

RESPOSTAS CORRETAS EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

RIGHT ANSWERS IN FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

 doi.org/10.5212/RBDJ.v.5.0005

Felipe Rodrigues Xavier¹

 0000-0001-9021-8174

 <http://lattes.cnpq.br/4323708314077775>

Resumo: O artigo pesquisa a controvertida tese da resposta correta como combate às diversas formas de positivismo jurídico, bem como as teses filosóficas que as sustenta e suas possibilidades no campo dos direitos fundamentais. Pesquisa, ainda, sua aplicação e alcance em alguns recentes casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-Chave: Resposta correta. Direitos fundamentais. Supremo Tribunal Federal. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract: The article investigates the controversial thesis of the one right answer as combating the different forms of legal positivism, as well as the philosophical theses that support them, and its possibilities in the field of human rights. It also researches its application and scope in some recent cases tried by the Brazilian Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: One right answer. Fundamental rights. Brazilian Supreme Court. Inter-American Court of Human Rights.

.....
¹ Mestre e Bacharel em Direito (UNESP). Autor de “Interpretação e Aplicação do Direito nos Positivismo(s) Jurídico(s)” e outros trabalhos publicados no Brasil e no exterior. Ex-editor de revista acadêmica (Revista de Estudos Jurídicos - REJ/UNESP). Pesquisa Filosofia e Teoria Geral do Direito, com ênfase nas teorias positivistas e não positivistas contemporâneas, as relações entre direito e moral, epistemologia e literatura. Professor de Direito. Advogado e Consultor especializado em Direito Civil, Tributário e Imobiliário. Membro efetivo da Comissão de Direitos e Valores Imobiliários da 3ª Subseção da OAB/SP. Poeta. Contato: felipe.rodrigues.xavier14@gmail.com, felipe_rodrigues@hotmail.com=

INTRODUÇÃO

O artigo faz largo voo sobre questões interligadas do direito contemporâneo relacionadas especialmente aos direitos humanos fundamentais. Tenho como objetivo unir *teoria* e *prática* como *atividade* do direito: se a *teoria* diz respeito à discricionariedade inerente aos mais variados tipos de positivismo jurídico, à fundamentação filosófica da tese da resposta correta de Dworkin (embora outros autores a tenham formulado segundo outras bases) e sua possibilidade, presença e força na Constituição Federal brasileira de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos, a parte *prática* trata de alguns casos essenciais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e na Corte Interamericana de Direitos Humanos. No caso Ellwanger, no caso Herzog (e seus antecedentes na declaração de constitucionalidade da Lei da Anistia e em outras condenações do Brasil) e no mais recente e polêmico caso sobre o cumprimento da pena depois da condenação em segundo grau, por exemplo, foi tomada a resposta correta ou, em outras palavras, a resposta que mais se adequa e justifica a Constituição e os direitos fundamentais?

1. A DISCRICIONARIEDADE POSITIVISTA

Na teoria e prática do direito, usamos o termo “discricionariedade” em três sentidos diferentes, correspondentes a três contextos principais. Num primeiro sentido, que chamamos de sentido fraco, seguindo as lições de Ronald Dworkin no seminal “O Modelo de Regras I” (2010, p. 50-52), determinada razão jurídica ou moralmente relevante impede que a autoridade, administrativa ou judicial, aplique determinados conceitos (“*standards*”) – principalmente princípios jurídicos ou aquilo que a doutrina usualmente chama de “conceitos jurídicos indeterminados” –

de maneira mecânica e irracional, sem qualquer justificação, por mínima ou contraditória que seja. Neste primeiro sentido fraco, portanto, o termo “discricionariedade” exige algum tipo de julgamento e formulação por parte da autoridade.

Num segundo sentido fraco, a autoridade é titular da capacidade final de tomar uma decisão, ou seja, sua decisão é definitiva em algum sentido, não podendo ser controlada ou modificada de nenhuma maneira por nenhuma outra autoridade (muitas vezes mesmo por quem tomou a decisão).

No sentido forte, o titular do poder discricionário não está vinculado a qualquer *standard* – padrão jurídico – estabelecido por outra autoridade.

O positivismo jurídico em suas mais variadas formas, sobretudo o normativismo de Hans Kelsen e H. L. A. Hart, a principal e mais influente delas, entende a discricionariedade no direito segundo esse sentido forte: como falta de qualquer regra ou padrão jurídico para a decisão a ser tomada.

Ora, para o positivismo jurídico, a discricionariedade é uma fatalidade, uma necessidade devida principalmente, mas não apenas, à indeterminação da linguagem humana. A indeterminabilidade não está na interpretação ou aplicação do que é válido em direito, mas sim faz parte de sua própria estrutura intrínseca. No conhecido escalonamento kelseniano – frequentemente posto de maneira redutora e errada como *pirâmide* – a sucessiva determinação da área de atuação da norma inferior não pode ser completa, mas somente indicativa. A norma superior delinea opções – ou respostas – possíveis, todas elas presentes numa moldura, mas cuja escolha, afinal, inexoravelmente recai sobre aquele que deve executar ou cumprir a determinação da norma.

Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. (KELSEN, 2009, p. 388)

Para Kelsen, como se sabe, esta *moldura* normativa de possibilidades Cabe ao intérprete defini-la, ou seja, definir as possibilidades de aplicação da norma, todas igualmente válidas, mas sem se decidir por nenhuma delas. Qualquer outra pretensa tarefa que a interpretação jurídica se dê, aí não mais estará no campo do direito, mas sim da política jurídica.

A doutrina da interpretação de Kelsen, amplamente influente entre nós, entende separadas interpretação e aplicação do direito. Ora, de um lado temos a interpretação, cujo objetivo é simplesmente fixar a moldura normativa, descrevendo as hipóteses de aplicação (KELSEN, 2009, p. 390), mas que nada aplica, decide, nem dentro, nem fora de tal moldura. A aplicação do direito, por sua vez, realizada pelos intérpretes chamados autênticos, é que de fato irá *escolher, decidir* por uma daquelas hipóteses que, se espera, esteja contida na moldura. A interpretação é ato de conhecimento. A aplicação é ato de vontade.

E no momento mais decisivo, mais dramático, que é afinal a decisão, reside um dos problemas mais cruciais e consequentes da teoria do direito. Hans Kelsen admite a possibilidade de aplicação fora da moldura.

Importa notar que, *pela via da interpretação autêntica*, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a

tem de aplicar, *não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura* que a norma a aplicar representa. (KELSEN, 2009, p. 394, grifo meu)

Em outras palavras, a decisão jurídica, segundo o positivismo normativista de Kelsen, pode ser qualquer uma, pode ser qualquer coisa. esta conclusão, que definitivamente põe abaixo o edifício kelseniano. Ela nos deixa sem resposta alguma sobre como o aplicador procede ou deveria proceder para a solução hermenêutica do direito, seja ele autêntico ou não autêntico. Não há qualquer fundamentação para o saber hermenêutico do direito. *Toda resposta é possível e legítima*, o que equivale a dizer que não há repostas corretas, longe disso. Tampouco há *respostas melhores que outras*.

A licença para a aplicação de possibilidades normativas exteriores à moldura, possibilidades não cognoscíveis pela interpretação jurídica, é *ilimitada*. Trata-se de uma *carta branca* dada, com maior dramaticidade, ao intérprete e aplicador autêntico do direito. Kelsen apenas discorre que na interpretação autêntica, principalmente no elemento volitivo desta, adentram certamente outras normas de moral, justiça, equidade etc., mas que não sendo normas jurídicas, a ciência do direito positivo nada pode dizer sobre elas, limitando-se assim apenas a admitir sua existência e influência na norma final.

A doutrina hermenêutica do positivismo de Kelsen “é dificilmente compatível com a função da judicatura no Estado constitucional.” (LARENZ, 1997, p. 108). Como última consequência, é exatamente este elemento volitivo, a *vontade* afinal, que de fato produz ou aniquila o direito, torna-o legítimo ou ilegítimo, indiferente a qualquer norma, independente de qualquer teoria ou ciência.

Assim podemos finalizar com o grande mestre positivista da primeira metade do século XX, aquele mais influente nos sistemas de direito romano-canônico: *direito é escolha, direito é discricionariedade*. No fundo, o direito é sempre fruto da vontade de alguém, seja dos constituintes originários, dos legisladores, dos juizes ou dos funcionários da administração pública. A discricionariedade é inexorável, inescapável ao direito: é sua própria fundação.

A resposta de Hart quanto à discricionariedade do direito é um pouco mais sofisticada, assim como o é, no geral, sua teoria positivista do direito, um aperfeiçoamento em relação à de Kelsen. Mas no que tange à discricionariedade, as diferenças são apenas de estilo ou forma. O conteúdo é o mesmo. É de ressaltar que estamos comparando-os aqui, Kelsen e Hart, apenas quanto à discricionariedade: “Assim, a discricionariedade que a linguagem lhe confere desse modo pode ser muito ampla, de tal forma que, se a pessoa aplicar a norma, a conclusão, embora possa não ser arbitrária ou irracional, será de fato resultado de uma escolha.” (HART, 2009, p. 165).

Evidentemente, mesmo que os padrões sejam muito gerais, haverá exemplos claros, indiscutíveis, daquilo que os satisfaz ou não. Alguns casos extremos do que é, ou não é, uma ‘tarifa razoável’ ou uma ‘condição segura de trabalho’ serão sempre identificáveis *ab initio*. Assim, em uma extremidade da gama infinitamente variada de casos, haverá uma tarifa tão alta que deixaria o público refém de um serviço indispensável [...] na outra extremidade, haverá uma tarifa tão baixa que não incentive a operação de uma empresa. [...] Mas estes são apenas os extremos de um leque de fatores diferentes e talvez não sejam encontrados na prática; os casos difíceis, que exigem atenção, ficam entre os dois extremos. (HART, 2009, p. 170-171)

O argumento-tipo do positivismo sobre a indeterminabilidade da linguagem e do direito e, conseqüentemente, a necessidade da

discricionariedade, apresenta esta estrutura base: nos casos de conceitos fluídos, indeterminados etc., como “bem-estar social”, “interesse público” e outros, podemos chegar à unanimidade, ou ao menos concordância pacífica, sobre a existência de limites extremos e claros da adequação de tais conceitos. No caso explicitado por Hart, por um lado, uma tarifa tão alta que lese injustamente o público e, por outro, uma tarifa tão baixa que não seja atraente para qualquer empresa. No meio, que muito provavelmente concentrará a maioria dos casos, encontra-se a chamada “zona de penumbra”, onde os conceitos jurídicos (as palavras vinculantes pelas quais o direito é vazado) não oferecem certeza e unicidade de entendimento e aplicação. Pelo contrário, essa *zona de penumbra*, consequência lógica da *textura aberta do direito* (HART, 2009, p. 161-176), representa uma área de incerteza, de indeterminação dos conceitos jurídicos. “A essa altura, a linguagem geral em que a norma se expressa não pode fornecer senão uma orientação incerta [...] a linguagem da norma agora parece apenas assinalar um exemplo vinculante, isto é, aquele constituído pelo caso evidente” (HART, 2009, p. 165).

O fato no qual se apoia Hart é a fluidez (ambiguidade, polivalência etc.) da linguagem humana e, conseqüentemente, das palavras *fluídas*, *ambivalentes*, *indeterminadas* etc. pelas quais o direito se exprime e assim adquire validade. Note-se aqui, outra vez, a questão semântica, tão própria às teorias positivistas do direito, que o entendem, além de separado da moral, como simples questão de *fato*, ou seja, sobre quais termos da linguagem jurídica encontram-se nas decisões judiciais, nos precedentes e nas leis e se eles se aplicam a determinado caso concreto. Se o caso “encaixa-se” sob o termo jurídico, como no silogismo judicial, ou se o termo jurídico pode ser estendido para abarcar o caso concreto.

Se, como argumentamos em outros trabalhos (XAVIER, 2018, p. 180-181), a discricionariedade positivista fragiliza a constitucionalidade

e legalidade fundantes do Estado Democrático de Direito, significando uma espécie de cavalo de Tróia para dentro dele, e se trata ela, a discricionariedade, da ponta de lança do positivismo jurídico e do mesmo conceito na teoria e prática do direito, ora, então as mesmas críticas apresentadas primeiramente por posições filosóficas antipositivistas e antirrelativistas no âmbito da filosofia e teoria do direito podem também ser oferecidas, com as devidas adaptações, aos diversos campos do direito, inclusive o direito administrativo.

2. SOBRE A RESPOSTA CORRETA

2.1. Seus Pressupostos Filosóficos (O Que a Resposta Correta Não É)

ma tendência dominante na interpretação jurídica ou artística estarmos sempre procurando algo no mundo (um objeto, uma coisa, algo sensível) que corresponda a uma palavra². Uma palavra, principalmente se for substantivo, tem que corresponder a uma coisa ou a um fato. É uma exigência lógica do nosso pensamento e, caso não exista a tal coisa, já começamos a desconfiar das pretensões do interlocutor e da utilidade da conversa ou leitura.

Outra tendência dominante se revela no desejo de generalidade. A faculdade de direito, por exemplo, se encontra cheia de generalidades: Teoria Geral do Processo, Teoria Geral do Crime etc. Em todas elas, há a

.....
² “Enfrentamos uma das grandes fontes da desorientação filosófica: um substantivo faz-nos procurar uma coisa que lhe corresponda.” (WITTGENSTEIN, 1992, p. 25) [...] “O erro que estamos sujeitos a cometer poderia ser expresso deste modo: procuramos o uso de um signo, mas fazemo-lo como se ele fosse um objeto, *coexistente* com o signo. (Uma das causas deste erro é, de novo, o fato de estarmos à procura de uma ‘coisa correspondente’ a substantivo.)” (WITTGENSTEIN, 1992, p. 30).

procura de algo comum a todas as entidades processuais, criminais etc., que as tornem como tal, que sirvam de critério definitivo para a aplicação dos conceitos³. Reformulando juridicamente o exemplo de Wittgenstein, é como se tentássemos ensinar na disciplina de Teoria Geral do Processo o modelo, o termo geral “Processo”, sob o qual todos os tipos processuais particulares serão subsumidos ao longo do curso e da carreira jurídicos⁴. Forma-se a *imagem processual* totalizante. A partir de então, o estudante e futuro profissional não reconhece mais processos (no plural, inicial minúscula), mas apenas formas defeituosas do Processo (no singular, inicial maiúscula). O sentido da palavra torna-se a imagem ou, melhor dizendo, uma coisa, um objeto real do mundo que se correlaciona metafisicamente com a palavra e o sujeito que a emprega.

Esse anseio de generalidade tem outra fonte importante: a presença permanente do método da ciência como método por excelência, universal, de redução de qualquer fenômeno natural a uma quantidade física mensurável: “*Os filósofos têm sempre presente o método da ciência e são*

.....
³ “A ideia de que para tomar claro o sentido de um termo geral era necessário descobrir o elemento comum a todas as suas aplicações estorvou a investigação filosófica, não porque não conduziu a qualquer resultado, mas também porque levou que os filósofos rejeitassem como irrelevantes os casos concretos, os únicos que poderiam tê-los ajudado a compreenderem o uso do termo geral. Quando Sócrates faz a pergunta, ‘O que é o conhecimento?’ ele nem sequer considera como uma resposta *preliminar* a enumeração de casos de conhecimento.” (WITTGENSTEIN, 1992, p. 50-51).

⁴ A sugestão wittgensteiniana: “*Suppose we are interested in the meaning of ‘intentional’ in the phrase ‘an intentional act’.* How do we go about discerning its meaning? *Wittgenstein would recommend surveying the various ways in which the law uses the word ‘intentional’ to see its meaning across a variety of contexts.* What we would be surveying are – literally – the uses to which the word is put. *Those who take the view that we need first to interpret the word in order to understand it would require a theory of intentionality,* one that could be brought to bear on how the word is employed in legal contexts. *Wittgenstein cautions against such an approach, arguing that understanding is grounded in use and not in theory.* Wittgenstein’s philosophical methodology is one that seeks a perspicuous survey of the uses (and, thus, meanings) of our words. A theory, he argues, will only serve to distort our understanding.” (PATTERSON, 2019, p. 8, grifo meu).

irresistivelmente tentados a levantar questões e a responderem-lhes do mesmo modo que a ciência.” (WITTGENSTEIN, 1992, p. 49, grifo meu).

Mas a filosofia difere *logicamente* da ciência. A ciência trata de construir teorias e modelos que podem ser testadas pela experiência e assim confirmar seu acerto, ou seja, a “verdade” dessa teoria ou modelo, o que quer dizer que há a correspondência entre a ciência e a realidade. Mas ses termos, pois o sentido antecede a experiência e nela está pressuposto (HACKER, 2000, p. 12-13). Se o objetivo da ciência é explicar fenômenos por meio de hipóteses causais e inferências hipotético-dedutivas a partir de leis e condições “naturais”, *então o estatuto da filosofia tem de ser outro que o científico*, pois em filosofia não há nada de hipotético: não pode ser uma *hipótese* que uma proposição que entendemos faça sentido. Não há “teoria” em filosofia, no sentido em que a teoria serve à ciência, e não há “explicação” em filosofia, no sentido em que a ciência *explica* a realidade, a não ser, neste caso, o único tipo de explicação que a filosofia pode almejar, isto é, a descrição do uso das palavras e seu significado.

A exigência de objetividade imposta ao direito, às artes e às ciências humanas em geral simplesmente não faz sentido. A objetividade entendida como coisas ou fatos existentes no mundo, fatos observáveis e mensuráveis quantitativamente, cuja existência e compreensão sejam independentes de qualquer valoração, constituindo-se, portanto, na necessidade de correspondência ou transformação das proposições em coisas ou fatos físico-naturais, não faz sentido, porque as condições de verdade no direito, nas artes e nas ciências humanas em geral são estabelecidas por regras sociais (muito sensíveis a valores e fins .) e não num estado fático de coisas. A objetividade fisicalista, fundamento das teorias positivistas, comete esse grave erro filosófico.

Não é um erro qualquer. Temos de abandonar esse conceito de objetividade, derivado por sua vez da concepção absoluta do mundo (completamente neutra e independente, em que o sujeito se apodera livremente dos objetos e sentidos do mundo a partir de um *grau zero de compreensão* – ou “ponto de vista arquimediano”⁵), se quisermos oferecer contribuições significativas nas nossas interpretações de direito ou arte. “A única base que podemos imaginar para a nossa linguagem são nossas práticas, nossa forma de vida. Nesse sentido, é a perspectiva social das intersubjetividades a única alternativa para a linguagem significativa sobre uma prática social regulada por regras como o direito.” (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 137). Embora nos seja constantemente requerido, nenhuma argumentação jurídica ou artística habilita-se a possuir valor de verdade “real”, espelhado no mundo, que transcenda a própria prática.

Não vejo por que tentar encontrar algum argumento geral no sentido que os julgamentos interpretativos morais, políticos, jurídicos ou estéticos são objetivos. *Os que pedem algum argumento dessa natureza querem algo diferente do tipo de argumentos que eu e eles produziríamos a favor de exemplos ou casos particulares de tais julgamentos. Mas não vejo como poderiam existir tais argumentos diferentes.* (DWORKIN, 2005, p. 257, grifo meu).

As proposições jurídicas não são significados ontologicamente independentes. As proposições jurídicas não são apenas descritivas de

.....
⁵ “Você é um cético arquimediano se acredita que as proposições não podem ser verdadeiras porque não há nada aí no mundo – um ponto de alavancagem – em virtude de que essas proposições podem ser mostradas verdadeiras”. É com esse conceito que Dworkin pretende atacar todas as formas desengajadas, com aspirações não avaliativas e metodologicamente neutras (*methodologically neutral*) presentes em inúmeras variantes dessas abordagens. Para ele, a pretensão de se colocar acima do campo de batalha substantivo e valorativo, dos juízos de correção moral, constitui-se num erro metodológico.” (GUEST apud MACEDO JUNIOR, 2013, p. 197-198).

objetos, coisas existentes no mundo, sejam elas pedaços do contexto geral, em que o direito se manifesta, ou sejam revelações do estado mental daqueles que se expressam sobre ele (principalmente legisladores e juízes: e aqui temos uma tradicionalíssima teoria da interpretação). Por outro lado, as proposições jurídicas não são simplesmente valorações subjetivas, mais ou menos egoístas, sobre a correção ou beleza de outras proposições, sobre aquilo que o direito é ou deveria ser. A interpretação do direito articula descrição e valoração, mas seu resultado, porque em si mesmo interpretativo, se revela muito diferente de ambas. O mesmo acontece com nossas instituições sociais mais complexas, como Estado, religião ou casamento. O mesmo acontece, enfim, com a interpretação artística.

O direito e outras práticas sociais complexas não têm como fonte simples fatos físico-naturais, observáveis e quantificáveis (Se o tiverem – com o que descordo – tais fatos não se constituirão em fonte *direta*, nem serão a fonte, e muito menos serão a fonte *determinante* do direito). De volta à interpretatividade do direito: não poderemos *demonstrar* nunca – se com “demonstrar” nos referimos à possibilidade de transformar o argumento em uma coisa sensível do mundo, em um objeto quantificável – a veracidade ou qualidade da argumentação. Claro que o consenso nada prova, afinal, todos podem estar errados. Nunca poderemos *demonstrar* que esta ou aquela interpretação se ajusta e melhor serve à prática. Isto apenas é possível argumentativamente, no interior da própria prática, e qualquer exigência de *demonstrar* o indemonstrável – como a definição de critérios de validação, por exemplo, e como devem funcionar tais supostos critérios – apenas reforça a persistente imposição do método científico na filosofia e no direito: em que ele se mostra, num primeiro momento, impossível, e, nos momentos seguintes, um estorvo.

Assim, se o direito é internamente argumentativo e suas proposições não podem ser verificadas conforme a lógica da ciência, isto, é claro, não significa que todas as interpretações jurídicas serão boas ou igualmente valiosas. Uma interpretação competente do direito tem de passar, segundo Dworkin,

Por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor. Mas finalidade ou valor, aqui, não pode significar valor artístico, porque o Direito, ao contrário da literatura, não é um empreendimento artístico. O Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas. (DWORKIN, 2005, p. 239, grifo meu)

Uma decisão judicial tem de se *ajustar* ao direito e *justificar* suas fontes fáticas, institucionais e, especialmente, morais. Analisarei logo abaixo se a resposta correta se ajusta, e se justifica, tanto Constituição Federal de 1988 como Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como a sua aplicação ou não aplicação em alguns casos recentes julgados, respectivamente, por suas Cortes principais.

2.2. O Direito Fundamental

Interpretar a Constituição significa sua integração e sua concretização. Trata-se de tarefas deontologicamente entrelaçadas, essenciais para a democracia e para o Estado Democrático de Direito, e seus resultados serão respostas constitucionalmente adequadas. Na trilha de Friedrich Muller, a partir das lições de Gadamer, se a Constituição apenas acontece enquanto “concretização”, então os

juízos constitucionais são aqueles de maior tensão e risco, pois a melhor resposta constitucional, aos olhos do ceticismo e relativismo inerente às correntes positivistas e pós-positivistas hegemônicas, encontra-se talvez indistinta entre outras possibilidades de aplicação – possibilidades quiçá muito mais sedutoras política ou economicamente.

Principalmente em Dworkin, mas igualmente em Gadamer e Habermas⁶, podemos distinguir entre decisões boas e más, melhores e piores; enfim, entre decisões corretas e incorretas. Afinal, não fazemos isto? Não qualificamos as decisões? Não defendemos que tal decisão ou tal voto do que outro qualquer, ainda que não haja consenso ou maioria e ainda que não consigamos convencer nossos interlocutores e vice-versa? A maioria dos profissionais do direito efetivamente discute padrões significativos e impactantes sobre o direito – seu conteúdo: *o que o direito é*, e poucos são aqueles que, pelo *fato* de Chico não conseguir convencer Francisco e nem Francisco conseguir convencer Chico, dirão que qualquer possa ter razão, escondendo tal posição substantiva numa pretensa autonomia do ponto externo⁷. Ora, se não se

.....
⁶ Em Habermas, a resposta correta decorre da adequação do discurso de aplicação em relação à norma previamente validada; exigência, portanto, da legitimidade do Estado em face da normatização das expectativas sociais de comportamento e do Estado Democrático de Direito. “Nas palavras de Habermas, a resposta correta, ou melhor, a aceitabilidade da resposta tida como correta, dependerá ‘não da qualidade dos argumentos, mas, sim, da estrutura do processo argumentativo’.” (HABERMAS apud STRECK, 2011, p. 328). A resposta correta de Habermas, e também de Günther por exemplo, se assenta em regramentos externos *procedimentais*, e não substantivos como em Dworkin. “A busca da única resposta correta não é capaz de garantir, por si mesma, um resultado correto. Somente o caráter do discursivo do processo de deliberação é capaz de fundamentar a possibilidade de autocorreções reiteradas e, destarte, a perspectiva de resultados racionalmente aceitáveis.” (HABERMAS apud STRECK, 2011, p. 386).

⁷ “Uma coisa é afirmarmos que não existe uma resposta certa para uma questão. Outra coisa, distinta, é afirmarmos que não temos certeza sobre qual é a resposta certa. [...] É claro que uma teoria da verdade que entenda que correção é sinônimo de certeza não faria tal distinção. Contudo, nosso uso da linguagem em geral e na linguagem da moral em geral nos sugere que essa é uma distinção relevante.” (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 220-221).

puder provar ou convencer que Chico ou Francisco esteja correto, isto não significa que a terceira posição, a posição arquimediana, ceticista e relativista – a posição de que não existe resposta correta para o caso – seja por si mesma a correta.

Eles dizem que esses partidários ignoram a verdade óbvia de que não há “fato”, “matéria”, nenhuma “resposta certa” para a questão em jogo. *Eles não param para considerar se têm argumentos substantivos para essa posição igualmente substantiva e, se o fazem, se esses também não podem ser ridicularizados como vagos ou não persuasivos ou como repousando em instintos ou mesmo afirmações rasas da mesma maneira. Clareza absoluta é o privilégio de tolos e fanáticos.* (DWORKIN, 1996, p. 134-135, tradução minha, grifo meu)

Por outro lado, a situação oposta, ou seja, defender que duas, três, quatro ou quantas decisões apresentadas sejam *razoáveis* – simplesmente porque foram apresentadas e, portanto, possíveis – é também assentar-se comodamente no ponto de vista arquimediano, neutro⁸ e austero, porque “exterior”, e simplesmente se recusar a argumentar substantivamente. É não contribuir para o direito. Este *ceticismo* tão arraigado, que faz mesmo parte do nosso modo de ser, é o mais perigoso, pois, em sua aparente precaução, não nos leva a lugar nenhum⁹, na melhor das

.....
⁸ “Não podemos sair da moral para julgá-la de algum tribunal arquimediano externo, assim como não podemos sair da própria razão para testá-la de cima.” (DWORKIN, 1996, p. 128, tradução minha, grifo meu).

⁹ “Quando somos informados de que quaisquer convicções que lutamos para alcançar não podem, em nenhum caso, ser verdadeiras ou falsas, objetivas ou fazer parte do que sabemos, ou que elas são apenas movimentos em um jogo de linguagem ou apenas vapor das turbinas de nossas emoções, ou apenas projetos experimentais que deveríamos tentar medir, para ver como nos damos, ou apenas convites para pensamentos que podemos achar divertidos, divertidos ou menos entediantes do que costumamos pensar, *devemos responder que essas sugestões negativas são todos falsas, apenas filosofia ruim.*” (DWORKIN, 1996, p. 139, tradução minha, grifo meu).

hipóteses, ou, na pior delas, auxilia na desconstrução da força normativa da Constituição e, assim, da democracia e do direito.

Chegou-se mesmo a se afirmar não ser a tese dworkiniana mais que uma reformulação dos cânones hermenêuticos do positivismo do séc. XIX, em que a decisão de qualquer caso concreto já estaria de antemão prevista na lei, cabendo ao juiz ou intérprete apenas a mera operação subsuntiva. Pois bem, se Dworkin se equivoca quanto à existência da resposta correta – e não estou dizendo que esteja –, isto não decorre de erros “tão claros e evidentes”, geralmente atribuídos a ele neste aspecto particular de sua teoria, como principalmente a impossibilidade de *demonstração* da resposta correta ou mesmo o consenso sobre ela: “... *pode existir uma resposta correta [...] mesmo que a resposta não possa ser demonstrada.*” (DWORKIN, 2005, p. 211). Críticas como esta, apesar da popularidade, apenas revelam a extrema incompreensão do projeto dworkiniano e o desconhecimento dos novos paradigmas de objetividade e verdade trazidos pela filosofia da linguagem. A refutação da tese da resposta correta tem de ser filosófica e argumentativa, não empírica, segundo os meios científicos comuns.

A tese da resposta certa [...] está na base de uma concepção interpretativa da verdade e da objetividade, segundo a qual afirmar a objetividade de uma proposição significa reconhecer que ela está justificada pelos melhores argumentos disponíveis. Tal afirmação, longe de significar a inexistência de um critério de objetividade, aponta para o único sentido inteligível de objetividade cabível nesse contexto argumentativo. (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 48)

Mais importante, a resposta correta não diz respeito à técnica ou metodologia do direito. Não se trata de uma ferramenta. Não se trata, tampouco, de outra implantação de sofisticada teoria estrangeira para

nossos horizontes teórico-jurídicos tão confusos. A resposta correta merece ao menos atenção mais aprofundada, pois, num primeiro momento, ela parece ofender nosso senso comum jurídico mais entranhado – este que, por sua vez, fundamenta-se na metafísica clássica aristotélico-tomista ou na metafísica moderna de Descartes e Kant.

Sendo *applicatio*, a resposta correta deverá necessariamente: a) respeitar a autonomia do direito; b) adequar-se e justificar a Constituição; c) fundamentar-se em argumentos de princípio e não de política¹⁰; c) ser

.....
¹⁰ Os argumentos de política justificam uma decisão política e, na seara judicial, as decisões que se utilizam de tais argumentos *protegem ou fomentam algum objetivo coletivo da comunidade (sociedade) como um todo, ainda que alguns direitos individuais ou direitos coletivos constitucionalmente previstos tenham de ser sacrificados para tanto*. A preponderância neste tipo de argumento é claramente colocada no interesse coletivo da sociedade como um todo, na *maioria* (e não no interesse coletivo de grupos, associações etc., até porque estes podem ser afastados em favor daqueles), tratando-se assim de argumentação típica das correntes utilitaristas, e que defende, no fundo, que *a sociedade como um todo, seguindo as concepções de quantidade, será idealmente melhor*. Já os argumentos de princípio também justificam uma decisão política, mas a jurisprudência que se desenvolve a partir desses argumentos *respeita ou garante um direito constitucionalmente previsto de um indivíduo ou de um grupo, independentemente se a sociedade como um todo (ou a maioria) ganha com isto*. Argumentos de princípio são os utilizados em qualquer legislação que vise a promover a inclusão social de minorias étnicas, religiosas, sexuais etc. Os utilizados para a implementação de saúde e educação (e outros direitos de segunda ou terceira dimensões) para camadas mais profundas da população, também. Exemplo bastante palpável no Judiciário são as indenizações por violação cometida pelo Estado, como o caso Herzog julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os indivíduos possuem direitos constitucionalmente garantidos e o argumento de princípio o faz valer, ainda que o erário público, portanto, a própria sociedade como um todo, saia perdendo. Esse tipo de argumento calca-se exclusivamente nos direitos constitucionais que os indivíduos ou grupos tenham ou não de acordo unicamente com a Constituição e o Estado Democrático de Direito vigentes. A preponderância não é da sociedade como um todo, do indivíduo isoladamente considerado ou de grupos (por maiores que sejam), mas sim dos direitos e garantias que estes possuam segundo a ordem político-jurídica em que vivem. Argumentos do tipo *protegem*, mais diretamente, direitos jurídicos e apenas indiretamente interesses políticos, seja de qualquer dimensão, importância ou a quem se referem tais interesses. Portanto, os argumentos de princípio, ao se desvencilharem de pragmatismos e discricionariedades e tendo somente a Constituição e os direitos nelas insculpidos como objetivo e matriz, são os argumentos que devem ser os mais legítimos para juízes e juristas no Estado Democrático de Direito. São os argumentos de direito por excelência.

coerente¹¹. O STF, respeitando todos esses parâmetros, com exceção da coerência – pois se obedece coerência quando os casos semelhantes recebem a mesma resposta incorreta –, afastou a incidência da Súmula nº 400, segundo a qual “*decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza Recurso Extraordinário.*”.

Temas de índole constitucional não se expõem, em função da própria natureza de que se revestem, à incidência do enunciado 400 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Essa formulação sumular não tem qualquer pertinência e aplicabilidade às causas que veiculem, perante o Supremo Tribunal Federal, em sede recursal extraordinária, questões de direito constitucional positivo. Em uma palavra: em matéria constitucional não há que cogitar de interpretação razoável. A exegese de preceito inscrito na Constituição da República, *muito mais do que simplesmente razoável, há de ser juridicamente correta.* (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020, grifo meu)

Em suma,

a. A resposta correta é para *um caso* – e não para *todos os casos*.

Diferentes casos terão diferentes respostas corretas que, por sua vez, dirão respeito, no caso brasileiro, a basicamente a Constituição e, principalmente, aos direitos e garantias nela expressos, aqueles decorrentes dos princípios jurídico-morais por ela adotados e os constantes de tratados internacionais como a Convenção Americana de

.....
¹¹ “Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. *A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção.* Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.” (DWORKIN, 2014, 263-264, grifo nosso).

Direitos Humanos, por exemplo (CF, art. 5º, §2º). A resposta correta não traz a justiça universal, não traz a conclusão definitiva sobre o bem e o mal, e não tem como objetivo sanar os grandes problemas morais e jurídicos. Muitos casos, como os que veremos abaixo, obtiveram a resposta correta. Muitos outros, não.

- b. A resposta correta é adequada à Constituição e a ao mesmo tempo justifica seus fundamentos e objetivos (CF, art. 1º, 3º e 4º).
- c. A resposta correta é adequada e justifica o direito brasileiro, inclusive os tratados de que o Brasil faça parte.
- d. A resposta correta não pressupõe *consenso* ou *maioria*.
- e. A resposta correta não tem como ser *demonstrada* segundo os meios científicos comuns.
- f. A resposta correta é *argumentativa*.
- g. A resposta correta fundamenta-se em *argumentos de princípios* e não em argumentos de política.
- h. A resposta correta ocorre *internamente* (e não externamente) à teoria e prática do direito.
- i. A resposta correta é *metafórica*¹².

.....
¹² Como as de Hobbes, Rousseau ou Rawls.

3. FUSÃO DE HORIZONTES: A RESPOSTA CORRETA SEGUNDO A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A constitucionalização do direito no pós-guerra é mais obra das Cortes Constitucionais do que das Constituições em si. Trata-se dum processo manifestamente hermenêutico, e não meramente declaratório. Eis a grande transformação do constitucionalismo moderno. Fundamentando-se nas Constituições dirigentes e normativas, as quais incluem vasto leque de direitos fundamentais de todas as dimensões, as Cortes Constitucionais desenvolveram a contínua e profícua atividade de revisão constitucional de todo o ordenamento jurídico.

Se a Constituição na Europa ocidental durante o século XIX e metade do XX era concebida como Carta de intenções, basicamente política, o Código Civil exercia, de fato e de direito, o papel juridicamente vinculante das relações entre os cidadãos. A normatividade, da qual carecia a Constituição, lhe era exclusiva. A situação normativa dos documentos jurídico-políticos elucida-se facilmente na comparação entre os três textos essenciais legados pela Revolução Francesa: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Constituição Francesa de 1791 e o Código Napoleônico de 1804. Os três documentos não chegam a formar unidade normativa; ao invés, mostram-se relativamente independentes, compartilhando, como não poderia deixar de sê-lo, os princípios históricos mais essenciais¹³ da Grande Revolução.

.....

¹³ “O direito liberal se caracteriza pelo lugar predominante concedido ao princípio da autonomia da vontade, fundamento de todas as *convenções de direito privado*, que deveria conceder a todos uma igual proteção da lei. A lei Le Chapelier, votada em 1791, abole as corporações e veda aos cidadãos de uma mesma profissão se coalizarem para defender seus interesses

No entanto, afiguram-se tratar de campos e objetivos não coincidentes, muito em razão da normatividade inversamente proporcional ao grau de generalidade e abstração da norma.

Konrad Hesse profere sua aula inaugural A força normativa da Constituição na Universidade de Freiburg em 1959. Trata-se de uma réplica quase cem anos posterior a Ferdinand Lassalle, cuja exortação de 1862 sobre os fatores reais de poder ainda exercia muita influência, muito por explicar perfeitamente a inocuidade da Constituição de Weimar de 1919 em conter o avanço, a tomada de poder e as atrocidades cometidas pelo nazismo. O propósito de Hesse num contexto completamente diverso, o de reconstrução da Alemanha arrasada pela Segunda Guerra Mundial, e já sob a égide da Lei Fundamental de Bonn de 1949, é o de oferecer uma alternativa para que no confronto entre os fatores reais do poder e a Constituição escrita do país, não tenha esta de, necessariamente, sucumbir. A Constituição possui força jurídica, deontológica e obrigacional como qualquer outro comando normativo, igualmente, ou melhor, em maior grau devido a suas peculiaridades, do que qualquer lei. Portanto, a Constituição também é *dever ser normativo*, o maior deles em grau, amplitude e profundidade, não obstante para isto tenha frequentemente de se valer de fórmulas abrangentes ou exortativas. Há a tentativa de compatibilização, num verdadeiro esforço de dialeticidade, entre a Constituição escrita e a Constituição real, ou entre direito e poder. Hesse argumenta a necessidade de algumas

comuns, e isto a pretexto de garantir a autonomia da vontade. Mas, na realidade, ela, que deveria proteger igualmente a liberdade de todos os contratantes, favorecia o empregador que não era em absoluto igual àquele que, pelo contrato de trabalho ou de emprego, devia aceitar um vínculo de subordinação para com o patrão. A superioridade moral deste último era, aliás, salientada pelo art. 1.781 do Código Civil que dispunha que, em caso de contestação relativa aos salários, se acreditaria no patrão mediante a sua mera afirmação.” (PERELMAN, 1996, p. 220-221).

condições para que, apesar das forças reais de poder, a Constituição jurídica faça-se prevalecer.

Em primeiro lugar, há certos *pressupostos realizáveis* (*realisierbare Voraussetzungen*) no texto normativo constitucional que, não sendo meros reflexos da realidade, procuram influir nela¹⁴. Eis aqui o *dirigismo* das Constituições contemporâneas. Se a Constituição, como produto cultural humano, encontra-se vinculada ao contexto histórico de sua formação, passado e presente, ao mesmo tempo ela, a Constituição, não se encontra delimitada, simples e inteiramente, por esta realidade contextual, apontando também para o futuro (HESSE, 1991, p. 10-11). Os pressupostos realizáveis permitem a sobrevivência da Constituição no conflito com as forças reais do poder.

O que certamente exige uma opção. Portanto, o segundo elemento para a prevalência da Constituição jurídica é o que Hesse denomina de *vontade de Constituição*; de fazê-la cumprir, transformá-la de mera

.....
¹⁴ “A pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. [...] Para usar a terminologia acima referida, ‘Constituição real’ e ‘Constituição jurídica’ estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às possibilidades e aos limites de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida. Como mencionado, a compreensão dessas possibilidades e limites somente pode resultar da relação da Constituição jurídica com a realidade.” (HESSE, 1991, p. 5-6).

folha de papel com tinta para ação constitucional. Como opção, é voluntária, a cargo de todos a que ela, Constituição, se dirige.

Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, 1991, p. 7)

Ambos os fatores, os pressupostos realizáveis e a vontade de Constituição, cumprem-se, como não poderia deixar de sê-lo, na *hermenêutica constitucional*. Hesse sugere o princípio da “ótima concretização da norma”, em realidade, característica da normatividade constitucional (aqui a *vontade de Constituição* exerce papel fundamental), que, por sua vez, transmuta-se, incontinente, também em necessidade metodológica para a efetivação dessa normatividade. A ótima concretização da norma (constitucional), enunciada talvez pioneiramente por Konrad Hesse e continuamente desenvolvida pelo Tribunal Constitucional do qual ele fez parte, insere-se no âmbito das transformações ocorridas na hermenêutica jurídica com o advento da força normativa da Constituição, como a supremacia do texto constitucional e a unidade da Constituição.

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. (HESSE, 1991, p. 9, grifo meu)

A Constituição Federal de 1988, por este processo de desconstrução do já frágil Estado Democrático de Direito por ela instituído, que inclui sua sucessiva modificação (emendas constitucionais), e principalmente a não recepção constitucional pelos modelos positivistas hegemônicos de compreensão e produção do direito, torna-se ainda mais facilmente manipulável pelos fatores reais de poder. A inexistência ou insuficiência da *vontade de Constituição* no Brasil se revela em sua baixa efetividade e normatividade, e vice-versa, numa herança e tradição infelizmente continuada a que chamo de *anemia constitucional*, representando, por sua vez, o gigantesco déficit de legitimidade democrática em nosso país. Talvez a se encontre em Otto Bachof (1977, p. 42): a Constituição apresenta-se tão mais legítima quando, simultaneamente, tanto corresponda à expressão dos poderes efetivos do país quanto

haja na população como um todo, e principalmente nos agentes de interpretação e concretização, o sentimento deontologicamente fundado de pertencimento e vinculação à Constituição.

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 ou Pacto de San Jose da Costa Rica, como se sabe, apenas foi ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e adentrou definitivamente o ordenamento jurídico brasileiro com o Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. Apesar do status supralegal, mas infraconstitucional (pois incorporado pela forma comum, e não ao modo das emendas constitucionais segundo o disposto no art. 5º, §3º, da Constituição Federal introduzido pela EC nº 45/2004 – entendimento firmado no Recurso Extraordinário 466.343 – SP), a Convenção exerce relevantes influências no direito interno. Como exemplo mais claro, o afastamento da prisão do depositário infiel.

A nossa discussão conjuga-se principalmente, mas não exclusivamente, ao art. 8º, 1., sobre as garantias judiciais. “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2020), já que, em atenção ao art. 5º, §2º, complementa outros direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição. A resposta correta adequa-se e justifica a Convenção, constituindo-se em direito e, ao mesmo tempo, garantia dos jurisdicionados.

Apenas com a integração e concretização constitucionais, possa-se fazer valer o direito (e dever) mais fundamental de todos, e que está a cargo de todos nós: o direito de cumprimento da Constituição, o que

abarca, obviamente, o cumprimento do Pacto de San José da Costa Rica. Umbilicalmente ligado a este direito, nasce o dever (e direito) fundamental de justificar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX) – que encontra paralelo no art. 66, 1., da Convenção –, dispositivo dos mais ludibriados mesmo com seu desenvolvimento no art. 489, §1º, do CPC: esta talvez uma das normas mais anti *displícência* hermenêutica de todas. O direito fundamental à obtenção de respostas corretas à Constituição, por sua vez, decorre dessas duas tarefas deontologicamente essenciais e interligadas: cumprir a Constituição e nela justificar todas as decisões jurídicas. Em outras palavras, trata-se de um *direito fundamental do cidadão conseguir respostas adequadas e justificadoras da Constituição*. Tal resposta, é claro, inevitavelmente ultrapassa o raciocínio subsuntivo, o raciocínio causal, as ponderações e as simples considerações semânticas ou criteriosais tradicionais do positivismo.

A nossa argumentação, afinal, respeita os parâmetros de interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos do art. 29, ‘a’: a aceitação de *nenhuma* ou de *qualquer* resposta correta significaria a permissão internacional de limitação ou mesmo supressão do gozo dos direitos e liberdades ali reconhecidos (uma expressão menos amarga, e bastante utilizada pelos tribunais, é *relativização* – o que tem o mesmo sentido). No mais, o art. 29, ‘b’, ‘c’ e ‘d’, à maneira do art. 5º, §2º, da Constituição Brasileira, não excluem outros direitos e garantias fundamentais que não estejam expressamente previstos na Convenção. Por fim, evidentemente a concretização dos direitos fundamentais recomenda que toda interpretação seja sempre ampliativa conforme o art. 29, ‘a’: claramente, as garantias do art. 8, 1., não se restringem ao processo penal.

A seguir discutiremos sobre a resposta correta em alguns casos de grande repercussão no Supremo Tribunal Federal brasileiro e na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4. A RESPOSTA CORRETA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

4.1. O Caso Ellwanger

O Supremo Tribunal Federal proporcionou a resposta correta no julgamento do *Habeas Corpus*, em 17/09/2003 (com publicação no DJ em 19/03/2004). Siegfried Ellwanger fora acusado como incurso no art. 20 da Lei 7.716/89 (ainda com a redação dada pela Lei 8.081/90 – a redação atual é da Lei 9.459/97); Ellwanger, fundador da Editora Revisão, editou, distribuiu e vendeu obras ostensivamente antissemitas como, por exemplo, “*Holocausto: Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século*”, “*Acabou o Gás! O Fim de um Mito*” e “*Inocentes em Nuremberg*”. Absolvido em primeira instância e condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a defesa de Ellwanger alegou perante o Supremo a extinção da punibilidade por prescrição, uma vez que, segundo a ela, o antissemitismo não seria alcançado pela imprescritibilidade do crime de racismo (CF, art. 5º, XLII). Em outras palavras, o preconceito contra judeus não seria preconceito de raça: a imprescritibilidade constitucional, sempre de acordo com a defesa de Ellwanger, diria respeito apenas à discriminação por cor.

O relator Min. Moreira Alves acolheu a argumentação da defesa e votou pelo deferimento do HC, alegando que judeus não seriam raça. Fundou sua resposta errada numa perspectiva intencional e

originalista: segundo o Ministro, o fato da introdução do dispositivo da imprescritibilidade na Assembleia Nacional Constituinte de 1988 ter sido feita por Carlos Alberto Caó, conhecido ativista dos movimentos negros, demonstraria a *intenção original* dos constituintes de significar o termo “racismo” como discriminação contra negros. Como se percebe, além da equivocada “metodologia” usada no voto (intencionalismo e originalismo), o Ministro cometeu petição de princípio, ou seja, pressupôs como verdadeiro algo que deveria provar, argumentando. Mais ainda, buscou o conceito criterial sobre o uso da palavra “racismo”: se os fatos cometidos por Ellwanger podiam ou não ser subsumidos ao termo. Aduziu ainda Moreira Alves que o termo “racismo” no Brasil se entende majoritariamente, e de fato, por discriminação contra negros.

Coube ao Min. Maurício Corrêa inaugurar o *latente, evidente* do caso: o nazismo inspirador das obras de Ellwanger era fundado sobretudo em superioridade de raça (arianos sobre todos os demais). O nazismo, difundido aqui por personalidades como a de Ellwanger, se constitui numa teoria (e prática) essencialmente *racista*: Ellwanger reproduzia no Brasil os ideais pseudocientíficos e anti-humanitários de Hitler e companhia. *A questão volta para o seu devido lugar*: a Constituição protege *menos*, com a prescritibilidade dos ataques, algumas existências humanas e protege *mais* outras, com a imprescritibilidade? A Constituição permite a cisão entre raças para tais efeitos? Podemos justificar tal suposta discriminação constitucional numa opção quantitativa pela maioria, afinal no Brasil existem muitos mais negros que qualquer outra “raça”? E assim sendo, qual seria a solução, por exemplo, no caso de crime de racismo contra judeus, imagine-se, negros? Ou contra ciganos ou refugiados negros?

O Min. Maurício Corrêa, inaugurando em seu voto os rumos da resposta correta, faz valer inclusive a dignidade da pessoa humana (fundamento de nosso Estado Constitucional, art. 1º, III, da CF) e o objetivo fundamental de não-discriminação (art. 3º, IV). A solução do caso, portanto, se apresenta extremamente simples.

Mas não antes de algumas outras discussões, as quais, digamos, nem faziam parte da questão. O STF, depois do voto do Min. Corrêa, passou a discutir se as obras antisemitas como as de Ellwanger estariam ou não abrigadas pela liberdade de expressão do art. 5º, IV, da Constituição Federal. Os Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio, baseando-se na teoria alexyana, entraram em juízos de *ponderação* entre os princípios da liberdade de expressão e o princípio da não-discriminação. Segundo o Min. Marco Aurélio, inclusive, os judeus não fariam parte do Brasil e da Constituição Brasileira, já que, segundo ele, a Constituição Federal não se refere a este povo, mas sim aos negros – e a Constituição brasileira, evidentemente, se aplica ao povo brasileiro (*sic*). O primeiro absolveu o paciente – embora nem tenha sido este o pedido, mas sim o de reconhecimento da prescrição – e o segundo deferiu o HC. Por fim, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes reproduziram a clareza do Paradoxo da Tolerância de Karl Popper: a democracia não tem como conferir direitos de expressão e, portanto, legitimidade, aos discursos de ódio porque então ela mesma estaria em evidente perigo. Trata-se de um direito bastante razoável de autopreservação das democracias contemporâneas.

O *Habeas Corpus* acabou denegado, não se reconhecendo a prescrição do crime imputado a Ellwanger: ou seja, o antisemitismo como racismo, evidentemente, e, portanto, abrangido pela imprescritibilidade do art. 5º, XLII, da CF. Neste caso, as pressupostas intenções mentais

dos constituintes, buscas criteriosais-semânticas sobre o alcance de expressões e juízos de ponderação acabaram constitucionalmente e corretamente derrotados.

4.2. O Caso Herzog

4.2.1. A Lei de Anistia e a ADPF 153

O Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a Lei de Anistia (Lei nº 6.683/1979) em 2010, não havendo expectativa, por ora, de revisão da decisão, seja via embargos de declaração com efeitos infringentes, seja por via do controle difuso ou por outra via do controle concentrado. No caso, trata-se da Arguição de Preceito Fundamental 153 proposta pela OAB sobre a constitucionalidade do art. 1º, §§ 1º e 2º da Lei da Anistia¹⁵, na qual o Conselho Federal da Ordem propunha que os crimes praticados por agentes da repressão durante a ditadura militar (1964-1985) fossem considerados crimes comuns contra os direitos humanos, e não crimes políticos. Prosperasse a tese, tais crimes não estariam sujeitos a perdão, ocorrendo a imprescritibilidade retroativa em relação a eles¹⁶.

.....
¹⁵ “Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

¹⁶ A OAB inclusive trouxe ao caso o Estatuto de Roma ratificado pelo Brasil em 2002, especialmente o seu art. 7º – o qual define os crimes contra a humanidade como, por exemplo, tortura (‘g’), perseguição por motivos políticos (‘h’) e desaparecimento forçado (‘i’) – e seu art. 29 que determina a imprescritibilidade dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, a cuja jurisdição, por sua vez, o Brasil se submete segundo o art. 5º, §4º, da Constituição.

O Min. Relator Eros Grau inaugurou o voto vencedor (7 a 2). Numa frase, argumentou não tocar ao Poder Judiciário a revisão de acordos políticos, no que foi acompanhado por todos os presentes com exceção dos Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto. Para eles, a Lei da Anistia, além de não ter caráter “amplo, geral e irrestrito”, trata de crimes absolutamente incompatíveis com a Constituição Federal de 1988, não sendo mera criminalidade “política” pura ou por conexão (no sentido mais técnico-dogmático do termo, se possível), mas crimes contra a humanidade.

Talvez o voto do Min. Peluso tenha sido o mais completo dentre aqueles pela improcedência da ADPF. Ele destacou seis pontos que justificariam sua decisão. Primeiro, a interpretação da anistia teria de ser ampla e generosa, não restrita. Segundo, a Lei da Anistia não ofenderia a igualdade porque abrangeu crimes tanto dos opositores do regime quanto de seus agentes oficiais. Terceiro, o objeto da ADPF nº 153 não seria o “direito à verdade”, pois seria possível a apuração das verdades históricas mesmo sem modificação da Lei da Anistia. Quarto, a Lei foi fruto de um acordo político no momento de sua celebração pelas autoridades que tinham legitimidade para fazê-lo, inclusive a própria autora da ação, a OAB. Quinto, o caráter bilateral da Lei da Anistia afastaria a acusação de “auto anistia”. Sexto, o Min. Peluso classificou o pedido como irrelevante praticamente, pois, caso a ADPF fosse julgada procedente, os crimes estariam prescritos depois de 31 anos de sancionada a Lei¹⁷.

.....
¹⁷ A *maioria* dos crimes estaria prescrita. Não todos. Os crimes permanentes como ocultação de cadáver e desaparecimento forçado estariam em plena consumação e, portanto, não sujeitos à prescrição. Esta tese utilizada pelo órgão equivalente ao nosso Ministério Público nos países vizinhos saiu vencedora em muitos casos isolados, antes da definição legislativa pelos respectivos Parlamentos.

Uma consideração mais profunda sobre o julgamento da ADPF nº 153 fugiria aos objetivos deste trabalho; sendo a palavra final do Estado Brasileiro sobre sua própria história recente¹⁸, ela reaparece a seguir conflitando diretamente com as condenações recebidas pelo Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos relacionadas aos crimes “zerados” precisamente pela Lei da Anistia. No entanto, algumas palavras se fazem necessárias. Torna-se muito claro, e coerente com toda a argumentação desenvolvida neste trabalho, que o Supremo Tribunal Federal não tomou a decisão correta neste caso, mas certamente a mais *cômoda*. Não surpreende, visto que – desculpe-me a expressão – a Lei de Anistia foi uma grande *passada de pano geral*, típica do homem cordial brasileiro no que tem de mais lesivo. A Lei de Anistia adequa-se à Constituição Federal de 1988? Justifica-a? A aceitação da Lei de Anistia tal como promulgada torna-se, enfim, *condição de possibilidade* ou *representação dos problemas* para a efetivação da Constituição e da democracia? O julgamento da ADPF 153 passou comodamente ao largo de todas estas questões substantivas. O STF perdeu a valiosa oportunidade de reconstituir alguns laços da sociedade brasileira com a Constituição, e o Brasil perdeu, enfim, mais uma chance de crescer como civilização.

.....

¹⁸ Diferentemente da Argentina e do Uruguai, a grande responsabilidade sobre a revisão de Leis de Anistia coube exclusivamente ao STF no caso brasileiro. Isto explica em grande parte a cautela vencedora no julgamento da ADPF 153. Tivesse principalmente o Poder Legislativo se manifestado, a questão da legitimidade estaria mais bem assentada e não se tornaria impedimento tão grande a decisões, digamos, mais substantivas dos Ministros. Mas se, como demonstra o Brasil contemporâneo, mesmo a sociedade brasileira ainda não consegue em nada lidar com seu passado inerente, como fariam aqueles que são espelho desta sociedade? Qualquer resolução definitiva por quaisquer dos Poderes parece muito distante hoje e nos anos a seguir: difícil imaginar pauta mais politicamente e emocionalmente onerosa. Depois de muitos avanços e recuos, e anulações de anulações, as Leis de Anistia argentina e uruguaia foram definitivamente afastadas pelos Paramentos respectivos, viabilizando a perseguição e punição dos culpados por crimes contra os direitos humanos.

4.2.2. *O Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos*

Em novembro de 2010, poucos meses após o julgamento da ADPF 153, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil por unanimidade em relação a crimes cometidos na Guerrilha do Araguaia (1972-1974). No caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, a Corte decidiu pela incompatibilidade entre a Lei de Anistia brasileira e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos¹⁹, obrigando o Estado Brasileiro à investigação e à responsabilização civil e criminal dos agentes civis ou militares da repressão culpados pelo desaparecimento de 62 pessoas. Talvez se a cronologia dos julgamentos fosse inversa, alguns dos votos da maioria vencedora na ADPF 153 seriam diferentes.

Mais recentemente, em 2018, o Brasil foi novamente condenado. O caso *Herzog* chegou à Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2009. Eis uma breve cronologia dos fatos: em 1975, ano da morte do jornalista, a Justiça Militar confirmou a versão oficial do suicídio. Em 1992, já sob o império da Constituição atual, autoridades começaram investigações que foram arquivadas com base na Lei da Anistia. O mesmo aconteceu em 2007 quando as investigações foram reabertas por recomendação da Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos e novamente paralisadas pela Lei nº 6.683/79.

.....
¹⁹ “Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, p. 3).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu a violação, pelo Estado, “do direito à integridade pessoal, previsto no art. 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, p. 90) em prejuízo dos familiares de Vlado. O Estado Brasileiro foi condenado: a) à “investigação dos fatos, julgamento e, caso seja pertinente, punição dos responsáveis” (CIDH, 2018, p. 92), afastadas a aplicabilidade da Lei de Anistia, a prescritibilidade dos crimes contra a humanidade e o *ne bis in idem*; b) ao reconhecimento de sua responsabilidade internacional (CIDH, 2018, p. 94); c) ao pagamento de indenização no valor de US\$ 40 mil a cada familiar (a título de danos imateriais) e mais US\$ 20 mil (a título de danos materiais emergentes) (CIDH, 2018, p. 96-97).

Em todos os casos semelhantes ocorridos nas ditaduras latino-americanas, a Corte estabeleceu não haver anistia para crimes contra a humanidade nem autoanistia. Quanto à primeira afirmação, muitos defendem que as decisões de tribunais internacionais são apenas recomendações, e não juridicamente vinculantes. Caberia então perguntar qual o sentido de o Brasil aderir à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (e ao Estatuto de Roma, por exemplo) e não aderir à jurisdição da Corte correspondente. O que fazer com o art. 68, 1, que diz: “Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.”? Mesmo semanticamente não pairam quaisquer incertezas. Não parece ser uma questão de opção ou opinião – uma questão política – mas de direito. Quanto à segunda afirmação, os defensores argumentam sobre a bilateralidade do grande acordo da Lei de Anistia: não houve autoanistia, eles dizem, pois, apesar de promulgada pelo grupo militar no poder ao tempo, houve a

participação de outras entidades legitimadas e, enfim, trata-se de perdão não dependente de qual lado estavam aqueles acusados dos crimes.

A constitucionalidade da Lei de Anistia e sua força vinculante e *erga omnes* impedem, de fato, o cumprimento das decisões da Corte Interamericana em âmbito interno. O art. 68, 2, da Convenção Americana diz que a indenização pode ser executada segundo as regras internas do processo para a execução de sentenças contra o Estado. Por sua vez, o art. 11 da Lei nº 6.683, embora não tenha sido o objeto específico da ADPF 153, estabelece que não reconhecido nenhum outro direito (e.g. salários, indenizações, ressarcimentos) a mais dos expressamente previstos. O Brasil não cumpriu ainda, e nada indica que irá cumprir, as condenações dos casos Gomes Lund e Herzog.

4.3. Cumprimento (Automático) da Pena após Condenação em Segunda Instância

Poucas vezes se viu campanha de difamação tão forte quanto no julgamento pelo STF das ADCs 43, 44 e 54 sobre a constitucionalidade do art. 283 do CPP. Se, antes das redes sociais, dizia-se que o Brasil tinha mais de 180 milhões de treinadores de futebol, hoje podemos nos dizer privilegiados por termos mais de 200 milhões de juristas.

A questão foi propositadamente mal colocada. O STF apenas declarou ser constitucional o art. 283 do CPP, ou seja, nunca esteve e não se encontra agora proibida a prisão antes do trânsito em julgado. Em qualquer momento processual, inclusive após a condenação em segunda instância, pode ser decretada a prisão que será do tipo cautelar (temporária, preventiva ou em flagrante) desde que se verifiquem, no caso, os requisitos legais. A simples questão constitucional transformou-

se numa quimera quando muitos setores da sociedade passaram a tratar de outra questão: *automatizar* todas as prisões no segundo grau. E isto o direito brasileiro e a Constituição Federal simplesmente não permitem. É, inclusive, cláusula pétrea (CF, art. 60, §4º).

O ônus argumentativo estava em fundamentar a inconstitucionalidade do art. 283 (“*Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.*”) frente ao art. 5º, LVII (“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”) e ao art. 5º, LXI (“Ninguém será preso *senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.*”). Defender a inconstitucionalidade do citado artigo processual se torna, portanto, uma tarefa extremamente complicada: os limites semânticos são evidentes. Apelou-se, então, para típicos argumentos de política – que, mesmo relevantes, devem sempre ceder aos argumentos de princípio num Estado Democrático de Direito pautado por uma Constituição e pelos direitos fundamentais – ou simplesmente desinformação, mentira, como espalhar que quase 200 mil presos – entre eles assassinos e estupradores – seriam libertados automaticamente.

Outro aparente caso difícil, como o de Ellwanger, se revela mais fácil ainda segundo a força normativa da Constituição.

É sobre a resposta correta, e não a resposta da maioria. Felizmente o Supremo Tribunal Federal fez valer a Constituição após alguns anos de vacilação entre 2016 e 2019, quando, talvez ao sabor das profundas

agitações políticas sofridas pelo país, a Corte Suprema ofereceu respostas imprecisas em casos isoladas, fragilizando a integridade do direito nacional. O canto das sereias de Ulisses transformou-se milênios depois nos grandes meios de comunicação e, atualmente, nas redes sociais. Devemos decidir conforme o direito ou conforme a política? Se a voz das ruas, as vozes do WhatsApp e os memes têm de ditar o rumo das coisas – porque são a maioria – para que o STF e as instituições? Podemos solucionar os problemas via IBOPE? Certamente o Estado Brasileiro, se tornaria Estado Cristão, a tortura (em alguns casos) seria legalmente permitida etc.

Na semana em que o influente grupo de caminhoneiros ameaçou paralisar estradas caso o STF julgasse conforme a Constituição – o que eles não estavam obrigados a saber, afinal não eram profissionais e estudiosos do direito –, um professor, veja, de direito, perguntou-me se não seria função do Supremo “defender a sociedade”. O professor parecia bastante preocupado, mesmo indignado, com seu *smartphone* em mãos. É pena que não seja função do Supremo defender-nos da ignorância e das *fake news*: disso não podemos culpá-lo. Isto ainda é função de professores e dever de cada um.

CONCLUSÃO

O ceticismo inerente ao positivismo nunca nos levou a lugar algum; ao contrário, decisões ostensivamente erradas ou odiosas podem ser tomadas e aceitas nas vestes pretensamente neutras do relativismo – que afirma contraditoriamente ser tudo relativo. O próprio respeito a ouvir e entender outras pessoas e posições, que constitui a prática da vida e do direito – as pessoas têm de concordar sobre muitas coisas

muito fundamentais, talvez invisíveis por estarem elas muito próximas de nós, para discordar de outras – não decorre de um relativismo barato no sentido de que devemos ouvir os outros (“dever”) para que eles nos ouçam (“direito”). Trata-se de uma fundação mais profunda e deontologicamente vinculante: *é importante*, simplesmente. Mas isto não significa que pessoas adultas e razoáveis que compartilham uma mesma prática não possam discutir e mostrar seus argumentos sobre a qual objetivo essa prática serve ou deve servir, e *como*. Uma opção proposta pode ser melhor que outra. Uma opção não proposta pode ser melhor que todas.

Não aceitamos qualquer coisa, qualquer justificativa: nossos problemas mais profundos e intrincados, muitos dos quais tomam a forma jurídica mais cedo ou mais tarde, importam e por isto estamos constantemente buscando respostas certas para eles.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. e nota prévia: José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.

BRASIL. **Lei nº 6.683**, de 28 de agosto de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 08 fev. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 08 fev. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herzog e outros vs. Brasil**. Sentença de 15 de março de 2018. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca jurídica WMF).

_____. Objectivity and truth: you'd better believe it. **Philosophy and Public Affairs**, v. 25, n. 2, 1996, p. 87-139. Available at: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0048-3915%28199621%2925%3A2%3C87%3AOA TYBB%3E2.0.CO%3B2-X>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

_____. **O império do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. Rev. téc. Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. (Justiça e direito)

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. Rev. téc. Gildo Sá Leitão Rios. Rev. da trad. Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e direito)

HACKER, P. M. S. (Peter Michael Stephan). **Wittgenstein**: sobre a natureza humana. Trad. João Vergílio Gallenari Cuter. São Paulo: UNESP, 2000. (Coleção Grandes Filósofos)

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Rev. da trad. Marcelo Brandão Cipolla. Rev. téc. Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF)

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF).

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PATTERSON, Dennis. Wittgenstein, Ludwig. (August 22, 2019). **Rutgers Law School Research Paper**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3441348> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3441348> . Acesso em: 25 jan. 2020.

PERELMAN, Chaim. . Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERRY, Stephen R. Interpretação e metodologia na teoria jurídica. In: MARMOR, Andrei (Ed.). **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Justiça e direito)

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Aplicação das Súmulas no STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1478>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

XAVIER, Felipe Rodrigues. **Interpretação e aplicação do direito nos positivismos jurídicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

WINCH, Peter. **The idea of a social science and its relation to philosophy**. 2. ed. Routledge: London, 2003.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Os pensadores)

_____. **O livro azul**. Trad. Jorge Mendes. Lisboa: Edições 70, 1992.