo, necessariamente, um debate moral acerca dos conteúdos dos conceitos abstratos previstos no texto constitucional?

Um juízo substancial sobre o que seja, *in concreto*, a garantia da presunção de inocência – para ficar apenas neste exemplo – reivindica esse tipo de debate moral, bem na linha do que defende Dworkin, naquilo que ele considera uma *leitura moral da Constituição*, ou no modo como é discutido por Lenio Streck, de uma resposta adequada à Constituição.

Tomemos um caso exemplar para ilustrar essa afirmação. Em nossa exposição, procuraremos submetê-lo à avaliação tanto do *constitucionalismo garantista* (de Ferrajoli), quanto da teoria integrativa (de Dworkin, especificada na Teoria da Decisão de Lenio Streck).

UM EXERCÍCIO CONCRETO DE JUÍZO SUBSTANCIAL DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DE LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO

Em fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292, por maioria de votos, alterou entendimento sedimentado desde 2009 naquele tribunal no sentido de que a execução provisória da pena, nos casos em que ainda caiba recurso para tribunais superiores, não representa ofensa ao princípio da presunção de inocência plasmado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988.

Posteriormente, em setembro de 2016, o Supremo Tribunal voltou a se manifestar sobre o assunto, agora no julgamento de medida cautelar em sede de ação declaratória de constitucionalidade (ADC's 43 e 44) e, por uma maioria apertada de votos (seis contra cinco), reafirmou o entendimento de fevereiro. Não é preciso muito esforço para perceber que, nos dois julgamentos, o STF agiu como poder constituinte, alterando o dispositivo constitucional inscrito no artigo 5º, inciso LVII.

Fato instigante nessa história é que, na verdade, esse entendimento começou a sofrer essa espécie de mutação antes dessa discussão que envolve, propriamente, a execução da pena privativa de liberdade.

Com efeito, ainda em 2012, quando do julgamento conjunto das ADC's 29 e 30 e da ADI 4.578, o Pretório Excelso já havia manifestado entendimento semelhante. No caso, estava em debate no plenário do tribunal a Lei Complementar 135/2010 (conhecida como "lei da ficha limpa"), oportunidade em que o tribunal entendeu serem constitucionais as restrições aos direitos políticos passivos impostas pela lei. O nó górdio dessa decisão está, novamente, na interpretação conferida pela corte ao princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido, entendemos ser oportuno reconstruir aqui as origens desse debate e do desenvolvimento inicial da questão perante o poder judiciário por ser ela um bom laboratório de trabalho, quando o assunto é leitura moral ou juízo substancial de controle de constitucionalidade.

Adiantamos que nos posicionamos criticamente com relação às decisões exaradas pelo Supremo Tribunal nos casos acima descritos. Embora reconheçamos que o caráter prático dessa discussão seja hoje diminuto, do ponto de vista acadêmico é importante continuar a efetuar as devidas censuras epistemológicas às decisões de nossa corte constitucional que escapam à melhor e mais adequada interpretação constitucional.

Eis os fatos:

Entre o ano de 2009 e o ano de 2010, criou-se um sentimento generalizado no Brasil de que os cargos públicos eletivos – principalmente os destinados ao preenchimento das vagas que compõem o Congresso Nacional – estavam constantemente assujeitados por candidatos com conhecidas e contumazes passagens pelos tribunais, respondendo por processos de crimes graves, como evasão de divisas, lavagem de dinheiro, peculato e outros crimes contra a administração pública (muitos com condenação inclusive em grau de revisão, ou seja, em segundo grau de jurisdição) e que, ainda assim, continuavam a ser eleitos.¹⁶ Essa situação gerou um sentimento de indignação por boa parte da

¹⁶ Apenas a título de curiosidade, é importante lembrar que, em 2008, a AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) promoveu uma ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), que é um mecanismo do controle

população brasileira, uma vez que essa convivência espúria do sistema político com agentes públicos respondendo a vários processos judiciais e com grandes indícios de má conduta na administração da coisa pública acarretava/acarreta um descrédito das instituições democráticas. Tornou-se lugar comum, tanto nos veículos de opinião da grande mídia, quanto em alguns setores da comunidade jurídica, dizer que essa situação afrontava os ditames de moralidade administrativa e que, portanto, haveria por parte do congresso a necessidade de se criar uma legislação que desse efetivo cumprimento a essa regra constitucional (prevista no art. 37, *caput*, da CF/1988).¹⁷

Para explicar melhor a situação, convém esclarecermos algumas nuances do sistema processual brasileiro e sua relação com o princípio da presunção de inocência. De início, cabe lembrarmos que as democracias modernas se constituíram sob a égide do princípio da presunção de inocência. Trata-se de uma garantia constitucional que impede que o Estado submeta o indivíduo à sua força – aplicando-lhe algum tipo de pena que lhe restrinja direitos, seja esse direito à liberdade de ir e vir, seja esse direito o de votar e ser votado – sem que antes esse uso da força física por parte do Estado não esteja legitimado pelo estrito cumprimento do devido processo legal. No caso brasileiro, para efeitos de decretação definitiva da condenação (condição para legitimar a aplicação da pena por parte do Estado, ressalvados, evidentemente, os casos em que a lei estabelece legitimamente a necessidade das prisões cautelares), a Constituição exige que sejam esgotadas todas as instâncias recursais previstas em nosso sistema processual (é essa a presunção de inocência, prevista no artigo 5º, inciso LVII¹⁸ da CF/1988).

concentrado de constitucionalidade previsto no art. 102, § 1º da CF/1988, pedindo para que fossem levados em conta como critérios para a aferição da elegibilidade dos candidatos a cargos eletivos os antecedentes criminais e possíveis ações de improbidade administrativa em curso. Esse pedido aconteceu em 2008, nas vésperas das eleições municipais, e suscitou um grande debate. Na oportunidade, o STF decidiu que o pedido não poderia ser procedente, uma vez que era contrário à presunção de inocência garantida pela Constituição (para uma análise aprofundada do conteúdo dessa decisão Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009. p. 547 e ss.). Ocorre que, em 2009, mesmo depois da decisão do Supremo em sentido contrário, o tema continuou na pauta política do país e acabou chegando, pela via da iniciativa popular, ao Congresso Nacional brasileiro, na forma de Projeto de Lei Complementar. Em junho de 2010, o congresso aprovou o projeto, dando origem à Lei Complementar n. 135/2010, que originou o imbróglio jurídico retratado no texto.

17 Teor do artigo 37, *Caput* da CF/1988: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

18 Eis o texto do inciso LVII do art. 5º da CF/1988: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Setores da sociedade brasileira entenderam, contudo, que essa garantia constitucional criou uma sensação geral de impunidade que beneficiava alguns atores do cenário político, que – usando de meios ardilosos na administração pública – conseguiam levar adiante seus processos, postergando ao máximo sua condenação. Era necessário, portanto, rever quais seriam os critérios jurídicos para determinação desse “esgotamento das vias recursais” exigido pela garantia da presunção de inocência. Assim, afirmam alguns, no caso específico dos agentes públicos ocupantes de cargos eletivos, a garantia da presunção de inocência representava um atentado à moralidade necessária para lidar com a coisa pública, pois a possibilidade de recursos aos tribunais superiores prolongava demais o desfecho do processo, sendo que, na grande maioria dos casos, no momento da efetiva condenação, acabava-se por ter que se decretar extinta a punibilidade em virtude de ter transcorrido o prazo da prescrição *in concreto*. Isso tudo, somados os sucessivos escândalos noticiados pela imprensa de casos de corrupção envolvendo ministros de estado, deputados federais e senadores da república (conhecido como o famigerado caso dos “mensalões”, que envolveu membros de praticamente todos os partidos políticos do país), abriu espaço para que fosse defendida uma alteração da lei eleitoral para que esses desvios de conduta pudessem ser devidamente coibidos. Ou seja, a necessidade de “moralizar o processo político” impunha a consagração de uma legislação que se mostrasse apta a consecução de tal desiderato.

Em 2010, então em pleno ano eleitoral, essa lei de “moralização do processo político” foi promulgada pelo legislativo brasileiro com a “chancela democrática” de ter sido criada mediante proposta de Iniciativa Popular, um dos mecanismos de democracia semi-direta previstos pela Constituição de 1988 (art. 61, § 2º CF/1988).

Com efeito, a Lei Complementar n. 135/2010, conhecida como “lei da ficha limpa” – numa alusão ao fato de que, a partir dela, apenas cidadãos com bons antecedentes judiciais é que poderiam ser votados para ocupação dos cargos públicos eletivos –, instituiu novas regras para o processo eleitoral, que retiravam dos cidadãos brasileiros a possibilidade de serem eleitos, caso houvesse contra eles **decisão de órgão colegiado** (de segunda instância), **mesmo que ainda lhes restasse recurso para os tribunais superiores**. De se notar que, conforme foi assinalado anteriormente, pela sistemática do direito brasileiro,

mesmo com condenação em um órgão colegiado de segunda instância, ainda será possível interpor recurso dessa decisão – desde que atenda a uma série de requisitos previstos pela lei processual – a tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça), o que, em tese, cria a expectativa de que a condenação possa ser revista, gerando, portanto, incerteza quanto ao resultado final do processo. Portanto, como a Constituição exige, para efeitos de presunção de inocência, que só pode ser considerado culpado aquele que teve sua condenação determinada por decisão da qual não caiba mais recurso, os candidatos que, atendidos os requisitos, consigam levar seus processos até esses tribunais superiores, ainda não podem ser considerados condenados/culpados. Portanto, não sendo considerados condenados, não seria possível aplicar-lhes todos os efeitos da decisão condenatória. Desse modo, não poderiam eles ser considerados inelegíveis.

A despeito disso, a Lei Complementar n. 135/2010 considera que são inelegíveis os cidadãos que tiverem contra si condenações determinadas por órgãos colegiados, ainda que dessa decisão caiba recurso aos tribunais superiores. Há, portanto, uma virtual inconstitucionalidade, na medida em que, conforme dito acima, a garantia constitucional da presunção de inocência exige o esgotamento de *todas as vias recursais* para se considerar como definitiva a condenação. Ocorre que parcela da comunidade jurídica brasileira argumenta que a lei cumpre outra determinação constitucional – tão importante quanto a da presunção de inocência –, que é a garantia da moralidade na administração pública, prevista pelo artigo 37, *caput*, da Constituição de 1988. Os partidários dessa tese afirmam, ainda, que o direito à moralidade da administração pública é de caráter social, enquanto que a presunção de inocência representa uma garantia individual e, no conflito entre o interesse social e o individual, o primeiro é que deve prevalecer.¹⁹

¹⁹ Essa a posição assentada pelo Min. Carlos Aires Britto em voto proferido no RE 633703-MG. Na verdade, além da virtual inconstitucionalidade da Lei n. 135/2010, pela afronta à garantia da presunção de inocência, há outras inconstitucionalidades que podem ser a ela atribuídas. No caso do recurso no qual o Min. Aires Britto proferiu seu voto, o que se questionava era uma afronta ao art. 16 da CF/1988, que determina que lei que altera regras do processo eleitoral só pode ser aplicada às eleições depois de um ano de sua entrada em vigor. No caso, a lei foi aprovada em 2010 e teve sua aplicação determinada por alguns órgãos da Justiça Eleitoral já nas eleições de 2010. Ofendeu, portanto, a regra da anterioridade anual presente no art. 16. No julgamento do citado Recurso Extraordinário, o STF excluiu a aplicação da lei às eleições de 2010. Porém, não houve pronunciamento da Corte com relação à inconstitucionalidade da lei por afrontar a garantia da presunção de inocência. A questão encontra-se, portanto, em aberto. Todavia, já no julgamento desse recurso extraordinário, alguns ministros indicaram a forma como votariam caso o objeto de análise fosse a constitucionalidade da lei em tese – e não sua aplicação às

Diante disso, cabe perguntarmos: em sendo a Constituição o parâmetro material da legislação (ou seja, como afirma Ferrajoli, a Constituição determina o “dever ser” da legislatura), como seria possível resolver esse problema, se tanto a presunção de inocência quanto a moralidade administrativa estão “positivadas” na Constituição?

Notemos que, se a referida Lei Complementar pretendesse tão somente moralizar o processo político, sem nenhum respaldo no texto da Constituição, a questão seria de simples solução: bastaria impor a garantia da presunção de inocência contra esse tipo circunstancial de moralismo ventilado pela lei. Todavia, tanto quanto a presunção de inocência, também a moralidade está prevista expressamente pela Constituição, sendo considerada um dever a ser cumprido por todo e qualquer agente público.

Claro que, para os adeptos do *constitucionalismo principialista* que acreditam na fórmula da ponderação, caberia sempre apostar na saída de afirmar que, no caso apresentado, existe uma colisão entre o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII) com o princípio da moralidade da administração pública (art. 37, *caput*). De toda sorte, o problema da ponderação é muito bem identificado por Ferrajoli e, neste ponto, concordamos com a crítica feita pelo mestre.

Aliás, conforme afirma Dworkin, a tentativa de se encontrar um procedimento prévio (*a priori*), que nos permita encontrar uma decisão adequada para casos constitucionais como esse, é uma *empresa* fadada ao fracasso. Nos termos assinalados pelo jusfilósofo estadunidense, “não conseguiremos encontrar uma fórmula para garantir que todos os juízes cheguem à mesma resposta em processos constitucionais complexos, inéditos ou importantes”.²⁰

Se não há, contudo, a possibilidade de recorrermos a esse tipo de estratégia para solução do problema – até porque, em última análise, a ponderação é uma fórmula artificial que, no modo como vem sendo utilizada em países como o Brasil, tem servido para justificar decisões dispares sob o mesmo caso concreto²¹

eleições de 2010, como era o caso. O Min. Aires Britto foi um destes: sua posição vai no sentido de que a garantia dos direitos individuais não pode esvaziar a efetividade dos direitos sociais. Portanto, na interpretação por ele construída, a restrição à garantia de presunção de inocência se justifica em face do interesse maior, de cunho social, de moralização do processo político. Resta saber se essa construção permanece de pé diante da leitura moral da Constituição.

20 Cf. DWORKIN, *Direito da Liberdade*. p. 132.

21 Na 4ª Ed. de *Verdade e Consenso* (Saraiva, 2011), Lenio Streck escreve uma longa introdução procurando apontar para o ambiente no qual o livro e, no limite, toda sua obra deve ser lida. Nela, o autor apresenta aquilo que ele chama de recepções equivocadas realizadas pelo pensamento constitucional brasileiro que, diante de uma constituição normativa sem uma Teoria da Constituição adequada, foi obrigado a importar teorias produzidas por

–, por qual caminho passa a solução dessa questão? Ou seja, a chamada lei da ficha limpa está ou não de acordo com a Constituição brasileira de 1988?

Pensamos que a resposta a esta questão passa pela seguinte afirmação: é preciso avaliar os argumentos que são apresentados pela comunidade política, submetê-los à crítica e nos posicionarmos diante daquele que reflete – a partir de uma leitura moral – a resposta mais adequada à Constituição. Sendo mais claro, é preciso construir – a partir de um processo de interpretação das práticas jurídicas – o argumento que mostre a Constituição em sua melhor luz. Como afirma Dworkin, num contexto de análise crítica das decisões judiciais: é ingênuo tentar coibir os vícios das más decisões por meio de um procedimento universal a ser seguido por todos os juízes no momento em que decidem os casos constitucionais (jurisdição constitucional). “O vício das más decisões está nos maus argumentos e nas más convicções; tudo o que podemos fazer contra elas é apontar como e onde os argumentos estão falhos”.²²

É interessante anotar que Dworkin não exige uma correspondência desses argumentos ou convicções com uma espécie de “moral absoluta”, passível de ser conhecida por um sujeito privilegiado (cognitivism ético). O princípio anterior que deve moldar a interpretação construída pela jurisdição (constitucional – acrescentei) é a *integridade*. Essa exigência de integridade é manifestada por Dworkin em várias dimensões. Destacamos aqui duas dessas dimensões lembradas pelo autor no livro em que defende explicitamente a leitura moral da constituição.

Numa primeira dimensão, a integridade exige que “a decisão judicial seja determinada por princípios, não por acordos, estratégias ou acomodações políticas”.²³ Notemos, portanto, que, já de saída, a preocupação de Dworkin é com o Estado de Direito e com a democracia, na medida em que uma questão de princípio, neste caso, representa uma blindagem contra consequencialismos episódicos, manifestados em questões com “necessidade imediata de solução” e que produzem, no mais das vezes, profundo impacto no clamor popular. Vale

outras culturas. Muitas vezes essas teorias acabam sendo adaptadas ao ambiente cultural brasileiro, produzindo resultados patológicos. Uma dessas recepções equivocadas refere-se, exatamente, à ponderação proposta por Alexy. Na versão à *brasileira da ponderação*, ponderamos sem critérios. Não aplicamos a fórmula quanto-tanto, criada por Alexy justamente para conferir racionalidade ao procedimento utilizado pelo Tribunal Constitucional Alemão. Resultado disso é uma jurisprudência constitucional que, muitas vezes, se apresenta em estado de fragmentação, vindo a ocorrer situações interessantíssimas, como casos em que, num mesmo julgamento, ministros diferentes, fundamentando sua posição na ponderação, chegaram a resultados totalmente diferentes. Este caso é descrito por Lenio Streck na terceira edição da mesma obra, pp. 533 e segs.

22 DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade*. p. 132.

23 DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade*. p. 133.

dizer: a decisão deve apresentar argumentos que representem da melhor forma o *direito da comunidade política*, e não o direito conforme uma natureza imutável que, de forma transcendente, condiciona o direito humano histórico e imperfeito; nem um “direito” que atenda pragmaticamente o interesse temporário de setores da sociedade.

A segunda dimensão da integridade, segundo Dworkin, diz respeito a uma aplicação vertical: “se um juiz afirma que um determinado direito à liberdade é fundamental, deve demonstrar que sua afirmação é coerente com todos os precedentes e com as principais estruturas do nosso arranjo constitucional”.²⁴ Isso significa que, na construção de sua interpretação, a jurisdição (constitucional) não pode simplesmente compor seus argumentos de acordo com aquilo que seus membros pensam ser melhor (num sentido de uma moral subjetiva) para a sociedade, nem tampouco devem justificar sua interpretação numa essência absoluta ao tipo das posturas jusnaturalistas. Na construção de sua interpretação, a jurisdição deve, sim, justificar sua interpretação de modo a demonstrar que ela é a melhor (num sentido moral) no contexto do modelo constitucional vigente. Complementando essa exigência vertical – de ajuste da interpretação da melhor maneira possível ao arranjo constitucional da comunidade política –, há um ajuste de ordem horizontal: “um juiz que aplica um princípio deve dar plena importância a esse princípio nos outros pleitos que decide ou endossa”.²⁵

Não é outra a posição que Lenio Streck defende a partir da sua proposta

24 DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**. p. 133.

25 DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**. p. 133. No que atina a essa dimensão horizontal da integridade, é importante anotar que há uma série de particularidades – principalmente no que toca à modificação dos precedentes – que mereceriam ser abordadas com vagar. Todavia, esse particular não faz parte dos objetivos do texto, que está mais preocupado em colocar em questão o problema do juízo de substancialidade proposto pelo constitucionalismo garantista na perspectiva de saber se, de alguma forma, também ele não reivindica um horizonte moral para solução de casos concretos. Todavia, há importantes obras que tratam com cuidado do problema da “aplicação” dessa integridade horizontal. Problema particularmente inquietante nessa esfera temática é aquele que se afigura a partir de uma constatação apressada de que essa necessidade de recursividade das decisões – das próprias e das demais esferas que compõem a estrutura judiciária – poderia levar a um “continuismo histórico” ou a um excessivo conservadorismo judicial. Todavia, essa preocupação é apenas aparente. Com efeito, conforme anota Francisco Borges Motta – em obra que revela uma crítica contundente ao chamado “protagonismo judicial” –, assevera o seguinte sobre o problema da alteração das decisões passadas: “a integridade obviamente convive com a possibilidade (melhor dito: *necessidade*) de alteração das decisões (concepções) anteriores, e esclarece que aí não estará em jogo uma escolha entre “história” e “justiça”. Neste fio, uma decisão judicial que “quebre” (corretamente) um precedente, estará apenas realizando uma ‘conciliação entre as considerações que em geral se combinam em qualquer cálculo de direito político’, e isso na exata medida de que a decisão judicial nada mais faz do que tornarem efetivos direitos políticos já existentes. Não há nada ‘surpreendente’ aqui. Sucede simplesmente que as circunstâncias variam e os princípios mudam de peso no tempo. (...) De mais a mais, na medida em que se difunda – e aí a doutrina entra em cena – que determinado veredicto é um erro, a sua reinterpretção não só se fará oportuna, como necessária” (MOTTA, Francisco J. Borges. **Levando o Direito a Sério**. Uma crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 123).

de uma Teoria da Decisão Judicial. Segundo o jusfilósofo brasileiro, é preciso ter presente que a intersecção entre direito e moral (ou sua cooriginariedade) vem à tona a partir de Dworkin, não pela defesa de moralismos ou de jusnaturalismos, mas em virtude da identificação em sua teoria de uma “responsabilidade política de cada juiz/intérprete/aplicador, obrigando-o (*has a duty*) a obedecer a integridade do direito, evitando que as decisões se baseiem em raciocínios *ad hoc* (teleológicos, de moralidade ou de política)”.²⁶ O autor brasileiro é ainda mais enfático nesse sentido, ao asseverar o seguinte:

Quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de argumentos de princípio e não de políticas, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da “comunidade jurídica” como enunciados assertóricos ou categorias (significantes primordiais fundantes). Na verdade, quando sustenta essa necessidade, apenas aponta para os limites que devem haver no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes, etc.; ele deve decidir por princípios). É preciso compreender que essa “blindagem” contra discricionarismos é uma defesa candente da democracia.²⁷

Vejamos, portanto, que tal qual o juízo de substancialidade da lei, o argumento de princípios de Dworkin – assentado em uma leitura moral da constituição – também estabelece uma defesa candente, nas palavras de Streck, da democracia. Também há uma defesa intransigente da efetividade dos direitos fundamentais contra injunções episódicas das maiorias parlamentares. Então, a divergência que se apresenta mesmo é com relação ao papel da moral. Quanto a esse aspecto, cabe retomar a pergunta: é realmente possível que esse juízo de substancialidade (ou de materialidade) da constitucionalidade da lei seja feito sem que haja um enfrentamento dos juízos morais que tencionam essa interpretação?

No caso em análise, o que temos? Quantas são as possíveis posições em torno da presunção de inocência? Há quem entenda que essa garantia constitucional não pode ser maculada em virtude de um raciocínio pragmático que pretende remediar uma situação circunstancial da vida política brasileira. Por outro lado, há também os que defendam que essa presunção precisa ser mitigada, pois, no

26 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. p. 446.

27 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. p. 446.

momento em que foi dada oportunidade de recurso de um primeiro julgamento e, em sede de apelação a um órgão colegiado, a condenação foi mantida, seria um exagero aguardar o julgamento de um último recurso aos tribunais superiores. A simples revisão pelo órgão colegiado de instância inferior já seria o suficiente para cumprir o que exige a garantia de presunção de inocência. Há, ainda, o entendimento que defende a inelegibilidade de candidatos com condenações emitidas por órgãos colegiados, uma vez que se objetiva com isso dar vazão ao “princípio” constitucional da moralidade administrativa, que é um direito coletivo e que deve prevalecer diante do direito individual que cada candidato tem de ser presumido inocente até o efetivo trânsito em julgado da condenação.

O próprio Ferrajoli reconhece essa questão quando afirma que não é possível negar que “no exercício da discricionariedade interpretativa gerada pela indeterminação da linguagem legal, o intérprete é, frequentemente, orientado por escolhas de caráter moral”.²⁸

A grande questão que parece fugir da esfera de preocupações do mestre italiano é que exatamente esse fator leva não a uma possibilidade discricionária do interprete, mas à necessidade de haver uma justificação coerente com relação às práticas jurídicas. Ou seja, justamente porque há uma intersecção ou cooriginariedade entre direito e moral é que é possível controlar os sentidos produzidos no momento da decisão.

Ora, de todas essas posições, apenas uma irá determinar efetivamente o sentido jurídico que irá prevalecer. Podemos aceitar qualquer uma delas como legítima? Evidentemente, não! Mas, então, qual delas é a mais correta? Qual delas é a melhor no contexto do arranjo constitucional brasileiro? A resposta a essas perguntas depende, necessariamente, de uma leitura moral que coloque todas essas posições num ambiente de tensão, controvertido.

Parece-nos que, neste caso, a questão é saber em que circunstâncias e de que modo um direito individual como a presunção de inocência pode ser restringido. Esse “quando” e “como” deverá aparecer a partir de uma interpretação das práticas jurídico-constitucionais presentes no direito brasileiro. Com relação ao

28 FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Principialista e Constitucionalismo Garantista**. p. 14.

problema apresentado (a constitucionalidade da Lei Complementar n. 135/2010), se os motivos determinantes da restrição apresentada pela lei não estiverem autorizados por esse modelo institucional – como nos parece ser o caso –, a segunda questão – o como restringir – sequer precisa ser respondida. De fato, a restrição impingida pela referida lei não pode ser justificada – em nenhuma perspectiva – no contexto do nosso modelo constitucional.

Em primeiro lugar, o motivo determinante para restringir a presunção de inocência é baseado em um típico argumento de exceção que atenta frontalmente contra os princípios edificadores de um Estado de Direito. Ora, um problema circunstancial de funcionamento do sistema político é apontado como um caso que coloca em xeque toda a ordem pública e que, por isso, precisa de uma resposta legislativa que restabeleça a ordem perdida. A questão é que o restabelecimento da ordem, no caso, acarreta a suspensão do direito. Fica muito claro, portanto, o paradoxo apontado por Giorgio Agambem em seu *Estado de Exceção*: sob o pretexto de fazer cumprir uma lei, suspende-se o cumprimento do Direito.²⁹ Uma situação de necessidade reivindica a suspensão da execução de um direito, com o pretexto de salvar o próprio direito, com o restabelecimento da ordem. Esse caminho é perigoso, tortuoso e sem volta... Por mais que seja execrável vivenciar diuturnamente a recondução de pessoas de duvidosa conduta com relação à coisa pública, sua exclusão do processo político deve ser feita no contexto das regras democráticas (por meio do sufrágio e dos meios legais de condenação e ilegitimidade). Suspender o direito de presunção de inocência em virtude da “necessidade” de moralizar o processo político é abrir um perigoso espaço na institucionalidade, a partir do qual emergem figuras típicas de um Estado de Exceção.

Por outro lado, também o argumento de que o direito social à moralidade administrativa deve sobrepor-se ao direito individual à presunção de inocência pode ser afastado por não ser o que melhor se adéqua à nossa prática político-jurídica. Ora, além de estar assentado na – falsa – ideia de colisão entre princípios, esse argumento repristina a perigosa tese de que o coletivo é mais importante do que o individual, que era moda nas primeiras décadas do século XX. Despiciendo lembrar que esse tipo de argumento estava presente em muitos elementos das “visões de mundo” totalitárias que compuseram os anos de chumbo da primeira

29 Cf. AGAMBEM, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2003. p. 65 e ss.

metade do século passado. Portanto, essa imposição *prima facie* de direitos sociais sobre direitos individuais constitui um gravíssimo risco à democracia, além de ser um atentado contra os direitos fundamentais.

Corroborando a afirmação de que os direitos fundamentais – como, no caso, a presunção de inocência – devem prevalecer frente a argumentos que procuram sufocá-los a partir da arguição de *topois argumentativos* do tipo o “coletivo prevalece sobre o individual” ou, o que dá no mesmo, o “interesse público é superior ao privado”, temos a densa pesquisa realizada por Georges Abboud, que tem como foco a destruição do mito do interesse público sobre o privado. Importante destacarmos aqui as seguintes conclusões apontadas por Abboud como resultado de sua pesquisa:

VII. A fórmula que postula a necessária e incontestável primazia do interesse público sobre o particular é uma simplificação errônea e freqüente do problema que existe entre o interesse público e os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são essencialmente direitos contra o Poder Público (Estado). A própria existência dos direitos fundamentais seria colocada em risco, caso fosse admitida qualquer restrição contra eles, sob o argumento de que tal restrição traria benefício geral para a maioria da sociedade ou então para o próprio governo, ou ainda a preservação do interesse público.

VIII. A primazia dos direitos fundamentais sobre o interesse público configura a premissa fundamental para a caracterização do Estado Constitucional. Assim, caso fosse admitida a restrição de direito fundamental com fundamento na suposta primazia do interesse público, de uma única vez, seriam esvaziadas as duas principais funções dos direitos fundamentais: (i) oponibilidade contra o poder público; e (ii) proteção do cidadão contra formação de eventuais maiorias, ou da atuação do governamental supostamente embasada na vontade da maioria.³⁰

Encerrando essa questão, resta-nos ainda um argumento do tipo horizontal – tal qual apresentado na descrição de Dworkin. Com efeito, como ressaltado na nota n. 15 *infra*, em 2008, o STF julgou a ADPF n. 144, que tinha como objetivo vetar as candidaturas de cidadãos que tivessem seu passado

30 ABBOUD, Georges. O Mito da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado: A Dimensão Constitucional dos Direitos Fundamentais e os Requisitos Necessários para se Autorizar Restrição a Direitos Fundamentais. In: **Revista dos Tribunais**, n. 907, conclusões principais.

contaminado por processos criminais ou de improbidade administrativa ainda em curso no judiciário. No julgamento, o Supremo afirmou que a pretensão formulada na referida ação atentava contra a presunção de inocência, julgando improcedente o pedido. Lenio Streck, inclusive, faz uso desse julgamento para ilustrar o que pode ser considerada uma resposta adequada à Constituição.

Nos termos do autor:

Por maioria de votos, o STF decidiu que o princípio da presunção da inocência não dava azo a outra interpretação que não a de que o critério final era, efetivamente, o trânsito em julgado de sentença condenatória. Vê-se, assim, que, não obstante os argumentos de política (e de moral) utilizados pela Associação dos Magistrados Brasileiros, com apoio na expressiva maioria da imprensa, o STF esgrimiu decisão contrária, exatamente com fundamento em argumentos de princípio (presunção da inocência).³¹

Por uma questão de integridade “horizontal”, o STF não pode deixar de considerar como relevante esse precedente em futuros julgamentos a que a referida lei será submetida. É preciso lembrar, com Maurício Ramires, que “o precedente judicial adquire um papel decisivo na tarefa da continuidade da tradição e da integridade do direito. Sua influência e seu campo gravitacional serão tão mais fortes quanto maior for seu vetor de concretização de princípios constitucionais”.³² É interessante notar que o mesmo autor afirma mais adiante que, nessa atração exercida pelo precedente, o órgão judicial não pode se deixar levar por um simples precedente isolado em sua fundamentação. É necessário que a pesquisa pela jurisprudência “possa dar ao juiz um quadro da totalidade da prática jurídica estabelecida até então”.³³ De notarmos que, nos últimos anos, o tema da presunção de inocência tem ganhado destaque nos julgamentos do STF. No Plenário, firmou-se o posicionamento de que *é inconstitucional a chamada execução antecipada da pena*, tendo sido apontada uma possível inconstitucionalidade (não recepção) do art. 637 do CPP, que vedava a atribuição de efeitos suspensivos aos recursos extraordinários interpostos em matéria criminal. Nesse caso, o relator, Min. Eros Grau, entendeu estar configurada

31 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. p. 547.

32 RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 103-104.

33 RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. p. 104.

verdadeira execução antecipada da pena, muito embora o acusado já houvesse passado por duas condenações sucessivas (no juízo singular e no órgão colegiado na segunda instância).³⁴ Tudo em homenagem à garantia da presunção de inocência. Ora, também a suspensão de direitos políticos tem caráter de pena! Assim sendo, é evidente que impor tal restrição antes do trânsito em julgado da condenação representa afronta à presunção de inocência. Portanto, não restam dúvidas de que – por uma questão de integridade horizontal³⁵ – a afirmação da presunção de inocência deva prevalecer no julgamento da constitucionalidade da lei complementar n. 135/2010.

Fica claro, portanto, que, no caso, há uma gravíssima ofensa à presunção de inocência. Todavia, a interpretação lançada acima não poderia ser realizada se não estivesse fundada em uma controvérsia de fundo moral sobre o que significa – substancialmente – a presunção de inocência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, fica evidenciado que a tese da leitura moral da constituição – capitaneada por Dworkin e que reverbera na teoria da decisão judicial de Lenio Streck – não se apresenta como uma afirmação de uma ética objetivista ou como uma defesa de um transcendente direito natural que funcione como “regulador” do direito positivo. Também não está em caso a defesa de uma postura ativista do judiciário, que deve expor suas razões de decidir de modo a apresentá-las da melhor forma possível no contexto institucional da comunidade política. Por último, devemos ter presente que a tese da leitura moral pressupõe que exista controvérsia em torno da interpretação que se faz dos direitos previstos pela Constituição. Não se apresenta, portanto, como defensora de um absolutismo moral. Apenas diz que essa controvérsia exige uma avaliação dos melhores argumentos em torno da interpretação desses direitos e que a avaliação desses argumentos é uma avaliação moral.

No que tange à crítica de Ferrajoli às teses que defendem a conexão necessária entre direito e moral no âmbito do constitucionalismo jurídico atual,

34 Cf. HC 84.078, J. em 5/2/2009

35 Remetemos o leitor à nota n. 24, *infra*, para que as devidas ressalvas sobre o cumprimento da exigência horizontal da integridade sejam registradas.

ela permanece, em grande parte, válida se entendermos por moral a imposição acrítica das convicções pessoais de um sujeito ou a descrição “objetiva” de um padrão único e transcendente de correção do direito positivo. Todavia, em um sentido interpretativo – no modo como retratado no decorrer do texto –, fica muito claro que da decisão sobre os casos em que se discutem os direitos fundamentais (substanciais) previstos nas Constituições emerge, necessariamente, um embate, uma controvérsia ou uma disputa entre argumentos que espelham a moralidade da comunidade política. O “vencedor” dessa controvérsia será o argumento que resistir ao debate público que, inevitavelmente, permeia a aplicação desse tipo de dispositivo constitucional, demonstrando que, a partir dele, as práticas jurídicas permanecem compreendidas em sua integridade.

Assim, se falamos em substância, em controle material de constitucionalidade ou, ainda, em conteúdos dos direitos fundamentais, necessariamente enveredamos no âmbito da moral – Não a moral deformada pelo espelho da subjetividade, mas a moral que constitui os fundamentos da comunidade política.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

(Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as Constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 2, 2004.

ABBOUD, Georges. O Mito da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado: A Dimensão Constitucional dos Direitos Fundamentais e os Requisitos Necessários para se Autorizar Restrição a Direitos Fundamentais. In: Revista dos Tribunais, n. 907.

AGAMBEM, Giorgio. Estado de Exceção. São Paulo: Boitempo, 2003.

ALEXY, Robert. La institucionalización de la justicia. Granada: Editorial Comares, 2005.

DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. O Direito da Liberdade. A Leitura Moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELY, John Hart. Democracy and distrust. A theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia. Roma: Editori Laterza, 2007, 2 v.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

KOSELLECK, Reinhart. Crítica e Crise. Uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

MOTTA, Francisco J. Borges. Levando o Direito a Sério. Uma crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial. Florianópolis: Conceito, 2010.

MURPHY, Walter F. Judicial Supremacy. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). Judicial Power and the Constitution. Selections from the Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillan, 1990. p. 54-57.

RAMIRES, Maurício. Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RICOUER, Paul. Interpretação e/ou Argumentação. In: O Justo. vol. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. O que é isto – decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Verdade e Consenso. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Verdade e Consenso. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

_____. TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Garantias Processuais Penais e a Jurisprudência do STF: Uma Abordagem Fenomenológico-Hermenêutica. No prelo.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Decisão Judicial e o Conceito de Princípio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TRIBE, Laurence H. The invisible constitution. New York: Oxford University Press, 2008.

WOLFE, Christopher. The rise of modern judicial review. From constitutional interpretation to judge-made law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.



Recebido em: janeiro/2018

Aprovado em: agosto/2018