



A “SERENÍSSIMA REPÚBLICA” E O ESTADO DE EXCEÇÃO: QUANDO O STF SUCUMBE AOS ARGUMENTOS DE POLÍTICA

THE "SERENE REPUBLIC" THE STATE OF EXCEPTION: WHEN SUCCUMBS TO STF POLICY ARGUMENTS

Matheus Henrique dos Santos da Escossia

Graduando da Faculdade de Direito de Vitória (FDV-ES). Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional da FDV-ES. Bolsista de Iniciação Científica pela FDV-ES. E-mail: matheushsescossia@gmail.com

Nelson Camatta Moreira

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com Estágio de Doutorado na Universidade de Coimbra; Professor da Graduação e do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV-ES); Advogado. E-mail: nelsoncmoreira@hotmail.com

Resumo

O presente trabalho busca investigar o contexto do exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Para tanto, será avaliado o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.029, a qual versou sobre o controle de constitucionalidade do processo legislativo da medida provisória que criou a autarquia Instituto Chico Mendes de Conservação e Biodiversidade (ICMBio). A análise desse julgamento será balizada por três marcos teóricos centrais. Primeiro, será realizada uma aproximação entre Direito e Literatura, de modo a demonstrar a atualidade dos alertas feitos por Machado de Assis, no conto “A Sereníssima República”. Em seguida, será feita uma incursão sobre o *Estado de Exceção* na perspectiva de Giorgio Agamben, que servirá para circunscrever o cenário em que se acomoda a decisão judicial da Corte. Na sequência, será feita uma incursão na perspectiva do *Direito como Integridade*, de Ronald Dworkin, a fim de se avaliar como tem a Corte procedido na sua fundamentação. Por fim, ancorado nesses marcos teóricos, será feita a avaliação da postura da Corte a partir do referido julgado.

Palavras-Chave: Judicialização; Processo Legislativo; Estado de Exceção; Integridade.

Abstract

The following paper aims to investigate the scenario where the Supremo Tribunal Federal (STF) exercises its constitutional jurisdiction. Therefore, we will evaluate the Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.029 judgment, which the Court has made a judicial review over the legislative process of the mandatory provisions that created a new institution in the public administration, which is called Instituto Chico Mendes de Preservação e Biodiversidade (ICMBio). This judgment analysis is conducted by three main theoretical framework. First, we will approximate Law and Literature, in order to demonstrate the contemporary warning announced by Machado de Assis, in a romance called “A Sereníssima República”. Then, we will study the *State of Exception* from Giorgio Agamben, which shows the scenario where the Court decision rests. In sequence, we will study the *Law as Integrity* from Ronald Dworkin, in order to evaluate how the Court's *ratio decidendi* is. In the end, after these theoretical frameworks, we will comprehend the Court's attitude.

Keywords: Judicial Review; Legislative Process; State of Exception; Integrity.

1. INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho é compreender a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em seu exercício da jurisdição constitucional, tomando por base os alertas salientados por Machado de Assis no final do século XIX. Muito embora o conto “A Sereníssima República” faça remissão a um contexto pós-monárquico e demonstre o ceticismo do autor pela adoção do regime republicano, o texto traz inúmeros pontos de reflexão resgatáveis para o contexto atual. Especialmente a correlação entre a fundamentação e decisão, ponto sensível para se avaliar o referido desempenho do STF.

Na trilha desse problema, será analisada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.029,¹ caso em que a Corte exerceu o controle de constitucionalidade do processo legislativo, mais precisamente da Medida Provisória n. 366, que se converteu na Lei Federal n. 11.516/07 e instituiu o Instituto Chico Mendes de Conservação e Biodiversidade (ICMBio). Será evidenciado o desacerto do STF, que se valeu de argumentos que não “levam direitos a sério” e sim que demonstram o socorro dos julgadores a fatores extrajurídicos.

A investigação, para tanto, será empreendida tendo por base dois marcos teóricos centrais, o *Estado de Exceção* de Giorgio Agamben e o *Direito como Integridade* de Ronald Dworkin. No capítulo 4, serão avaliados os pormenores do “estado de exceção” e até que ponto esse olhar de compreender a realidade pode ser útil para avaliar a decisão judicial. No capítulo 5, por sua vez, a *Integridade* dará indícios do esforço hermenêutico (que deveria ser) dispensado pelo magistrado a cada decisão judicial, levando a sério os direitos e todas as circunstâncias fáticas que cerceiam determinado caso.

¹ Ministro Relator Luiz Fux, julgado em 08 de março de 2012, DJe em 27 de junho de 2012.

Em linhas gerais, a determinação do “estado de exceção” dará sinais do contexto em que se dá a atuação do STF, ao passo que o estudo do Direito como Integridade servirá para balizar um modo como a Corte tem procedido.

2. A ATUALIDADE DE “A SERENÍSSIMA REPÚBLICA” DE MACHADO DE ASSIS

A sátira presente no conto “A Sereníssima República”,² de Machado de Assis, surpreende por sua persistente atualidade. Muito embora o autor fizesse referência ao contexto político do final do século XIX, o texto retrata problemas que não ficam circunscritos ao passado.

O conto retrata um breve pronunciamento do Cônego Vargas, o qual buscar expor as conclusões que obtivera ao realizar um estudo sobre as aranhas. A investigação do personagem sobre os aracnídeos foi profunda, a ponto de constatar a existência de uma linguagem pela qual tais seres se valiam na sua comunicação.

Verificado o desenvolvimento da linguagem das aranhas, Cônego Vargas buscou implementar uma forma de governo sobre essa espécie. E o regime ideal seria a república, nos moldes da república veneziana, inclusive com a importação de seu antigo sistema eleitoral.

O modo de deliberação, presente na antiga república veneziana, e que foi adaptado às aranhas, consistia no sorteio de determinadas pessoas para o preenchimento dos cargos do governo. Nas palavras do Cônego Vargas, “[e]ste sistema fará rir aos doutores do sufrágio; a mim não. Ele exclui os desvarios da paixão, os desazos da inépcia, o congresso da corrupção e da cobiça.”³ O sorteio se daria mediante um saco, tecido com os fios das próprias aranhas, contendo bolas com os nomes dos candidatos, as quais seriam tiradas pelo “oficial das extrações” no dia das eleições.

Tão logo se operou a deliberação, houve a denúncia de vícios na eleição. Apurado o vício, a assembleia determinou a redução do tamanho do saco, visto que assim se limitaria a ocorrência de fraudes. Porém, essa limitação do tamanho deixava de fora do pleito um ou outro candidato, razão pela qual se revogou a a redução, e o saco voltou a ter o tamanho original.

O primeiro caso de repercussão ao redor das eleições se deu com a morte de um magistrado. E com o escopo de suprir essa vaga, os partidos da “Sereníssima República” se mobilizaram no sentido de preencher a vaga. Quatro seriam os partidos da república, que se baseavam no modo de tecelagem das aranhas: *i*) o retilíneo; *ii*) o curvilíneo; *iii*) o reto-curvilíneo, que seria um partido entre os dois primeiros; *iv*) o anti-reto-curvilíneo, que seria um partido que negava todos os demais.

Os dois principais candidatos para suprir a vaga em aberto eram os representantes do partido retilíneo e do curvilíneo, que se chamavam Hazeroth e Magog. No entanto, nenhum dos dois foi eleito, mas sim um político endinheirado. Esse cenário mobilizou os vencidos, que requereram uma nova apuração do sorteio. E restou apurado que o oficial de extrações havia viciado a ortografia dos nomes dos vencidos, no entanto isso seria uma elipse, no caso um “delito, se o era, puramente literário”.⁴

² ASSIS, Machado de. **Obra Completa**. V. 2. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.

³ ASSIS. **Op. Cit.** p. 3.

⁴ ASSIS. **Op. Cit.** p. 5.

Diante desse cenário, reviu-se a lei e houve a determinação de que o saco seria feito de malha a fim de que os candidatos pudessem ver seus nomes e corrigirem-nos a tempo. Por outro lado, essa alteração serviu para que novas fraudes acontecessem, pois haveria conchavos entre os candidatos e o oficial de extrações, que se comunicariam de modo a sortear determinado nome.

Mais uma vez a lei anterior foi restaurada, e novamente o saco era confeccionado mediante o tecido espesso. Dessa vez, porém, havia a ressalva de que em casos de eclipse, as bolas contendo grafias incorretas poderiam ser validadas, conquanto se testemunhasse que o nome inscrito era o do candidato sorteado.

À luz dessa nova legislação, outro caso emblemático surgiu. O cargo disputado, nesse momento, era o de “coletor de espórtulas,” uma espécie de arrecadador de tributos. Dentre vários candidatos, existiam dois que geraram a controvérsia, um que se chamava Caneca, outro que se chamava Nebraska. O candidato sorteado foi o Nebraska, porém, a bola retirada faltava a última letra de seu nome. Inobstante a situação, invocou-se a legislação e cinco testemunhas juraram que o eleito era o Nebraska.

À primeira vista, parecia que esse seria um caso de ser resolvido. Contudo, Caneca ajuizou uma petição requerendo provar que ele havia sido sorteado, e não o Nebraska. Recorreu-se, então, aos ensinamentos de um filólogo, que arrematou a seguinte conclusão:

Em primeiro lugar, disse ele, deveis notar que não é fortuita a ausência da última letra do nome Nebraska. Por que motivo foi ele inscrito incompletamente? Não se pode dizer por fadiga ou amor da brevidade, pois só falta a última letra, um simples *a*. Carência de espaço? Também não; vede: há ainda espaço para duas ou três sílabas. Logo, a falta é intencional, e a intenção não pode ser outra, senão chamar a atenção do leitor para a letra *k*, última escrita, desamparada, solteira, sem sentido. Ora, por um efeito mental, que nenhuma lei destruiu, a letra reproduz-se no cérebro de dois modos, a forma gráfica e a forma sônica: *k* e *Ca*. O defeito, pois, no nome escrito, chamando os olhos para a letra final, incrusta desde logo no cérebro, esta primeira sílaba: *Ca*. Isto posto, o movimento natural do espírito é ler o nome todo; volta-se ao princípio, à inicial *ne*, do nome *Nebrask*. – *Cané*. – Resta a sílaba do meio, *Bras*, cuja redação a esta outra sílaba *Ca*, última do nome *Caneca*, é a coisa mais demonstrável do mundo. E, todavia, não a demonstrarei, visto faltar-vos o preparo necessário ao entendimento da significação espiritual ou filosófica da sílaba, suas origens e efeitos, fases, modificações, consequências lógicas e sintáticas, dedutivas ou indutivas, simbólicas e outras. Mas, suposta a demonstração, aí fica a última prova, evidente, clara, da minha afirmação primeira pela anexação da sílaba às duas *Cane*, dando este nome *Caneca*.⁵

3. ASPETOS CENTRAIS DO JULGAMENTO DA ADI 4.029

O julgamento da ADI 4.029 poderia ser apenas mais um julgado a versar sobre o

⁵ ASSIS. *Op. Cit.* p. 5-6.

controle judicial do processo legislativo. Todavia, a partir desse caso é possível extrair algumas lições de “como” tem procedido o STF no exercício da jurisdição constitucional e “onde” (qual o cenário) é exercido.

O caso versou sobre a inconstitucionalidade formal da lei federal n. 11.516/07, a qual criou a autarquia Instituto Chico Mendes de Conservação e Biodiversidade (ICMBio). Essa lei foi fruto da conversão da medida provisória n. 366, que não observara a tramitação prescrita no art. 62, *caput* e §9º da Constituição Federal. Ou seja, não haviam sido preenchidos os requisitos de relevância e urgência da medida, bem como não houve sua deliberação comissional.

Como se observará, não se derrubou a lei federal, mas foi declarada *incidenter tantum* a inconstitucionalidade dos arts. 5º, *caput*, e 6º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Resolução n. 01/2002 do Congresso Nacional, que previa a prática da dispensa da deliberação comissional sobre as medidas provisórias.

O art. 62, §9º da Constituição Federal, prescreve que a comissão mista de deputados e senadores deve emitir parecer sobre o atendimento (ou não) dos pressupostos da medidas provisórias antes de elas passarem a ser apreciadas pelo plenário de cada uma das casas legislativas.

Todavia, os dispositivos extirpados do sistema previam que o relator da referida comissão seria legítimo para confeccionar o parecer e, em seguida, encaminhar a medida provisória para plenário. Dessa forma, não se atenderia à finalidade da norma constitucional, a qual exige o processo de deliberação internamente nas comissões.

A prática de supressão dos debates internos à comissão já encontrava resistência na doutrina, que era contrária ao parecer proferido apenas pelo Relator. Nas palavras de Paulo Adib Casseb:

[a] ausência de instalação das Comissões Mistas permite constatar que, novamente, a realidade prática descartou a execução do mandamento constitucional. O sistema de Comissões Mistas temporárias para a análise das medidas provisórias, compostas por parlamentares que integram, também, as comissões permanentes temáticas, acumulando volumosas atribuições é, definitivamente, ineficaz.⁶

Nesse mesmo sentido, José Levi Mello do Amaral Júnior afirmava que existiria um “Império do Relator”,⁷ razão pela qual haveria um real esvaziamento da norma constitucional.

O Ministro Luiz Fux, relator do julgado, em sua fundamentação, perfilou-se às críticas da doutrina e ressaltou a importância do debate interno feito pelas comissões mistas, a saber:

[a] magnitude das funções das Comissões Mistas no processo de conversão de Medidas Provisórias não pode ser amesquinhada. Procurou a Carta Magna assegurar uma reflexão mais detida sobre o

⁶ CASSEB, Paulo Adib. **Processo Legislativo**: atuação das comissões permanentes e temporárias. São Paulo: RT, 2008. p. 285.

⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. **Medida Provisória: edição e conversão em lei**: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 177.

ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada. Percebe-se, assim, que o parecer da Comissão Mista, em vez de formalidade desimportante, representa uma garantia de que o Legislativo seja efetivamente o fiscal do exercício atípico da função legiferante pelo Executivo.⁸

O debate comissional seria de estimada importância não só ao processo legislativo, mas também ao próprio processo democrático, pois se verifica a pluralidade (ainda que apenas no tocante à representatividade) na sua composição.

Logo, derrubada a Resolução, inevitavelmente estariam maculadas do vício da inconstitucionalidade todas as medidas provisórias convertidas em lei a observância do art. 62, §9º, da Constituição (dentre elas, a própria lei que criou o ICMBio).

A peculiaridade do caso, entretanto, não está no (des)acerto da decisão da Corte Constitucional, mas sim na questão de ordem suscitada pelo Advogado-Geral da União, Luís Adams.

Ciente da infinitude de medidas provisórias que não seguiram a tramitação constitucionalmente adequada, o Advogado-Geral pugnou por um prazo de 24 (vinte e quatro) meses para retificar as medidas provisórias que estavam em tramitação no Congresso, bem como a manutenção dos diplomas legais já consolidados.

A questão de ordem foi acolhida e o Tribunal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (razão pela qual a lei federal que instituiu o ICMBIO não foi derrubada), pois seria um caso de “lei ainda constitucional”. Ademais, houve a atribuição dos efeitos prospectivos (*ex nunc*) da inconstitucionalidade dos artigos da Resolução n. 01/2002 do Congresso, para 24 (vinte e quatro) meses a partir da decisão.

A postura do STF suscita dois aspectos a serem apreciados: *i*) a não correlação entre enunciado normativo e decisão (em outras palavras, a decisão surge apesar do conteúdo normativo), típica de um estado de exceção (e em conformidade com as críticas feitas em “A Sereníssima República”); *ii*) a utilização dos argumentos de política pela Corte, que fere a perspectiva de um Direito como integridade.

4. O ESTADO DE EXCEÇÃO NA PERSPECTIVA DE GIORGIO AGAMBEN

Giorgio Agamben, em sua obra *Estado de Exceção*, busca desmistificar o que cerca o instituto de mesmo nome. O autor dá continuidade ao estudo sobre o tema que no início do Século XX fora objeto do *Politische Theologie* de Carl Schmitt. Schmitt se vale do conceito de “estado de exceção” para identificar quem é o soberano em determinada ordem (jurídica), limitando a caracterizá-lo como “quem decide sobre o estado de exceção”.⁹

Muito embora o propósito de Carl Schmitt fosse discorrer sobre questões atinentes à soberania, ele se vale do “estado de exceção” como premissa e expõe alguns elementos do que porventura o seja, tais como “o caso excepcional, o caso não

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029** 27931-1. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>>. Acesso em: 25 ago 2013.

⁹ SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Elisete Anoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7.

descrito na ordem jurídica vigente [...]”¹⁰ ou a suspensão do direito para a conservação da ordem estatal.¹¹

Todavia, diferentemente de Schmitt, Agamben não se vale do “estado de exceção” como premissa, mas sim como objeto central de sua pesquisa. Ele vislumbra que o paradigma de governo contemporâneo é o “estado de exceção”, razão pela qual inicia uma incursão sobre o referido instituto e tenta alcançar o seu real dimensionamento no cenário jurídico.

Logo no primeiro capítulo, Agamben indica diferentes roupagens em que o “estado de exceção” se apresenta no contexto político mundial, por exemplo por meio do *Patriot Act* americano ou *Emergency Powers Act* britânico. Todos os exemplos ilustrariam, de certo modo, a predominância do Poder Executivo em detrimento dos demais Poderes, em especial o Legislativo. A causa para essa ascensão seria:

[...] a progressiva erosão dos poderes legislativos do Parlamento, que hoje se limita, com frequência, a ratificar disposições promulgadas pelo executivo sob a forma de decretos com força-de-lei, tornou-se desde então (Primeira Guerra Mundial) uma prática comum.¹²

O destaque do Poder Executivo, por conseguinte, reorganizaria o princípio da Separação dos Poderes por duas razões: i) a progressiva absorção do poder legislativo pelo Executivo; ii) a não exclusividade do Parlamento em obrigar os cidadãos.¹³

Diante desse contexto, surge a missão do autor em dimensionar o que venha a ser o “estado de exceção” nas ordens jurídicas contemporâneas. E na trilha dessa missão, Agamben aduz que:

[n]a verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam.¹⁴

Logo, o “estado de exceção” se funda em uma zona de anomia, fora da ordem jurídica ao mesmo tempo em que a ela pertencente. A partir dessa definição, o autor já demonstra que tratar do “estado de exceção” é um conceito que está muito além do sistema constitucional de crises, em que comumente a doutrina¹⁵ costuma assentar o instituto (ao lado do estado de sítio e estado de defesa, por exemplo).

¹⁰ SCHMITT. *Op. Cit.* p. 8.

¹¹ SCHMITT. *Op. Cit.* p. 13.

¹² AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraclí D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 19.

¹³ AGAMBEN. *Op. Cit.* p. 32.

¹⁴ AGAMBEN. *Op. Cit.* p. 39.

¹⁵ “O conceito de estado de exceção continua difusa entre os doutrinadores pátrios. Historicamente no que se refere ao estado de exceção a doutrina tem demonstrado a dificuldade de encontrar um conceito para essa medida excepcional.” SANTIN, Giovani. DUARTE, Lizia Bastos. Big Brother: nos contornos de um estado de exceção. **Revista de Direito Privado**. Ano 7, n. 27. jul/set 2006. p. 143, nota de rodapé 01.

O “estado de exceção” se relaciona com a própria manutenção do ordenamento jurídico e sua consequente aplicação. “É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchido pelo estado de exceção [...]”¹⁶. Seria, portanto, uma situação excepcional, em que o direito recorre a elementos estranhos a ordem jurídica para garantir sua própria manutenção.

Esse paradoxo que cerca a fundação da ordem jurídica é reforçado quando Agamben resgata a construção de Carl Schmitt, na *Politische Theologie*, da figura do soberano. A teoria schmittiana fragmenta a ditadura em dois tipos: *i*) ditadura comissária, que busca preservar determinada ordem jurídica; *ii*) ditadura soberana, que romperia com a ordem anterior e instituiria uma ordem nova, sendo esse o tipo que melhor se identificaria com o “estado de exceção”.¹⁷

Ora, conforme visto acima, o soberano é aquele que decide sobre o “estado de exceção”. Contudo, essa relação também é paradoxal, uma vez que o soberano é identificado pela ordem jurídica e ele tem a possibilidade de deliberar sobre a manutenção dela ou não. Nesse sentido,

[e]star-fora e, ao mesmo tempo, pertencer: tal é a estrutura topológica do estado de exceção, e apenas porque o soberano que decide sobre a exceção, é, na realidade, logicamente definido por ela em seu ser, é que ele pode também ser definido pelo oxímoro *êxtase-pertencimento*.¹⁸

O paradoxo inerente ao “estado de exceção” expõe a dicotomia que já havia sido retratada por Schmitt e é retomada por Agamben, qual seja, a não correspondência entre norma jurídica e decisão. Carl Schmitt já se inclinara na *Teologia Política* que “o poder jurídico é algo diferente do resultado da fundamentação. [...] Não é da norma que resulta um ponto de imputabilidade, mas apenas uma qualidade de seu conteúdo.”¹⁹

Giorgio Agamben partilha dessa repartição. Para tanto, o autor resgata o conceito de força de lei, expressão originalmente cunhada por Jacques Derrida²⁰ em célebre texto de mesmo nome. Dessa maneira, traça a distinção entre *eficácia de lei*, que seria o efeito jurídico decorrente de uma legislação formalmente válida, e *força de lei*, que se relacionaria às medidas que não são formalmente leis porém assim se traduziriam na prática.

O conceito de 'força-de-lei', enquanto termo técnico do direito, define, pois, uma separação entre a *vis obligandi* ou a aplicabilidade da norma e sua essência formal, pela qual decretos, disposições e medidas, que não são formalmente leis, adquirem, entretanto, sua 'força'.²¹

¹⁶ AGAMBEN. **Op. Cit.** p. 48-49.

¹⁷ AGAMBEN. **Op. Cit.** p. 53.

¹⁸ AGAMBEN. **Op. Cit.** p. 57.

¹⁹ SCHMITT. **Op. Cit.** p. 30.

²⁰ Derrida traz uma percepção desconstrutivista do direito e aduz que entre esse e Justiça, não há que se falar em qualquer relação. DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²¹ AGAMBEN. **Op. Cit.** p. 60.

A “força de lei”, dessa forma, seria complementar ao conceito do “estado de exceção”, pois é nesse último onde se torna mais evidente a desconexão entre norma jurídica e decisão/aplicação. “O estado de exceção é, nesse sentido, a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força-de-lei realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa.”²²

Na tentativa de traçar contornos jurídicos ao “estado de exceção”, Giorgio Agamben o identifica como um espaço jurídico vazio,²³ uma zona de anomia, que seria ínsita a qualquer ordenamento jurídico. O ordenamento coloca lado a lado a manutenção do sistema com a gênese da sua própria destruição, diante da previsão de suspensão da ordem jurídica típica de um “estado de exceção”.

Encerrando o presente tópico, a principal lição que é possível importar do pensamento Agambiano é a ausência de correspondência entre norma e decisão, se verificado o “estado de exceção”. Assim, altera-se o paradigma estabelecido pelo positivismo jurídico, o qual a decisão era decorrência lógica do processo de subsunção de determinada norma jurídica. A norma enunciaria a premissa maior, ao passo que o caso concreto traria a premissa menor a ser enquadrada. Por fim, a decisão seria o resultado da subsunção dessas premissas.²⁴

Conforme o “estado de exceção”, a decisão não mais passa a corresponder determinada norma jurídica, tal como a explicação do filólogo no conto “A Sereníssima República”. Ao contrário, o próprio estabelecimento do “estado de exceção”, mesmo que haja a previsão no ordenamento jurídico, é um processo decisório que delibera sobre a própria manutenção da ordem. Daí a vinculação a determinada zona de anomia. Tais lições, como se verá no capítulo 6, serão imprescindíveis para a avaliação do contexto em que ocorreu o julgamento da ADI 4.029 e, obviamente, do processo decisório do STF.

5. O DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN: ARGUMENTOS DE POLÍTICA (*POLICIES*) VERSUS ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO (*PRINCIPLES*)

Ronald Dworkin busca formular uma teoria que seja alternativa ao positivismo jurídico, em especial a versão positivista proposta por Herbert Hart em *O Conceito de Direito*.²⁵ Dois são os principais aspectos do positivismo que o autor americano toma como objeto central de sua investigação: *1*) a separação entre direito e moral (ou ao

²² AGAMBEN. **Op. Cit.** p. 63.

²³ “Es un espacio jurídico en que las leyes dejan de vigir propiamente, quedando todo en suspenso (anomia)” BARRÓN, Jorge Uscatescu. Crítica de la noción de zona de indiferencia como origen de la política: unos apuntes topológicos acerca de la metapolítica de Giorgio Agamben. **Revista de Estudios Políticos**. n. 159. Madrid: enero/marzo, 2013. p. 153.

²⁴ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2010. p. 282-284. Nesse mesmo sentido, sobre o processo de “concretização” da norma geral para a decisão judicial, Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8.e d. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 269-273.

²⁵ “Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo se fizer necessário.” DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002 .p. 35.

menos a conexão não necessária que a corrente sustenta)²⁶; ii) a discricionariedade conferida ao julgador no processo de aplicação judicial.

Com relação à primeira premissa, Dworkin busca afirmar a necessária conexão entre direito e moral. Para tanto, formula um sistema baseado em regras e princípios, sendo esses últimos meios que também estabelecem padrões de conduta.

A distinção entre esses dois tipos de norma, para Dworkin, seria de natureza lógica. Regras seriam aplicadas de maneira tudo-ou-nada, ao passo que os princípios trazem uma dimensão de peso ou importância, logo, são passíveis de se intercruzarem em dada aplicação.²⁷

Além da dimensão de peso que é inerente aos princípios jurídicos, o autor americano informa que os princípios necessitam uma maior mediação no processo de decisão, diferentemente das regras, cuja aplicação é imediata, como exposto acima.²⁸

Inobstante a correlação necessária entre o direito e moral, que se verifica com a composição do sistema jurídico mediante regras e princípios, a segunda premissa talvez seja a mais importante de sua obra. A discricionariedade do julgador, típica de uma concepção positivista do direito, passa a ser o principal ponto de combate de Ronald Dworkin.

O emblemático capítulo VIII da Teoria Pura do Direito torna evidente o elemento da discricionariedade no processo de aplicação das normas.²⁹ Kelsen salienta que a indeterminação no ato de aplicar o direito, cria uma espécie de moldura, na qual se inserem diversas possibilidades de decisão. Dessa forma, o aplicador seria livre para eleger a decisão que reputar mais conveniente dentro dessa “moldura normativa”. Em suas palavras:

[e]m todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. [...] O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo qual é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.³⁰

Ao afirmar que a aplicação do direito abriria margem para um espectro de possíveis decisões, inevitavelmente o positivismo kelseniano recairia no decisionismo do juiz, o qual poderia, de maneira discricionária, eleger a interpretação da norma que

²⁶ Robert Alexy, em seu livro *Conceito e Validade do Direito*, traz três elementos necessários para a determinação do conceito de direito: i) legalidade conforme o ordenamento; ii) eficácia social; iii) correção material. O autor, em seguida, reparte a conceituação em dois grandes blocos: a) tese da separação; b) tese da vinculação. O(s) positivismo(s) se enquadraria(m) na primeira categoria e possuiriam apenas dois elementos, quais sejam o da legalidade e da eficácia social. A tese da vinculação envolveria as demais correntes (a de Alexy e de Dworkin, por exemplo) que inserem o elemento correção material como condição necessária para a conceituação do direito, além dos outros dois elementos. ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 3-28.

²⁷ DWORKIN. **Op. Cit.** p. 39-42.

²⁸ DWORKIN. **Op. Cit.** p. 40.

²⁹ Para a concepção positivista é indistinto a repartição feita por Dworkin entre princípios e regras como subcategorias da norma jurídica.

³⁰ KELSEN. **Op. Cit.** p. 390.

reputar conveniente.

Vale frisar que esse aspecto ecoa como um dos pontos mais criticados por entre os doutrinadores brasileiros. Lenio Luiz Streck, possivelmente a maior voz no combate àquilo que ele chama de “solipsismo”, indica que:

[p]ortanto, há que se ter o devido cuidado: a afirmação de que o “intérprete sempre atribui sentido (Sinnggebung) ao texto” nem de longe pode significar a possibilidade de autorizá-lo a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma).³¹

Antes de se adentrar na alternativa proposta por Dworkin, cumpre-se resgatar a concepção de Hart sobre a discricionariedade judicial, justamente por esse ser o autor a quem aquele dirige suas principais críticas. Firme num contexto de sistema jurídico pela prática dos tribunais (regra do reconhecimento),³² Herbert Hart também partilha da discricionariedade quando o juiz se depara com casos não regulamentados juridicamente ou relativos à indeterminação da linguagem (a chamada textura aberta).

Nesse cenário, o juiz estaria autorizado a “criar” o direito, ou seja, diante de casos em que o direito não se apresente claramente, “o juiz [...] terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente.”³³

Como se observa, Hart não consegue se desgarrar do campo discricionário deixado por Kelsen. Ele vai além e assume ser cabível, inclusive, o poder do magistrado em “criar” o direito, o que torna extensiva as críticas ao autor as críticas referentes ao decisionismo.

É em contrapartida ao poder discricionário amplamente difundido nas concepções positivistas mencionadas acima, em que o juiz estaria desamarrado para decidir da forma que lhe aprouvesse, que Dworkin passa a estruturar sua teoria. Para tanto, ele menciona que “em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa.”³⁴

De antemão, o autor americano rechaça a tese “criacionista do direito” tão presente na perspectiva hartiana. Ao contrário, mesmo diante de casos difíceis, em que não se arvora uma regra de antemão, o juiz tem o dever de descobrir os direitos das partes.

Esse papel do juiz fica mais evidente nas obras *O Império do Direito* e *Uma Questão de Princípio*. Nessas obras, Dworkin busca demonstrar que o processo

³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213.

³² A principal distinção que pode se estabelecer entre a concepção positivista de Hart para a de Kelsen é o fundamento de validade. Para aquele, a norma ou regra de reconhecimento desempenharia tal papel, porém, estar-se-á diante de um fato social. Para esse, o fundamento também é normativo, que se daria em razão da norma (hipotética) fundamental. Sobre essa distinção, Cf. ALEXY. **Op. Cit.** p. 113-138 e 145-147.

³³ HART, Herbert. L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 351.

³⁴ DWORKIN. **Op. Cit.** p.127.

interpretativo do juiz sofre condicionamentos, justamente com o escopo de reconhecer qual das partes possui o direito. Daí surgiria a perspectiva do “Direito como Integridade.”

Antes de formular tal perspectiva, Dworkin discorre sobre dois modelos de se compreender o direito, aos quais dá o nome de: *i)* Convencionalismo; *ii)* Pragmatismo.

O Convencionalismo busca extrair o fundamento das decisões na tradição jurídica, naquilo que vem sido deliberado nos tribunais ao longo dos séculos. Seria, nesse diapasão, um modelo de se compreender o direito como aquilo que estaria instituído nas convenções sociais difusamente aceitas.³⁵

Não haveria de se falar, assim, em criação ou inovação do direito, mas sim em extrair decisões com os olhos voltados para o que a convenção de determinada comunidade assentiu.

Da concepção inclinada para o passado, Dworkin na sequência passa discorrer sobre o modelo “futurista” de direito. Em que pese a imprudência dessa definição, essa é a ideia fundante do Pragmatismo. Mediante essa concepção, o juiz está autorizado a decidir da maneira que seja mais conveniente a justiça, equidade ou alguma outra virtude.³⁶

Dworkin reconhece que o Pragmatismo expõe um modelo bastante sedutor de se pensar o direito. Todavia, falta a essa proposta a exigência de coerência nas decisões, que seria inerente à personificação da comunidade como agente moral distinto da coletividade atomizada dos cidadãos.³⁷

No entanto, a fim de se obter tal coerência, é insofismável que tal comunidade incorpore a virtude da integridade política na própria prestação jurisdicional. O autor resume da seguinte maneira a referida exigência:

[a] integridade política supõe uma personificação particularmente profunda da comunidade ou do Estado. Pressupõe que a comunidade como um todo pode se engajar nos princípios de equidade, justiça ou devido processo legal adjetivo de algum modo semelhante àquele em que certas pessoas podem engajar-se em convicções, ideais ou projetos, o que a muitos vai parecer uma metafísica ruim.³⁸

A inserção da integridade na compreensão da aplicação judicial queda como corolário para Dworkin sustentar uma *terceira via* entre o Convencionalismo e o Pragmatismo. A estruturação do “Direito como integridade” surge com a expectativa de compactuar preceitos das duas concepções. O juiz, ao decidir, deve estar consciente do impacto de sua decisão na comunidade, sem, contudo, deixar de prestar atenção

³⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 144.

³⁶ DWORKIN. **Op. Cit.** p. 197.

³⁷ Cumpre frisar que a percepção de uma comunidade como agente moral distinto da soma dos interesses individuais dos cidadãos vai ser posteriormente retomada na obra de Ronald Dworkin, *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, cujo cerne será a compatibilização da supremacia judicial e democracia substancial. Cf. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 1-59.

³⁸ DWORKIN. **O Império do Direito**. p. 204.

naquilo que havia sido objeto de deliberação no passado.³⁹

Sobre o princípio da integridade, o autor americano o reparte em dois: *i*) integridade na legislação; *ii*) integridade no julgamento. Logo, tanto os legisladores, quanto os juízes se encontram imersos na exigência de se manterem coerentes quanto aos princípios que compõem a integridade.

A exigência da integridade no julgamento é a razão pela qual o Pragmatismo não deve ser o modelo de direito predominante. O julgador, ao decidir um caso, tem sua atuação condicionada à coerência típica do “Direito como integridade”, devendo se manter atento aos princípios e convenções partilhadas na comunidade.

Por esses motivos, Dworkin preconiza que o julgador se valha de uma interpretação criativa, de modo a concretizar a virtuosidade da integridade política. Para tanto, o autor se vale da metáfora do “Romance em Cadeia”.⁴⁰

É absolutamente elucidativa a metáfora literária utilizada por Dworkin.⁴¹ A composição de um “Romance em Cadeia” traduz precisamente sua proposta interpretativa. O magistrado, ao se deparar com um caso, deve levar em conta julgamentos semelhantes pretéritos, tais como os capítulos já escritos em uma obra. Assim, a sua decisão está condicionada a manutenção da coerência da obra em sua integralidade, sem, contudo, deixar de conceber a sua marca para os capítulos que irão se seguir.⁴²

Na esteira da aproximação do direito com a literatura, Dworkin lança mão da figura de outra metáfora para traçar como deve se pautar o magistrado no processo de interpretação. Surge, então, o juiz Hércules, “[...] um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade.”

A figura do juiz Hércules retrata um juiz capaz de identificar todos os princípios subjacentes ao caso concreto, conseguindo resgatar as decisões similares históricas, a integridade da legislação e o impacto de sua decisão na comunidade de princípios. É bem verdade que essa metáfora compreende um “tipo ideal” de juiz, pois existe uma série de óbices na atividade do julgador, tais como a quantidade de casos a serem avaliados e sua limitação humana. Todavia, o modo de interpretação “hercúleo” seria o ideal para se atingir a “resposta certa”.

O que Dworkin propõe, na verdade, a atuação do magistrado em busca da “resposta correta”, diante dos casos em que são postos em xeque. E a resposta correta só se atingirá caso as partes percebam as tradições, a dimensão moral e política do caso, os princípios e exerçam efetivamente o contraditório. Logo, a “resposta correta” também poderia se enquadrar como um tipo ideal a ser buscado pelo juiz, o qual deve se pautar pelo “Direito como integridade”.⁴³

Como se observa, Dworkin não tem a ousadia de indicar qual seja a “resposta correta” para cada caso. Sua intenção, na linha de toda construção do “Direito como

³⁹ DWORKIN. **Op. Cit.** p. 271.

⁴⁰ DWORKIN. **Op. Cit.** p. 276.

⁴¹ A ideia de que a literatura é muito mais acurada para explicar determinadas situações que o próprio direito é a razão pela qual nós também nos valem de “A Sereníssima República”, de Machado de Assis, para elucidar o objeto do presente trabalho.

⁴² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.238.

⁴³ DWORKIN. **O Império do Direito**. p. 287.

integridade” tratada acima, é afirmar que para todo caso que surge, o magistrado deve buscar a resposta mais adequada para o caso. Para tanto, é imperioso que sejam levados em consideração todos os elementos fáticos que cercam uma decisão, bem como todas as repercussões que esse caso possa ter com a tradição passada (se é apenas mais um como o que já havia decidido os tribunais em decisões passadas) e com a dimensão moral e política futura (qual o impacto da decisão na “comunidade de princípios”).

Verificadas, até aqui, as principais categorias de Ronald Dworkin - conexão entre direito e moral; direito como integridade; “romance em cadeia”; mito do juiz Hércules; e “tese da resposta certa” - cumpre transcrever uma última categoria que será indispensável para a análise do julgamento da ADI 4.029.

Trata-se da distinção que o autor faz entre *policies* e *principles*. Essa distinção diz respeito aos argumentos utilizados pelos Poderes Legislativo e Judiciário no exercício de suas competências. Os argumentos de política (*policies*) representariam afirmações em busca do “bem-estar” da coletividade. Seria, dessa forma, a busca pela concretização de ideais utilitaristas.⁴⁴

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.⁴⁵

Em contrapartida, o autor se refere aos argumentos de princípio (*principles*) que buscariam afirmar os direitos individuais do cidadão (ou de uma minoria face a um grupo mais expressivo).

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.⁴⁶

Os legisladores, ao promover um programa legislativo, geralmente observam esses dois tipos de argumentos. Porém, por razões óbvias (em razão do caráter geral e abstrato da lei), o legislador busca atingir um maior número de pessoas, razão pela qual há a predominância dos argumentos de política.

Por outro lado, Dworkin aduz que os juízes devem se pautar por argumentos de princípio. “Não obstante, defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis como o da *Spartan Steel*, são, e devem ser, de maneira característica, gerador por princípios, e não por políticas.”⁴⁷ Essa exigência é consequência natural da atuação jurisdicional, a qual se depara com um caso e com

⁴⁴ Reduzimos, por razões didáticas, o utilitarismo ao seu aspecto numérico (bem-estar/felicidade ao maior número de pessoas), ressaltando que a corrente utilitarista possui inúmeros elementos que vão além do aspecto numérico. Sobre a magnitude dessa concepção, Cf. SANDEL, Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 45-73. KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11-62.

⁴⁵ DWORKIN. **Levando os direitos a sério**. p. 36.

⁴⁶ DWORKIN. **Op. Cit.** p. 36.

⁴⁷ DWORKIN. **Op. Cit.** p. 132.

partes determinadas, razão pela qual deve perquirir os direitos inerentes ao caso.

A utilização de argumentos, basicamente, incorpora toda a construção da teoria de Dworkin apresentada até o momento. A incorporação da moral pelo direito (ou a incursão da moral no direito), apresentada por um sistema de regras e princípios, condiciona a atuação judicial. O juiz, por sua vez, constrói sua decisão a partir do “Direito como integridade”, tal como estivesse escrevendo um capítulo de um livro (“romance em cadeia”) a fim de obter a resposta mais adequada ao caso. E a argumentação de princípios é o meio pelo qual o juiz concretiza essa construção, pois ao invés de tentar buscar o melhor programa político para uma comunidade, buscar reconhecer os direitos inerentes ao caso.

E a argumentação calcada em princípios é que conduzirá a nossa investigação de como se deu a atuação do STF na ADI 4.029. Em outras palavras, qual foi a postura da Corte perante os direitos inerentes ao caso.

6. UMA ANÁLISE DA ADI 4.029: QUANDO A CORTE CONSTITUCIONAL, NO ESTADO DE EXCEÇÃO, SUCUMBE AOS ARGUMENTOS DE POLÍTICA

Ao resgatar a postura do STF no julgamento da ADI 4.029, dois pontos refletem toda a construção feita até o momento: i) não houve correspondência entre o processo de justificação (a fundamentação) e a decisão tomada, o que denota o “estado de exceção” que se faz presente na Corte; ii) o socorro a argumentos que sonegam direitos, o que evidencia a utilização de argumentos de política ao invés dos de princípio. E esses dois pontos quedam por confirmar as denúncias feitas por Machado de Assis em “A Sereníssima República”.

Conforme explanado no capítulo 4, o “estado de exceção” se funda numa “zona de anomia”, em que direito e não direito se indeterminam. Característica típica dessa indeterminação é a ausência do vínculo que prende a decisão a alguma norma jurídica, no sentido de que a decisão subsiste apesar da norma.

E esse foi o contexto que operou a decisão do STF. A modulação de efeitos não guardou correspondência com a norma jurídica, tampouco a pecha de “lei ainda constitucional”. Ora, se o texto constitucional prescreve a deliberação comissional e se a norma infralegal foi reputada inconstitucional justamente por desatender àquele pressuposto, o que representa passar uma borracha para a preservação do “sistema jurídico”?

Trata-se de um típico discurso de “estado de exceção”. O art. 27 da lei 9.868/99 prescreve que a restrição dos efeitos se dará por razões de “segurança jurídica ou excepcional interesse social”. Porém, mesmo antes do advento dessa norma, o Supremo já mitigava os efeitos da decisão (o que somente reforça a não correlação entre decisão e norma). Nesse sentido, Gustavo Binbenbojm:

[v]ale notar que, antes mesmo do advento da Lei n. 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal, adotando embora, como regra, a declaração da inconstitucionalidade com efeitos retroativos, já admitiu alguns temperamentos.⁴⁸

⁴⁸ BINENBOJM. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira** - Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização. 2. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2004. p. 224.

Diante de reiterados casos com mitigação dos efeitos, eis que “surge” a norma jurídica que passa a legitimar tal conduta. A decisão da ADI 4.029 reflete de maneira contundente de como o STF suspendeu a ordem jurídica em prol de fatores extrajurídicos. Em que pese o Min. Fux ter indicado que “um problema nacional fora resolvido”, talvez ele tenha resolvido de um meio trágico.

É bem verdade que o argumento da segurança jurídica seja relevante para a modulação dos efeitos (não tão forte é o trabalho que teria os parlamentares em referendar todas as medidas provisórias que não observaram o processo adequado). Porém, esse argumentou preponderou sobre tantos outros (mais) relevantes, tais como o do pluralismo político, do devido processo legislativo e até mesmo sobre a força normativa da constituição. Basicamente, o art. 62, §9º, da CF, desde 2001 (data da emenda constitucional 32, que o criou) até 2014 (marco final da prospecção dos efeitos) é letra morta, juridicamente vazio.

Por essas razões, não restam dúvidas de que o “estado de exceção” se faz presente no contexto de atuação do STF, visto que suas decisões nem sempre decorrem do cumprimento a certa norma jurídica. Ao contrário, a ADI 4.029 denota uma nítida inversão de ordem. A Corte decidiu (pela não aplicação de uma norma constitucional durante largo lapso temporal) para em seguida se socorrer em meio a argumentos jurídicos e políticos, conforme se observará adiante. Considerando o “estado de exceção” como um conceito que transcende a beligerância ou o sistema constitucional de crises para envolver a própria manutenção da ordem jurídica, a referida decisão judicial somente se faz alinhada se se percebe a presença dessa zona de indeterminação.

O segundo aspecto a ser avaliado, à luz da teoria de Dworkin, é a utilização de argumentos de caráter político pela Corte. Como se observou, os tribunais deveriam pautar sua atuação por meio dos argumentos de princípios, de modo a reconhecer os direitos que estavam presentes em determinado caso.

Transpondo essa lição para a ADI 4.029, verifica-se que a Corte se socorreu a argumentos estranhos aos princípios. Como visto acima, foi dada preferência à segurança jurídica e à preocupação com o grande trabalho que os legisladores teriam em retificar as centenas de medidas provisórias. Em contrapartida, sonegou-se o caráter normativo do art. 62, §9º, bem como a pluralidade inerente ao processo de deliberação comissional.

E mais, a própria modulação feita pelo STF operou como um aumento da *vacatio* da norma prescrita pelo art. 62, §9º, que só passará a influenciar os trabalhos legislativos em 2014.

O julgamento demonstra que nem sempre a Corte está inclinada no sentido de decidir em conformidade com os princípios, mas se vale dos “argumentos políticos” para decidir determinada controvérsia. Caso se valesse dos princípios, o Supremo Tribunal Federal derrubaria todas as medidas provisórias que não atenderam ao procedimento legislativo adequado, dando a ordem para que os legisladores instaurem sessões extraordinárias a fim de adequarem as leis convertidas e a fim de disciplinar as relações jurídicas regidas pelas leis inconstitucionais.

No entanto, a Corte sucumbiu aos “argumentos de política”. Reconheceu a fragilidade do legislativo, bem como esteve atenta aos custos de que uma derrubada maciça na legislação acarretaria aos cofres públicos. Fato que afasta o Supremo da “integridade” de Dworkin e torna plausível crê-lo como um ator político. Ator político que nem sempre está disposto a “levar os direitos a sério”, pois passa a ter interesses próprios em jogo. E os argumentos de princípio, que deveriam nortear a atuação do

STF, passam a concorrer com inúmeras outras variáveis que influenciam na decisão judicial. E no fim das contas, a decisão judicial pode estar condicionada ao café da manhã que o magistrado tomou.

7. CONCLUSÃO

O pronunciamento do “Cônego Vargas”, no conto “A Sereníssima República” de Machado de Assis, se acomoda com peculiar atualidade ao contexto decisionista pelo qual se observa a atuação do STF. Conforme exposto no capítulo 2, em uma das eleições houve divergência quanto ao candidato que havia sido sorteado. Muito embora o nome retirado na sacola fosse Nebrask (e um dos candidatos se chamava Nebraska) e houvesse lei no sentido de que seria válido se testemunhassem que o nome retirado era de um dos candidatos (o que foi feito em prol do Nebraska), houve um recurso obstando a posse do então vencedor.

Socorreu-se a um filólogo, que supostamente traria racionalidade na decisão ao avaliar as estruturas linguísticas do sorteio. Sob a roupagem de uma racionalidade, o filólogo fundamentou de modo a sugerir que o candidato vencido Caneca foi de fato o vencedor. A fundamentação, porém, beirou o absurdo, sem total correspondência com o que havia sido retirado.

E a interpretação extraída dessa passagem é aproveitável ao STF, especialmente na sua atuação na ADI 4.029. Existe uma verdadeira inversão na ordem do julgamento. Primeiro se escolhe a decisão, para depois ir atrás dos argumentos que a embasem. Todavia, esse caminho inverso surrupia a “integridade” que deveria se pautar a Corte, perquirindo os reais direitos que estivessem sendo colocados em xeque. Além da falta de “integridade”, emerge-se um verdadeiro “estado de exceção”, pois a principal característica desse cenário é a indeterminação entre política, norma jurídica e decisão.

Os argumentos técnicos lançados pelos ministros, bem como a invocação do “resolvemos um problema nacional” dão indícios de que a Corte tem suas predileções na hora de julgar. A decisão já está de antemão sedimentada, com os ministros a decidirem “o que quiserem, do jeito que quiserem.”

8. BIBLIOGRAFIA

AGAMBEM, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraclí D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. **Medida Provisória: edição e conversão em lei: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ASSIS, Machado de. **Obra Completa**. V. 2. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.

BARRÓN, Jorge Uscatescu. Crítica de la noción de zona de indiferencia como origen de la política: unos apuntes topológicos acerca de la metapolítica de Giorgio Agamben. **Revista de Estudios Políticos**. n. 159. Madrid: enero/marzo, 2013.

BINENBOJM. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira - Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização**. 2. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029** 27931-1.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>>. Acesso em: 25 ago 2013.

CASSEB, Paulo Adib. **Processo Legislativo**: atuação das comissões permanentes e temporárias. São Paulo: RT, 2008.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. Trad. Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HART, Herbert. L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SANDEL, Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTIN, Giovani. DUARTE, Lizia Bastos. Big Brother: nos contornos de um estado de exceção. **Revista de Direito Privado**. Ano 7, n. 27. jul/set 2006.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Elisete Anoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2010.

Recebido em 12.12.2013

Aprovado em 13.03.2014