

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOCTORADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

BRUNO TAUFNER ZANOTTI

INTEGRIDADE PARA ALÉM DA JURISDIÇÃO:
UMA ANÁLISE CRÍTICA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO
ÂMBITO DA ATIVIDADE POLICIAL

Vitória
2018

BRUNO TAUFNER ZANOTTI

**INTEGRIDADE PARA ALÉM DA JURISDIÇÃO:
UMA ANÁLISE CRÍTICA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO
ÂMBITO DA ATIVIDADE POLICIAL**

Tese apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência para a obtenção do título de DOUTOR em Direitos e Garantias Fundamentais, sob orientação do Prof. Doutor Alexandre de Castro Coura.

Vitória

2018

BRUNO TAUFNER ZANOTTI

**INTEGRIDADE PARA ALÉM DA JURISDIÇÃO:
UMA ANÁLISE CRÍTICA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO ÂMBITO DA
ATIVIDADE POLICIAL**

Tese apresentada à Banca Examinadora da
FDV, como exigência para a obtenção do
título de DOUTOR em Direitos e Garantias
Fundamentais.

Aprovada em ____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura
FDV
Orientador

Prof. Dr. José Emílio Medauar Ommati
PUC-Minas

Prof. Dr. Pedro Ivo de Sousa
UFES

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Jr.
FDV

Prof. Dr. Samuel Meira Brasil Jr.
FDV

*A Deus, fonte única de santidade,
justiça e conhecimento.*

*Aos meus pais, Nilton e Graça,
exemplos de vida, que me mostraram o
caminho para ser uma pessoa íntegra, com
uma vida forjada em verdadeiros valores.*

*À minha esposa Vanessa, pelo sentimento
único de família, construído na cumplicidade e
no companheirismo. Em pouco mais de cinco
anos de casamento, transformou uma casa em
um lar e um casal em uma família.*

*À pequena Letícia que, com quase três anos,
consegue me ensinar que a alegria mais
sincera advém da simplicidade das pequenas
coisas. Como diria Manuel Bandeira, quero a
delícia de sentir as coisas mais simples!*

AGRADECIMENTOS

Ao amigo e orientador, Alexandre de Castro Coura, seja pela confiança em me aceitar, mais uma vez, como seu orientando, seja pelos longos debates que levaram à evolução dos temas trabalhados, seja pelo comprometimento em ler e reler a tese, seja pelas conversas descontraídas que tornaram essa caminhada mais leve, seja, acima de tudo, pelo sentimento de amizade que fica após quase cinco anos trabalhando juntos para que esta tese fosse pensada, gestada, escrita e concluída.

Aos professores que aceitaram o convite para participar da Comissão Examinadora na minha defesa da tese. Tenho certeza de que suas observações e sugestões serão valiosas para o enriquecimento deste trabalho.

Aos meus colegas do doutorado, que enriqueceram o debate e tornaram mais agradável esta árdua caminhada. À Faculdade de Direito de Vitória (FDV), por tornar possível o doutorado, cujos conhecimentos me auxiliarão na vida pessoal e profissional. Também agradeço por contribuir significativamente na minha formação jurídica, iniciada na graduação, continuada com a especialização, com o mestrado e, agora, finalizada com o doutorado, na certeza de que muitos outros passos ainda serão compartilhados.

Por fim, a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização desta tese.

*A doutrina é parte geral da jurisdição, o
prólogo silencioso de qualquer veredicto.*

RONALD DWORKIN

RESUMO

Objetiva-se uma reflexão crítica acerca dos pressupostos teóricos e pragmáticos da tarefa de interpretação do Direito atribuída ao Delegado de Polícia, tanto na atividade investigativa, quanto na atividade administrativa que lhe dá suporte. O Estado Democrático de Direito demanda nova perspectiva para a justificação do poder coercitivo para além da ideia de discricionariedade, uma vez que a autoridade atribuída a alguém não representa, por si só, uma justificativa racional suficiente para legitimar o uso da força. À luz do Direito como integridade, busca-se não só superar os problemas do Positivismo Jurídico, mas demonstrar que uma fundamentação racional de cada decisão ganha valores e direitos capazes de desvelar a comunidade a que se dirige, a partir da sua historicidade do melhor ponto de vista da Moral política. Para integrar as fontes de pesquisa e aprofundar o estudo do tema, utiliza-se uma abordagem hermenêutica e uma pesquisa empírica de natureza quanti-qualitativa referente à atividade administrativa no âmbito da Polícia Judiciária. Com base no estudo e na análise dos resultados, chega-se a algumas conclusões. 1. O Positivismo Jurídico possui problemas estruturais referentes à legitimidade da decisão e à compreensão do adequado funcionamento dos princípios jurídicos, especialmente no contexto do que foi rotulado como “Positivismo Jurídico à brasileira”. 2. Compreender os pressupostos decisórios adequados ao Estado Democrático de Direito e fundamentar racionalmente uma decisão, outorgará ao delegado de polícia uma especial responsabilidade, seja nas práticas administrativas que lhe dão suporte, seja em sua atuação investigativa. 3. O novo olhar sobre a atuação da Polícia Judiciária reclama abandono da classificação dos atos administrativos em vinculados e discionários, releitura do princípio da legalidade e nova compreensão do princípio da supremacia do interesse público. 4. A concretização da noção do Direito como integridade, mesmo na atividade administrativa-policia, traz importantes repercussões para a investigação policial, permitindo reconhecer ao investigado a condição de sujeito de direitos, bem como atribuir ao inquérito policial a finalidade que vai além do mero fornecimento de justa causa para a ação penal.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico. Direito como integridade. Polícia Civil. Direito Administrativo. Investigação Criminal.

ABSTRACT

The thesis seeks a critical reflection about the theoretical and pragmatic assumptions of the task of interpreting the Law by the Chief of Investigation to administrate the Civil Police and to conduct the police investigation. The Democratic State of Law demands a new perspective for the justification of coercive power beyond the idea of discretionary, since the authority attributed to someone does not in itself represent a sufficient rational justification for legitimizing the use of power. In the light of Law as integrity, the thesis seeks not only to overcome the problems of this positivism, but to demonstrate that a rational foundation of each decision gains values and rights in a way that can show the community from its historicity and from the best point of view of political morality. In order to integrate the sources of research and to deepen the study of the subject, a hermeneutical approach is used, as well as empirical research of a quantitative-qualitative nature regarding the administrative activity within the scope of the Judicial Police. Based on the study and the analysis of the results, some conclusions are reached. 1. Legal Positivism has structural problems regarding the legitimacy of the decision and the understanding of the proper functioning of legal principles, especially in the context of what has been labeled “Brazilian Legal Positivism”. 2. Understanding the decision-making assumptions appropriate to the Democratic State of Law, will give the Chief of Investigation a special responsibility to administrate the Civil Police and to conduct the police investigation. 3. The new perception of how the Civil Police should work demands overcoming the classification of administrative acts in tied and discretionary, new reading of the principle of legality and new understanding of the principle of supremacy of public interest. 4. The understanding the idea of Law as integrity, even in the administrative-police activity, has important consequences for the police investigation, allowing the recognition of the investigated as a human rights holder, as well as to attribute to the police investigation a purpose that goes beyond providing just cause for criminal action.

Keywords: Legal Positivism. Law as integrity. Civil Police. Administrative Law. Criminal investigation.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Fundamentos para remoção de delegados de polícia (2011-2015).....	45
Tabela 2 – Fundamentos para remoção de delegados de polícia (2014).....	45
Tabela 3 – Fundamentos para remoção de delegados de polícia (2015).....	48

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O POSITIVISMO JURÍDICO E O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO .	23
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PARADIGMA POSITIVISTA E O POSITIVISMO JURÍDICO À BRASILEIRA NO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	23
2.2 DISCRICIONARIEDADE SIGNIFICA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO?	40
2.3 A NEUTRALIDADE DO DIREITO E SUA (DES) NECESSÁRIA RELAÇÃO COM OUTRAS CIÊNCIAS.....	50
2.4 DISTINÇÃO ENTRE TEXTO, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO PARA ALÉM DA JURISDIÇÃO: A FALSA SEPARAÇÃO ENTRE CASO FÁCIL (<i>EASY CASE</i>) E CASO DIFÍCIL (<i>HARD CASE</i>) TAMBÉM PRESENTE NO DIREITO ADMINISTRATIVO	55
2.5 A INEXISTÊNCIA DAS RESPOSTAS CORRETAS SOBRE A UTILIZAÇÃO DE PADRÕES EXTRAJURÍDICOS NOS CASOS DIFÍCEIS E O PODER DE CRIAÇÃO DO DIREITO	65
3 A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO E O DIREITO COMO INTEGRIDADE	72
3.1 A INFLUÊNCIA DO PARADIGMA DO ESTADO SOCIAL E A NECESSIDADE DE UMA RUPTURA PARADIGMÁTICA COM O POSITIVISMO JURÍDICO.....	72
3.2 PARA ALÉM DA INSERÇÃO DOS PRINCÍPIOS: O PROBLEMA DO POSITIVISMO JURÍDICO COMO UMA TEORIA SEMÂNTICA	82
3.3 A COMPREENSÃO DA ESTRUTURA INTERPRETATIVA DO DIREITO E A CONSEQUENTE RETIRADA DO AGUILHÃO SEMÂNTICO	89
3.4 UMA APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO E A LITERATURA: A EVOLUÇÃO DO XADREZ À INTERPRETAÇÃO CRIATIVA NO ÂMBITO DO DIREITO COMO INTEGRIDADE.....	95
3.5 O DIREITO COMO UM EMPREENDIMENTO POLÍTICO E A SUA IMPREScindível RELAÇÃO COM A MORAL	104
3.6 O PROBLEMA DA RESPOSTA CORRETA E A IRREPETIBILIDADE DOS CASOS CONCRETOS: SOMOS TODOS HÉRCULES?.....	114

3.7 OS LIMITES DA ARGUMENTAÇÃO: A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE ARGUMENTO DE PRINCÍPIO E ARGUMENTO DE POLÍTICA	125
4 UM NOVO PARADIGMA: SUPERANDO A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NOS ATOS DE GESTÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA	132
4.1 A VIRADA LINGUÍSTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PROBLEMA DA CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS EM VINCULADO E DISCRICIONÁRIO	132
4.2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO CONTEXTO DO DIREITO COMO INTEGRIDADE: SUPERANDO A REGRA COMO O LIMITE DO AGIR ADMINISTRATIVO	142
4.3 A FUNDAMENTAÇÃO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A VALIDADE E PARA O CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO	153
4.4 SUPERANDO O PRINCÍPIO DA “SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO” COMO UM CONTEXTO PERFORMÁTICO: O SEU REDIMENSIONAMENTO NO CONTEXTO DO DIREITO COMO INTEGRIDADE.....	159
4.5 O ATO DE REMOÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA E A INFLUÊNCIA DE UM NOVO PARADIGMA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	169
4.5.1 O ato de remoção do delegado de polícia no contexto do Direito como integridade	169
4.5.2 Esse novo paradigma importa subjetivismo?	180
5 UM NOVO PARADIGMA: O DIREITO COMO INTEGRIDADE NO ÂMBITO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	186
5.1 O PODER DISCRICIONÁRIO DO DELEGADO DE POLÍCIA NA CONDUÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: UM REFLEXO DO POSITIVISMO JURÍDICO À BRASILEIRA	186
5.2 A ABERTURA INVESTIGATIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A CULTURA POSITIVISTA NO BRASIL: ENTRE A INEXISTÊNCIA DE RITO PRÉ-DEFINIDO E A COMPREENSÃO DESCRITIVA DECORRENTE DA ATUAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA	190
5.3 A INTEGRIDADE DO DIREITO COMO SUCEDÂNEO DA DISCRICIONARIEDADE NO ÂMBITO DA ATIVIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA: O EMBLEMÁTICO	

EXEMPLO DO FURTO INSIGNIFICANTE E A SUA REPERCUSSÃO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	197
5.4 REVISITANDO CONCEPÇÕES CLÁSSICAS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL À LUZ DO DIREITO COMO INTEGRIDADE	216
5.4.1 A relação entre a investigação criminal e os direitos fundamentais do investigado: superando a dicotomia Estado-juiz e Estado-punitivo.....	217
5.4.2 O dever de imparcialidade/impessoalidade, a questão da suspeição do delegado de polícia e o problema da finalidade da investigação criminal.....	223
5.4.3 Breves palavras sobre o aspecto procedimental do Direito como integridade: a influência do investigado ou do indiciado na investigação criminal e a (possível) abertura do procedimento para terceiros à luz do caso concreto	231
5.4.4 A limitação da doutrina clássica acerca da análise do ato de indiciamento e do relatório final do inquérito policial: uma releitura do poder decisório do delegado de polícia à luz do Direito como integridade	240
5.5 PARA ALÉM DAS CONCEPÇÕES CLÁSSICAS.....	247
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	249
REFERÊNCIAS	263

1 INTRODUÇÃO

Um dos pontos centrais da teoria do Direito consiste na compreensão dos limites e das possibilidades da hermenêutica, de modo a se demonstrar uma real preocupação com o prólogo silencioso de cada veredicto e não só com o conteúdo da decisão final. O fato de uma decisão aparentar conveniência aos olhos de quem analisa ou coincidência com o senso comum de justiça não quer dizer que o conceito de Direito que a fundamenta esteja igualmente adequado, especialmente se os pressupostos dessa decisão forem projetados para outros casos.

O paradigma no qual o julgador está inserido e que impõe a sua relação com o mundo consistirá na esfera de pré-compreensão que norteará esse prólogo silencioso. Assim, o homem se apresenta como um ser histórico e datado; a linguagem, como história em sua essência, será o instrumento constitutivo da interpretação e da condição de possibilidade para a integração do intérprete ao mundo que o rodeia. O mundo é linguagem e a hermenêutica ocupa um papel central nessa complexa compreensão do mundo, inexistindo respostas prontas ou mesmo verdades previamente concebidas, uma vez que cada caso concreto força o hermeneuta a compreender e reinterpretar as normas e os direitos nos quais o caso está inserido. Tendo em vista as particularidades de um caso concreto, nem sempre há consenso acerca da decisão a ser tomada e do próprio conceito de Direito que lhe é subjacente. Como tem observado o Prof. Alexandre Coura, no Grupo de Pesquisa sobre Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional, a literatura ilustra ótimos exemplos sobre a complexidade da tarefa de interpretar o Direito. Basta lembrar as peripécias de Sancho Pança, em *Dom Quixote de la Mancha*, de Miguel de Cervantes Saavedra (SAAVEDRA, 1978).

Na obra de Cervantes, publicada em 1610, Dom Quixote tem em companhia o seu fiel escudeiro Sancho Pança, sendo que a esse foi prometido como recompensa uma ilha para governar. Em determinado momento da narrativa, Sancho Pança consegue se tornar o governador da Ilha Baratária, de modo a assumir, também, a árdua tarefa de julgar. Um caso que lhe foi apresentado envolveu a interpretação de uma lei que determinava que todo indivíduo que cruzasse certa ponte deveria, sob juramento, informar a sua finalidade (dizer aonde iria e o motivo). De acordo com o previsto na legislação, a pessoa seria levada a julgamento perante quatro juízes que analisariam o caso. Após o julgamento, a pessoa poderia cruzar a ponte se dissesse a verdade, porém, se mentisse, deveria ser enforcada como punição. Uma situação peculiar se apresentou perante os juízes quando um cidadão, após fazer o seu

juramento, afirmou que iria morrer na forca por causa desse julgamento. Por um lado, se o indivíduo atravessasse a ponte e fosse enforcado, sua afirmativa seria verdadeira, de modo que deveria ficar vivo. Por outro lado, se ele atravessasse a ponte e permanecesse vivo, sua afirmativa seria falsa, de modo que deveria ser enforcado, porém o uso da forca levaria à veracidade da sua afirmação, de modo que não poderia morrer. A conclusão é circular e sempre se apresenta sem solução. Está posto um problema de hermenêutica, sobre a aplicação da norma ao caso concreto.

No momento de criação de uma lei, é impossível antever todas as suas hipóteses de incidência, ocupando a hermenêutica um papel de destaque na solução das supostas lacunas e contrariedades do Direito. A análise do caso e a resposta para a situação passam por alguns questionamentos. Possui o julgador uma liberdade interpretativa, no sentido de poder escolher qualquer das interpretações que se apresentam na moldura? Nos casos difíceis, quando a regra se mostra insuficiente, pode o julgador criar o direito para resolver a questão? Qual a influência da Moral e da História das instituições ao julgar o caso? E, principalmente, qual o conceito de Direito que se apresenta mais adequado a uma sociedade plural e que não se esgote na plenipotenciabilidade da regra? Em razão da irrepetibilidade dos casos concretos e da insuficiência da regra para resolver as questões de uma sociedade naturalmente plural e dinâmica, cada vez mais o Poder Judiciário e a Administração Pública são chamados para resolver questões até então não imaginadas ou não concebidas pela legislação pátria. O casamento entre as pessoas do mesmo sexo, a descriminalização da maconha, a descriminalização do aborto consentido até o terceiro mês de gestação são só alguns exemplos que mostram a incapacidade da regra em antever essas questões.

Os autores da teoria do Direito, tais como Ronald Dworkin, Hans Kelsen e Herbert Hart, buscam trabalhar essas respostas, de forma preponderante, pela lente do magistrado. A interpretação jurídica não é um evento exclusivo do Poder Judiciário. Pelo contrário, Peter Häberle demonstra a necessidade em ampliar o círculo de intérpretes não só para além do Poder Judiciário, mas para além de qualquer órgão estatal, de modo a abranger todos aqueles que vivenciam as normas, ganhando especial relevância o caso concreto e a interpretação que tem nele o ponto de partida. Ronald Dworkin demonstra a mesma preocupação, no sentido de que sua teoria não se limita à atuação do Poder Judiciário, mas o autor afirma fazer um corte metodológico para melhor trabalhar sua teoria, limitando-se, de forma preponderante, a uma análise sobre a ótica do magistrado. Reconhece, todavia, que uma análise completa da prática jurídica a partir do Direito como integridade deve levar em consideração os legisladores, os

policiais, os promotores e vários outros tipos de autoridades, cujas decisões afetam o dia a dia do cidadão. O problema dos limites e das possibilidades da interpretação, nesse contexto, não se limita ao âmbito da atividade judicial. Deve-se reconhecer a interpretação como possibilidade da relação do homem com o mundo, de modo que o giro linguístico deve alcançar não só todos os aplicadores do Direito, mas, também, todos os ramos do Direito.

Nesse contexto, e tal como colocado por Dworkin, a contextualização da linguagem no Direito, a partir de Hans-Georg Gadamer, deve alcançar também o âmbito da atividade policial, em especial pela repercussão dessa atividade na vida das pessoas, sem, praticamente, qualquer fiscalização prévia ou concomitante a um organismo externo nos atos investigativos praticados diariamente. Determinação de diligências investigativas, cumprimentos de mandado de prisão e de busca e apreensão, análise da incidência do princípio da insignificância nos procedimentos e/ou boletins de ocorrência, limites do poder de indiciamento, apreensão de bens, entre muitos outros atos, mostram a responsabilidade que o delegado de polícia possui na condução de uma investigação. A fim de ilustrar a questão levantada, seguem dois exemplos.

Determinado cidadão é conduzido à autoridade policial por furto de alimentos, sendo possível a incidência, na hipótese em tela, do princípio da insignificância, uma vez que todos os seus requisitos caracterizadores foram preenchidos. Diante do exposto, questiona-se: deve o delegado de polícia determinar a lavratura do auto de prisão em flagrante delito? A resposta passa pelo conceito de Direito que constitui o paradigma do aplicador da norma. Nesse caso, os autores da área jurídica defendem que essa autoridade possui o poder discricionário para decidir as situações que lhe são postas. O poder discricionário concede ao delegado de polícia a conveniência e a oportunidade de escolher as interpretações presentes na moldura que envolve o Código Penal e, em especial, a aplicação do seu art. 155 (BRASIL, 1940). Ao analisar a doutrina, a legislação e a jurisprudência pátria, o delegado de polícia poderá escolher uma das seguintes interpretações: lavrar o auto de prisão em flagrante delito — com base no disposto no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) — ou deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante delito (com base na aplicação do princípio da insignificância).

Em outra situação, ocorrida no Estado do Rio de Janeiro, um delegado de polícia presidiu uma investigação por mais de seis meses, envolvendo uma quadrilha de estelionatários, especializada em desviar cartões de crédito enviados pelos Correios, com repercussão financeira estimada em mais de cinco milhões de reais. Um homem e uma mulher, integrantes

dessa quadrilha, decidiram se casar em um sítio na presença de aproximadamente cem convidados. A equipe policial, liderada pelo delegado de polícia, deliberou cumprir os mandados de prisão dos noivos logo após o momento em que estavam no altar para celebrar o casamento. O poder discricionário concede ao delegado de polícia a conveniência e a oportunidade de escolher as interpretações presentes na moldura, limitado pela legislação vigente e pelo mandado de prisão expedido pelo Poder Judiciário. Diante desse cenário, a autoridade policial poderá escolher qualquer momento para o cumprimento da ordem de prisão, inclusive o no caso narrado.

Os mesmos questionamentos, apresentados no problema hermenêutico presente na obra de Miguel de Cervantes, revelam-se, agora, mais contundentes, na medida em que eles estão inseridos em questões relativas à vida de determinado cidadão, com repercussões na sua liberdade e na sua dignidade. Em outras palavras, o delegado de polícia pode, de forma legítima, escolher qualquer das interpretações apresentadas? Possui o delegado de polícia o poder de criar o Direito para além do que determina o Código Penal? Qual a importância dos princípios no conceito de Direito para o aplicador da norma? Uma análise mais completa do tema reclama não só o estudo desses atos investigativos, mas, também, dos atos administrativos necessários para administração e gerência das polícias civis e federal, uma vez que tais atos também afetam, direta e indiretamente, direitos fundamentais da população e dos investigados. Para tanto, será utilizado, como caso-referência, o ato de remoção do delegado de polícia no contexto da Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013 (BRASIL, 2013).

O risco de uma interferência externa na atuação do delegado de polícia é uma realidade brasileira, uma vez que o cargo não possui instrumentos legais de garantia da sua independência funcional, motivo pelo qual é recorrente a remoção de delegados de polícia sem o seu conhecimento ou consentimento em razão de uma determinada investigação. Essa crise ocorre porque o ato de remoção se insere no poder discricionário da Administração Pública, para alguns sem sequer ser necessário expor os fundamentos que justifiquem tal ato, muitas vezes acobertando algum tipo de influência, a fim de retardar, impedir ou direcionar alguma investigação em curso. É nesse contexto que se insere a promulgação da Lei nº 12.830/13, que traz a previsão de que a remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado. Essa exigência consiste em requisito de validade desse ato administrativo e possibilita o controle popular e judicial do seu conteúdo. A análise será acompanhada de uma pesquisa empírica a fim de verificar como a Administração Pública se comportou ao longo de quatro anos.

Assim, o estudo do ato de remoção do delegado de polícia, instituto de Direito Administrativo, e de sua relação com a Lei nº 12.830, de 2013, terá por finalidade demonstrar como uma fundamentação adequada desse ato pode garantir à sociedade o respeito aos direitos constitucionais envolvidos, ao mesmo tempo que possibilita o controle popular e judicial do seu conteúdo e torna possível minorar influências externas sem depender de boas intenções do aplicador da norma. Como prólogo silencioso, seja na condução da investigação criminal, seja no ato de remoção do delegado de polícia, encontra-se o poder discricionário. Discricionariedade e arbitrariedade diferenciam-se por uma linha muito tênue, de modo que, em alguns momentos, é difícil distinguir uma da outra. De fato, a história da investigação criminal no Brasil mostra que esses instrumentos à disposição do Estado foram utilizados como mecanismos de perseguição. Desde a inquisição até a ditadura, não são raros os relatos que apontam a utilização da Polícia Civil e da Federal para fins de combater determinada ideologia, direcionar a investigação em face de certos grupos ou mesmo beneficiar alguma pessoa.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) impôs à Polícia Civil algumas relevantes mudanças, como a exigência de concurso público para o cargo de delegado de polícia e o controle externo das atividades investigativas pelo Ministério Público. Não obstante, a investigação policial no Brasil passa por um sério momento de crise, em muito fomentada por um Poder Público que, há anos, renuncia à estruturação da Polícia Civil, quer em razão da escassa verba direcionada a esse órgão, quer em razão das legislações mal elaboradas, quer em razão do risco de forte influência externa nos atos de Polícia Judiciária, decorrentes da ausência de instrumentos legais de garantia da independência funcional. Mesmo após vinte e cinco anos de vigência da atual Constituição Federal, a democracia brasileira deu poucos passos capazes de resolver os problemas apontados. A legislação pátria pouco contribui para dar um passo além da necessidade de se fundamentar o ato de remoção do delegado de polícia, consoante previsto na Lei nº 12.830/13.

Enquanto o Ministério Público e o Poder Judiciário possuem diversas prerrogativas que tornam possível minorar as remoções arbitrárias, tais como a inamovibilidade, a vitaliciedade e o foro por prerrogativa de função, na Polícia Civil a fundamentação não era sequer uma exigência legal necessária para a remoção do delegado de polícia. É por isso que a persecução penal em juízo fica gravemente prejudicada quando tais prerrogativas, ou pelo menos algum instrumento de controle dos atos de remoção, não são estendidas ao presidente do procedimento criminal que servirá de base para a futura ação penal. Até a publicação da

referida lei, era comum a remoção de delegados de polícia sem o seu conhecimento ou consentimento, em razão de uma investigação criminal, mediante o argumento de que tal ato seria um poder discricionário da Administração Pública sem a necessidade de expor os fundamentos que justificassem tal ato, muitas vezes encobrendo algum tipo de influência externa, a fim de retardar, impedir ou direcionar alguma investigação em curso.

Dentro desse modelo nocivo de administração, um simples pedido direcionado ao Chefe da Polícia Civil ou ao Secretário de Segurança Pública era suficiente para retirar, sumariamente, o presidente da investigação, o qual tomava conhecimento de sua remoção por meio do Diário Oficial. Essas atitudes espúrias apareciam e a ingerência política, muitas vezes acompanhada da corrupção, tomava corpo de tal modo que a investigação policial era não só interrompida, como, em muitos casos, concluída pelo arquivamento e sem qualquer indiciamento, além da possibilidade de se utilizar o inquérito policial como instrumento de perseguição daquele que era investigado. Essas remoções arbitrárias, mesmo quando não decorrentes de qualquer influência política, trazem inúmeros problemas para a investigação policial. O atraso na condução das diligências, até que o novo delegado de polícia tome conhecimento da situação; a perda de possíveis informações, que seriam documentadas pelo fato de eventuais testemunhas ou colaboradores ficarem receosos acerca da condução do procedimento por uma nova autoridade policial, e a possibilidade de um equivocado direcionamento de novas diligências, em razão de premissas teóricas e práticas distintas, são só alguns exemplos dos riscos para a investigação desse “modelo de administração”.

O cenário apresentado, em tese, é legitimado pelos livros presentes no Brasil, quer em relação ao estudo da investigação criminal, quer em relação ao estudo do ato administrativo. Observa-se que, em pleno Estado Democrático de Direito, paradigma no qual está inserido o Brasil, ainda é comum os manuais de Direito Administrativo classificarem o poder administrativo como “poder discricionário” e “poder vinculado”, a depender da abertura do juízo de conveniência e oportunidade conferido ao administrador. Ou mesmo os livros de Processo Penal situarem o inquérito policial como um procedimento administrativo e, como consequência, qualificarem o poder do delegado de polícia como discricionário. Em um viés positivista, decisão importa em escolha, ou seja, implica a existência de um suposto poder fundamentado no livre arbítrio que se legitima no fato de a autoridade estar investida em um cargo.

Diante desse cenário, questiona-se: de que forma uma fundamentação constitucionalmente adequada dos atos administrativos no âmbito da Polícia Judiciária, tanto na atividade-meio quanto na atividade-fim, capaz de levar os direitos a sério, pode contribuir para o respeito aos direitos fundamentais? O questionamento se mostra relevante para compreender a necessidade de se abandonar o Positivismo Jurídico, ao mesmo tempo que possibilita o ato não ser fruto apenas de influências externas ou simplesmente legitimado pela presunção de boas intenções do aplicador da norma. Desse modo, a fim de responder o questionamento levantado, a tese apresenta como objetivos:

- a) analisar como a doutrina brasileira trabalhou o Positivismo Jurídico no Brasil e sua relação com as teorias positivistas mais citadas nessas obras, quais sejam, a de Herbert Hart e a de Hans Kelsen;
- b) analisar o impacto do Positivismo Jurídico nos atos administrativos que dão suporte à investigação policial, especialmente o ato de remoção dos delegados de polícia, e nos atos praticados pelo delegado de polícia no curso da investigação criminal;
- c) analisar, no período de dois anos que antecede à publicação da Lei nº 12.830/13 até dois anos após a sua publicação, a repercussão dessa lei nos atos de remoção dos delegados da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo e sua relação com o positivismo;
- d) analisar, no período de dois anos que antecede à publicação da Lei nº 12.830/13 até dois anos após a sua publicação, a fundamentação dos atos de remoção de delegados da Polícia Civil localizados no Estado do Espírito Santo à luz da proposta do Direito como integridade de Ronald Dworkin;
- e) compreender a evolução dos direitos da legalidade, da dignidade da pessoa humana e da supremacia do interesse público, bem como suas relações com a investigação criminal e o ato de remoção dos delegados de polícia à luz do Direito como integridade; e
- f) propor uma fundamentação dos atos administrativos que dão suporte à investigação criminal e dos atos investigatórios proferidos pelo delegado de polícia.

Com a finalidade de integrar as fontes de estudo que serão utilizadas a fim de alcançar os objetivos propostos, verificou-se a necessidade de uma abordagem hermenêutica. Por meio da interpretação das diversas fontes do Direito, será possível responder ao problema principal da tese, de modo a compreender como uma hermenêutica equivocada é capaz de violar direitos fundamentais. Para entender a relevância da abordagem teórica apresentada, será elaborada

uma pesquisa empírica de natureza quanti-qualitativa, com a finalidade de levantar e analisar todos os atos de remoção dos delegados de polícia dentro do período proposto nos objetivos. Desse modo, a pesquisa foi dividida nas seguintes etapas, realizadas por meio dos respectivos instrumentos:

- levantar no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo, no período de dois anos que antecede à publicação da Lei nº 12.830/13 até dois anos após a sua publicação, quantos delegados de polícia do Estado do Espírito Santo foram removidos;
- levantar no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo, no período de dois anos que antecede à publicação da Lei nº 12.830/13 até dois anos após a sua publicação, quantos atos de remoção de delegado de polícia foram fundamentados e as respectivas fundamentações;
- analisar o resultado por meio do método indutivo, buscando um enquadramento em três modelos hipotéticos: ausência de fundamentação, fundamentação genérica e fundamentação voltada para o caso concreto; e
- excluir da amostra todos os atos de remoção relativos à nomeação dos delegados de polícia para ocuparem cargos em comissão e relativos à ocupação temporária de uma unidade policial (v.g., localização para cobrir as férias do titular).

A exclusão das mencionadas amostras teve dois pressupostos básicos. Por um lado, o ato de nomeação ou exoneração para ocupar um cargo em comissão não necessitaria de fundamentação em uma perspectiva teórica no âmbito do Direito Administrativo brasileiro, fundamentada no art. 37, inciso II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e a sua exclusão teve por fim limitar a pesquisa à análise dos atos que deveriam ser efetivamente fundamentados no âmbito dessa perspectiva teórica. Por outro lado, o ato de nomeação para ocupar temporariamente uma unidade policial possui um impacto muito pequeno na estrutura, já que se dá por períodos curtos (como nas férias do titular da unidade policial), além de não acarretar na remoção do delegado de polícia titular da unidade.

Para que seja possível uma abordagem de toda a problemática exposta, na segunda seção será estudada a relação entre os aspectos teóricos do Positivismo Jurídico e de que modo esses aspectos foram trabalhados pelo Direito Administrativo brasileiro. A neutralidade do Direito, o poder discricionário, a questão da necessidade de fundamentação dos atos desse poder, a repercussão da classificação dos atos administrativos em discricionário e vinculado, o poder criativo do intérprete, a separação entre interpretação e aplicação do Direito, a inexistência de

resposta corretas e a utilização de padrões extrajurídicos nos casos difíceis são os pontos centrais a serem abordados.

Como será exposto na seção, são inúmeros os pontos de contato entre o Positivismo Jurídico e o Direito Administrativo trabalhado no Brasil, porém, em alguns aspectos, esse ramo do Direito ainda trabalha o ato discricionário tendo como referência exclusiva a prática administrativa. Como consequência, v.g., parte da doutrina ainda defende não ser necessária a fundamentação dos atos administrativos discricionários, salvo quando determinado expressamente pela legislação vigente, situação em que supostamente se inseria o ato de remoção do delegado de polícia até a publicação da Lei nº 12.830/13. Nesse contexto, a pesquisa empírica terá um importante papel a fim de verificar a real existência desse Positivismo Jurídico à brasileira e como, de fato, a prática administrativa se comportou ao longo dos quatro anos da pesquisa e de que modo influenciou a atuação do gestor responsável pela organização administrativa da Polícia Judiciária do Estado do Espírito Santo.

Para além de elencar as principais características do Positivismo Jurídico, serão abordados os primeiros argumentos que demonstram a necessidade de superação do paradigma positivista. O Estado Democrático de Direito demanda uma nova luz para iluminar as suas decisões, de modo que a discricionariedade deve ser abandonada, ainda que isso não signifique o fim da indeterminação do Direito ou o retorno da subsunção, cabendo ao aplicador da norma a busca de uma legitimidade que não se limite na autoridade jurídica de quem profere a decisão. A terceira seção, por conseguinte, apresenta a proposta do Direito como integridade de Ronald Dworkin, que será colocada como a vertente teórica mais adequada para a superação do Positivismo Jurídico, por compreender, a partir da virada linguística, que não existe cisão entre interpretação e aplicação do Direito.

Com a imprescindível integração dos princípios ao Direito e a consequente compreensão da sua estrutura interpretativa, serão trabalhados os conceitos centrais que possibilitam um olhar mais adequado sobre as práticas jurídicas. O Positivismo Jurídico centrava a legitimidade na autoridade jurídica que seria responsável pela tomada de decisão, sendo necessária a transferência dessa legitimidade para os fundamentos construídos a partir do caso concreto. Em razão dessa mudança de parâmetro da legitimidade no Estado Democrático, a fundamentação ganha princípios, valores e racionalidade, majorando o grau de controle de qualquer decisão tomada.

A resistência a esse processo de ruptura paradigmática é algo natural, em especial por requerer o autorreconhecimento da necessidade de se abandonar o que até então era aceito como correto e constitutivo do próprio ser humano. O Direito como integridade, visto como uma nova luz, deve superar as distorções das características centrais do Positivismo Jurídico, repensando a aplicação do Direito a partir de sua imprescindível relação com outros influxos, como a Moral. Repensar, por exemplo, a estrutura interpretativa do Direito, o modo de se construir a fundamentação de qualquer ato praticado ou mesmo compreender em que consiste a existência de respostas corretas no contexto do interpretativismo dworkiniano requer o reconhecimento do caráter temporal e precário do homem, para que seja capaz de reconhecer o esgotamento de determinada concepção de mundo, a fim de buscar esse novo horizonte de possibilidades.

A espinha dorsal do Direito como integridade trabalhada nessa seção será retomada na seção seguinte, de modo a repensar os principais aspectos do Direito Administrativo apresentados no início da tese, mas contextualizada na atuação administrativa da Polícia Judiciária, em especial no que diz respeito ao ato de remoção do delegado de polícia e a repercussão da Lei nº 12.830/13. Assim, a virada linguística será trabalhada no contexto do Direito Administrativo, com a consequente superação da clássica classificação do ato administrativo em discricionário e vinculado. A simples existência dessa classificação, inclusive, parece evidenciar que determinados atos administrativos — os atos vinculados — seriam desprovidos de interpretação pelo aplicador da norma, ocultando uma estrutura hermenêutica que se apresenta, na verdade, como condição da própria existência do ato administrativo. A partir da releitura dos princípios da legalidade, da dignidade da pessoa humana e da supremacia do interesse público no contexto apresentado, será trabalhada uma nova proposta de fundamentação do ato administrativo. Ao utilizar como referência o ato de remoção do delegado de polícia e a pesquisa empírica trabalhada, a análise será feita no contexto da Lei nº 12.830/13.

Por fim, a quinta seção guarda a mesma proposta da seção quatro, no sentido de que a espinha dorsal do Direito como integridade será mais uma vez retomada, de modo a repensar os principais aspectos do Direito Administrativo apresentados no início da tese, mas, agora, contextualizados na atuação do delegado de polícia nos atos de investigação criminal. O Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) não previu um procedimento específico para o andamento do inquérito policial. Isso se dá em razão da própria natureza da investigação policial, que não possui um caminho fixo, uma vez que as diligências a serem feitas

dependem de muitos fatores, podendo-se citar a natureza, a hora, o local e a repercussão do crime. Com tantas variáveis, existe um grave risco de potencialização de discricionariedades no âmbito da atividade policial. Sendo assim, pretende-se trabalhar os pressupostos teóricos da investigação policial para além do Positivismo Jurídico.

Se o Positivismo Jurídico não se mostra adequado ao Estado Democrático de Direito, também na investigação criminal o presidente do procedimento deve ter a responsabilidade de compreender que seus atos devem ir além da plenipotenciabilidade da regra. Em cada decisão a ser tomada, em razão das peculiaridades do caso concreto, sempre único e irrepetível, cada resposta (e a respectiva fundamentação) deve, igualmente, ser única e irrepetível. O Direito como integridade, portanto, apresenta-se como a proposta que superará o poder discricionário tão difundido nos manuais de processo penal e de Direito Administrativo. Como consequência, vários aspectos da atuação do delegado de polícia passarão por necessárias releituras, como a finalidade do inquérito policial, os limites do seu poder de indiciamento, os limites do relatório conclusivo do inquérito policial e os limites da análise do conceito do crime no âmbito do seu poder decisório. O Estado Democrático de Direito deve ter na fundamentação o centro para o adequado exercício de poder. O intérprete não possui poder discricionário (conveniência e oportunidade ao decidir), mas um poder decisório que somente pode ter um resultado: o resultado que se mostre mais adequado ao caso concreto, construído a partir de um sistema aberto de regras e princípios, que tem como premissa a Constituição e os direitos fundamentais.

Com mais de vinte e cinco anos de vigência da atual Constituição, passou da hora de repensar a atuação da Polícia Judiciária, seja nas práticas administrativas que lhe dão suporte, seja em sua atuação investigativa. Decidir requer responsabilidade, ou melhor, requer a responsabilidade de compreender que nenhum ato é isolado no tempo, uma vez que o intérprete deve analisar o passado e projetar a repercussão de cada ato no futuro, sem perder de vista a exigência constitucional de conformação de todo e qualquer ato ao ordenamento jurídico em vigor.

2 O POSITIVISMO JURÍDICO E O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PARADIGMA POSITIVISTA E O POSITIVISMO JURÍDICO À BRASILEIRA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Positivismo Jurídico e a discricionariedade consistem em duas faces da mesma moeda, que impregnam a forma de atuação administrativa da Polícia Judiciária e o modelo de decisão dos delegados de polícia. Esse paradigma de atuação, na verdade, é consequência da história brasileira na relação entre Direito Administrativo e positivismo.

Como será demonstrado a seguir, apesar de inúmeros pontos de contato entre as vertentes teóricas do Positivismo Jurídico e o Direito Administrativo, em alguns aspectos esse ramo do Direito tentou trabalhar o ato discricionário tendo como referência exclusiva a atuação administrativa. A ideia de discricionariedade está tão arraigada na teoria do Direito Administrativo difundida no Brasil que esse problema já era destaque em meados do século XX:

As dificuldades até aqui encontradas pela ciência do Direito Administrativo para caracterizar a natureza e a extensão do chamado poder discricionário são devidas, principalmente, ao fato de que se pretende considerar a faculdade discricionária como peculiaridade exclusiva do poder público, e se tem, assim, procurado explicar a existência daquela faculdade por atributos específicos da Administração Pública. Ora, é a obviedade mesma que o exercício da faculdade discricionária ou de livre apreciação não resulta da natureza do poder público, mas da estrutura lógica do juízo que constitui o ponto de partida da atividade discricionária. A administração goza de uma certa liberdade de apreciação em determinadas matérias, não por força da autoridade de que é investida, mas porque os juízos que ela terá de formular sobre determinadas matérias têm por fundamento conceitos cujos conteúdos são destituídos de qualquer caráter específico, individual ou concreto (CAMPOS, 1958, p. 32-33).

Campos evidencia que a discricionariedade — e, via de consequência, o Positivismo Jurídico — não possui sua origem na história do Direito Administrativo brasileiro ou mesmo na história do Direito brasileiro. Pelo contrário, o Brasil foi responsável por sua importação, sem trazer todos os aspectos teóricos de sua utilização na Europa, em muito influenciado por uma frustrada tentativa de explicar a discricionariedade com fundamento exclusivo na atividade administrativa. Inclusive, em determinado momento da história brasileira, discricionariedade já foi sinônimo (e ainda é para alguns teóricos e aplicadores do Direito!) de ausência de fundamentação.

Na Europa, o Positivismo Jurídico teve o seu germe embrionário no contexto histórico da Revolução Francesa. Com o fim da Idade Média e a ascensão da Modernidade, transição na qual houve a ruptura com o antigo regime, centrado na figura do soberano com o poder advindo de Deus, ocorreu a centralização do exercício do poder na figura do povo, focado na atuação do Poder Legislativo — ou melhor, focado na lei — como fundamento para o exercício do poder estatal. A lei, como expressão máxima do novo poder soberano, mesmo durante o Estado Liberal, no estágio do positivismo legalista (Escola da Exegese), não era colocada como única fonte do Direito Administrativo. O Conselho de Estado, criado pela Constituição Francesa de 1799, órgão administrativo muito atuante no primeiro paradigma da Modernidade, deu os primeiros passos no conceito da discricionariedade como condição para atuação da Administração Pública, na medida em que era o responsável pela interpretação dos comandos normativos naturalmente presentes nos textos abertos das legislações.

Tamanha era a relevância do mencionado Conselho que a Administração Pública agia sob reserva de intervenção, caracterizando um viés mais autoritário e com menos controle judicial, de modo a corroborar o receio de se perpetrarem equívocos de ingerência do Poder Judiciário no Estado, situação corriqueira no período pretérito à concretização do Estado Liberal:

Sob a premissa de separação entre Estado e sociedade, a estrutura doutrinária partia da ideia de que o direito privado, ao passar pela organização de uma sociedade econômica despolitizada e subtraída de intromissões do Estado, tinha que garantir o *status* negativo da liberdade de sujeitos de direito e, com isso, o princípio da liberdade jurídica; ao passo que o direito público, dada uma peculiar divisão de trabalho, estaria subordinado à esfera do Estado autoritário, a fim de manter sob controle a administração que operava sob reserva de intervenção e, ao mesmo tempo, garantir o *status* jurídico positivo das pessoas privadas, mantendo a proteção do direito individual (HABERMAS, 2003b, p. 132).

Em razão da impossibilidade de controle judicial dos atos administrativos, inaugurou-se, na França, a jurisdição administrativa. Esses julgados do Conselho de Estado, de natureza administrativa, possuíam força vinculante para a Administração Pública e norteou a construção do núcleo de muitos institutos e princípios do Direito Administrativo:

Formou-se um núcleo básico do Direito Administrativo com os seguintes temas, principalmente: autoridade do Estado; personalidade jurídica do Estado; capacidade de direito público; ato administrativo unilateral e executório; direitos subjetivos públicos; jurisdição administrativa; poder discricionário; interesse público; serviço público; poder de polícia; hierarquia; e contratos administrativos (MEDAUAR, 2012, p.42).

A título de exemplo, examine-se o caso *Blanco*, julgado pelo Conselho de Estado francês no ano de 1873, que foi o responsável pelo surgimento da responsabilidade civil objetiva do Estado, o qual, ao fazer uso do poder discricionário, decidiu por não aplicar o Código Civil Napoleônico. No caso, uma criança de nome Agnes Blanco foi atropelada por uma vagonete da Companhia Nacional de Fumo, uma estatal, o que gerou conflito de competências. O Conselho de Estado aplicou ao caso a legislação francesa que proibia o Poder Judiciário de “[...] perturbar, de qualquer forma, as operações dos corpos administrativos [...]” ou mesmo de “[...] analisar quaisquer atos da administração [...]” (LONG et al., 1999, p. 1-3), de modo a reconhecer a incompetência do Poder Judiciário em conhecer das ações que envolvessem atos da Administração Pública, estabelecendo o serviço público como critério para fixação da sua competência:

A natureza especial das regras aplicáveis aos serviços públicos comporta dois aspectos. Um diz respeito à autonomia do Direito administrativo, sustentando que não só derroga a lei da sociedade civil, mas, também, que constitui um sistema próprio, com a sua lógica e suas soluções. Os aspectos são justificados pelas necessidades do próprio serviço. Assim, o serviço público, que é o critério da competência administrativa, é ao mesmo tempo a base do Direito administrativo (LONG et al., 1999, p. 3, tradução nossa).¹

Desse modo, o resultado foi a competência da justiça administrativa para julgar o caso, não se aplicando, à época, o Código Civil Napoleônico, como era esperado pelos entendimentos até então presentes. Essa inovação foi fruto da jurisprudência do Conselho de Estado e, como coloca Luis Henrique Madalena (2016, p. 72-73), decorrência do seu poder discricionário. A discricionariedade, ainda bem embrionária, somente ganhou o seu relevo e todo o seu desenvolvimento teórico com a ascensão do Estado Social. Não só a desigualdade social e a exploração do trabalho contribuíram para a crise do Estado Liberal, mas, principalmente, a existência de um Estado que assistia inerte às desigualdades sociais, em muito decorrentes da Revolução Industrial em curso na Europa. A crise do Estado Liberal não foi moldada somente pela Revolução Industrial, mas, também pelo fim da Primeira Guerra e o avanço do Direito

¹ “Le caractère spécial des règles applicables aux services publics comporte lui-même deux aspects. L’un concerne l’autonomie du droit administratif, tenant non seulement à ce qu’il déroge au droit civil, mais aussi à ce qu’il constitue un système propre, avec sa logique et ses solutions. Celles-ci — et c’est l’autre aspect — sont justifiées par les besoins du service. Ainsi, le service public, qui est le critère de la compétence administrative, est en même temps le fondement du droit administratif”.

público, com o crescimento do Estado, em especial por Constituições preocupadas com a proteção de direitos sociais, como a Constituição de Weimar.²

Todo esse contexto histórico influenciou, também, a atuação do Poder Judiciário, que não poderia mais se limitar a um desempenho mecânico de reprodução das leis existentes. Com a introdução, pela via teórica, da alternativa para a atuação do Poder Judiciário, igualmente contempladora das finalidades legais, cabendo ao aplicador a escolha de qualquer uma delas, ocorreu a consagração do positivismo normativista. Nessa noção, desenvolvida por Hans Kelsen (2003, p. 390-395), houve uma cisão metodológica entre interpretação e aplicação do Direito. Primeiro, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) delimitava a moldura, dentro da qual existiriam várias hipóteses interpretativas³ de um regramento, sendo que se apresentaria conforme o Direito todo ato que se mantivesse dentro dessa moldura. Uma vez delineada a moldura,⁴ ocorreria a aplicação do Direito pelos magistrados ou administradores por meio de um ato de vontade, caracterizado pela criação da norma individual, no qual se escolhia uma das interpretações possíveis.

Em outras palavras, é por meio do ato de vontade que se torna possível distinguir a interpretação jurídica feita pelo magistrado de qualquer outra interpretação feita pelos advogados ou pelos cientistas do Direito (KELSEN, 2003, p. 394). De um lado, a interpretação cognoscitiva é capaz de ampliar a moldura das potenciais escolhas⁵ do

² A Constituição de Weimar era o documento que fundou a República de Weimar (1919-1933) e representou a ascensão do Estado Social ao consagrar direitos sociais, econômicos e culturais (direitos de segunda geração), como direitos trabalhistas, direitos à educação e o direito à previdência. Apesar de essa Constituição não abolir o Império Alemão, deu-lhe nova fisionomia democrática ao tirar do centro das decisões o Imperador (*Kaiser*) e em seu lugar colocar o Chanceler.

³ “Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que — na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar — têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito — no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa — não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral” (KELSEN, 2003, p. 390-391, grifo do autor).

⁴ De acordo com Carvalho Netto (1999, p. 481), os métodos hermenêuticos, como a interpretação histórica, a interpretação teleológica e a interpretação sistêmica, conferem ao magistrado uma multiplicidade discricionária interpretativa, formando a moldura proposta por Kelsen.

⁵ “Por tudo isso, sempre fracassaria a tentativa de buscar um método que pudesse proporcionar um sentido unívoco para a norma a aplicar. Qualquer das opções até hoje experimentadas falharam exatamente porque não consideraram aquele quadro de indeterminação próprio da norma validante (de escalão superior) e, por via de consequência, porque esqueceram que o ato de aplicação do Direito é resultado, para Kelsen, de um ato de conhecimento (interpretação que conduz o aplicador ao quadro normativo possível), combinado com um ato de

magistrado; mas é o poder discricionário do magistrado, criativo em sua essência, que transformará em Direito uma das interpretações da moldura.

Kelsen parte das premissas abordadas nos parágrafos anteriores para sistematizar toda a sua teoria, a qual se estrutura em uma verticalização da hermenêutica, uma vez que a interpretação possui como ponto de partida um escalão normativo superior em direção a um escalão normativo inferior, *v.g.*, na relação entre a Constituição e uma lei, entre uma lei e um ato normativo, ou mesmo entre uma decisão judicial e a sua execução pela Administração Pública. Majora-se a determinação do Direito na medida em que se desce o escalão normativo, do mesmo modo que a indeterminação do Direito se apresenta mais elevada na medida em que se sobe o escalão normativo. No entanto, essa conexão entre os diferentes níveis do escalão normativo apresenta-se indeterminada, pois a existência de algum grau de determinação necessita de um ato secundário (ato de produção normativa ou de execução) para a sua consolidação:

A norma de 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 aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato (KELSEN, 2003, p. 388).

Tal cenário é exemplificado por Kelsen (2003, p. 388) no caso em que um magistrado emite um mandado de prisão a fim de que a Polícia Judiciária o cumpra, sem que delimite as peculiaridades do caso concreto em que tal prisão ocorrerá, tais como o dia, a hora e o local. Essa ordem emanada pelo Poder Judiciário apresenta-se como uma atividade administrativa no âmbito da atividade-fim da Polícia Civil. A indeterminação das informações relativas à execução do mandado de prisão decorre da impossibilidade de o juiz antever questões fáticas, porquanto a concretização do Direito ocorrerá no exato momento da execução do mandado, mas dentro de um quadro previamente estabelecido pelo Poder Judiciário e pelas normas vigentes, que delineiam as questões centrais, como o indivíduo que será preso, bem como os deveres e os direitos a serem observados.

No caso citado, verifica-se a existência de uma conexão entre os diferentes níveis do escalão normativo. Primeiro, a Constituição Federal regula, de forma bem ampla, o procedimento legislativo para criação das leis, de modo a conferir ao Poder Legislativo uma considerável

vontade (aplicação propriamente dita em que, nos limites da moldura estabelecida, é eleita uma possível norma)” (CUNHA, 2008, p. 287).

margem de discricionariedade. Segundo, essa lei regula diversas condutas — e sanções — de observância obrigatória, que servirão de base para a delimitação da moldura do magistrado. Terceiro, o magistrado, intérprete autêntico, utiliza o seu poder discricionário para proferir uma decisão, entretanto não consegue restringir totalmente a interpretação da norma, a qual ainda será submetida a mais um grau de determinação no processo de sua aplicação ao caso concreto pela polícia.

O ponto em análise se relaciona com a questão do limite hermenêutico, ou melhor, com a determinação de um certo sentido ao objeto interpretado dentro de vários sentidos aceitos e possíveis. Desse procedimento de interpretação do Direito existe uma multiplicidade de sentidos que formarão o quadro kelseniano, dentro da qual o intérprete escolherá um e criará o Direito positivo para o caso que julga:

Se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro dessa moldura existem. Sendo assim, a interpretação não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que — na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplica — têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito (KELSEN, 2003, p. 390-391).

Para se alcançar essa escolha não existe um critério ou requisito estabelecido pelo autor, de modo que a inexistência de um método define a premissa da discricionariedade judicial:

Não há absolutamente qualquer método — capaz de ser classificado como de Direito positivo — segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” — desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica (KELSEN, 2003, p. 391).

A indefinição de um método importa, necessariamente, o uso da discricionariedade pelo intérprete autêntico, recaindo a legitimidade da decisão na autoridade daquele que está investido na autoridade de decidir. Como consequência, Kelsen identifica como extrajurídico o problema relativo à busca da “resposta correta” para cada situação, em especial por entender que a legitimidade do Direito está centrada na autoridade do magistrado e no poder discricionário que ele possui para a escolha de qualquer uma das possíveis interpretações:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer — segundo o próprio pressuposto de que se parte — uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um

problema da teoria do Direito, mas um problema da política do Direito (KELSEN, 2003, p. 393, grifo do autor).

O positivismo kelseniano teve, em 1960, um dos seus capítulos mais importantes⁶. Nesse ano, foi publicada uma nova edição da Teoria Pura do Direito, com modificações em relação às edições anteriores. Dentre as inúmeras mudanças, ressalta-se uma relativa à hermenêutica jurídica e à interpretação autêntica:

A propósito 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, 2003, p. 394).

Há quem ignore tal assertiva ao afirmar que essa frase não representaria a ideia do autor, sob o argumento de que seria só mais uma dentro de um livro bem denso e vasto, de modo que não se deveria dar uma relevância desproporcional ao seu significado⁷. De fato, em nenhum outro momento Kelsen retoma a ideia colocada, mas isso não tira a sua relevância na nova edição da Teoria Pura do Direito. Nessa passagem, Kelsen enaltece a atividade interpretativa do juiz como legítima criadora do Direito para além da moldura. Mesmo que a norma esteja fora da moldura, ela pode ser extraída de uma fonte não jurídica (não positiva), que, então, transmutar-se-á em conteúdo jurídico pelas mãos do magistrado, o intérprete autêntico.

Essa verdadeira atividade legislativa-judicial não é vista por Kelsen (2003, p. 395) como um problema do seu sistema, mas decorre do fato de ele aceitar que certas decisões não possam ser anuladas quando transitadas em julgado, em especial pelos tribunais de última instância⁸. São decisões incompatíveis com uma ciência pura, mas, ainda assim, aceitas na Teoria Pura do Direito, por se tornarem estáveis dentro das regras processuais.

⁶ “O contato posterior, nos Estados Unidos, nas Universidades de Harvard (1941-1942) e da Califórnia (1945), com o Direito consuetudinário da *Common Law* trouxe-lhe nova perspectiva e visão, passando Kelsen a considerar o Direito de um modo mais plástico, fundado nos precedentes” (CRETELLA JÚNIOR; CRETELLA, 2006, p. 18).

⁷ “Essa passagem tem provocado muita controvérsia entre os leitores de Kelsen. Ela pode ser compreendida como uma radicalização de suas noções e de seu pensamento. Isso levaria até mesmo, no limite, a uma posição que acabaria por colocar em xeque a própria ideia de um Direito positivo. Por outro lado, pode-se também pensar que se trata apenas de uma frase em uma obra muito vasta. Isso implica dizer que não se poderia dar a essa frase um peso que parece desproporcional à sua extensão” (BENJAMIN, SOUZA, p. 147-148).

⁸ “Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. E fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo — especialmente pelos tribunais de última instância” (KELSEN, 2003, p. 394-395).

É possível afirmar que a quadro kelseniano não deixou de existir, mas, na verdade, que ele estará crescendo pelos atos de vontade do magistrado. Em outras palavras, cada nova interpretação feita fora da moldura significa a ampliação natural da moldura até então existente, por ser a decisão do intérprete autêntico um ato complexo, composto por um ato de conhecimento e um ato de vontade, criador do Direito (KELSEN, 2003, p. 394). De forma mais específica, o texto explicita a conclusão de que qualquer decisão tomada pelo magistrado, mesmo que originariamente fora da moldura até então estabelecida, seja juridicamente válida. O perigo é que mesmo as decisões flagrantemente contrárias ao sistema constitucional passam a ser admitidas pela Teoria Pura do Direito, desde que os instrumentos processuais não sejam utilizados para invalidar tais decisões:

No ano de 1960, em uma nova Teoria Pura do Direito, importantes modificações foram apresentadas por Kelsen no capítulo dedicado à interpretação jurídica. Tais inovações consubstanciaram um significativo giro na perspectiva kelseniana, na medida em que o autor reconheceu a impossibilidade de limitar o poder discricionário da autoridade competente para aplicar o Direito, o que acabou por colocar em risco os próprios objetivos da Teoria Pura, diluindo-a em puro decisionismo (COURA, 2013, p. 133).

Nesse contexto, é outorgado ao magistrado uma “carta branca” e as interpretações da moldura kelseniana passam a ser vistas como uma referência para o julgamento, que podem ser utilizadas (ou não) de acordo com o entendimento do magistrado. O intérprete torna-se difícil de ser previsto, de modo que a utilização de padrões extrajurídicos coloca em dúvida a própria existência de uma ciência pura, uma vez que a vontade do magistrado se apresenta para além do quadro imaginado, no que pode ser rotulado como um “giro decisionista”.

Na hipótese da atuação executiva do Estado, em especial nos conceitos jurídicos indeterminados, a Administração Pública passa a ter uma pluralidade de respostas corretas que podem ser utilizadas de acordo com sua conveniência e oportunidade, todas igualmente legítimas, mas que praticamente torna inviável o controle meritório do ato administrativo. Não se faz necessária uma preocupação com a melhor resposta para o caso concreto, já que todas são legítimas e validadas por essa teoria, mesmo que localizadas fora da moldura. Não difere muito tal cenário da “carta branca” mencionada, na medida em que o comportamento da administração se torna consideravelmente difícil de ser previsto. Isso ocorre porque a legitimidade da decisão do aplicador da norma recai sobre sua autoridade e sobre sua autoridade somente, ou seja, pelo simples fato de ser investido da atividade administrativa ou jurisdicional, bastando a simples — e discricionária — escolha de uma das interpretações possíveis por essa autoridade. Trata-se de uma legitimidade cujo conteúdo é estabelecido

antes da tomada de decisão, como se fosse possível separar interpretação e aplicação da norma. Para o Positivismo Jurídico, a interpretação tem início nas normas e não no caso concreto, interpretação essa que é limitada exclusivamente às regras existentes. Em um primeiro momento, são estabelecidas as possíveis interpretações da norma para, somente então, o aplicador escolher uma para determinado caso que julga.

Em razão da cisão entre interpretação e aplicação da norma (momento de decisão), outro problema se apresenta no Positivismo Jurídico, qual seja, primeiro o aplicador do Direito toma uma decisão para, somente depois, ele buscar uma das interpretações possíveis que justificará a sua tomada de decisão. Reside, nesse ponto, a utilização do Direito desvinculado do caso concreto, cujas especificidades são incapazes de serem vistas na decisão. Aliás, é possível fazer um paralelo com a fábula “O Lobo e a Ovelha”, de Jean de La Fontaine (1995, p. 10), e o Positivismo Jurídico. Na fábula, uma ovelha bebe água em um riacho quando avista um lobo também bebendo água. O lobo, então, interpela a ovelha, insinuando que ela estaria sujando a sua água, ao que a ovelha responde que isso seria impossível de ocorrer em razão da distância entre os dois, em especial porque a correnteza ia do lobo para a ovelha e não o contrário. Desconstruído o argumento, o lobo então afirma que a ovelha teria falado mal de sua pessoa no ano anterior, ao que ela responde que isso seria impossível de ocorrer em razão de ter nascido há pouco tempo. Desconstruído mais uma vez o argumento, o lobo pontua que, se não fosse a ovelha, seria, portanto, o seu irmão, o que daria na mesma situação, ao que ela responde que isso seria impossível de ocorrer por não possuir qualquer irmão. Desconstruído o argumento pela terceira vez, o lobo, de forma incisiva, afirma categoricamente que qualquer outra ovelha ou pastor ou um dos cães que cuidam do rebanho teriam insultado sua pessoa, sendo necessária a vingança, de modo que o lobo salta sobre a ovelha, agarra-a com os dentes e a leva para ser devorada em algum lugar mais sossegado.

Observe-se, na narrativa, que o lobo, desde o início do diálogo, já tem a determinação de devorar a ovelha e busca somente um argumento que justifique a sua tomada de decisão. Em outras palavras, primeiro decide para, em seguida, buscar o fundamento necessário que será utilizado no caso concreto (STRECK, 2012c, p. 448). Trata-se do “livre convencimento motivado”⁹, que representa nada mais do que o caldo da cultura jurídica brasileira e que

⁹ “Desnecessário também elencar os princípios já consolidados no senso comum teórico, como o do livre convencimento do juiz, da íntima convicção e da verdade real, os quais se colocam na contramão dos avanços proporcionados pela viragem linguística. Os citados ‘princípios’ não mais são do que a confissão da prevalência do esquema sujeito-objeto” (STRECK, 2012c, p. 535, grifo do autor).

impregna não só a atuação dos magistrados, mas também a dos delegados de polícia¹⁰. Em outras palavras, a fundamentação é desvinculada do caso concreto e está à disposição do responsável pela tomada de decisão por ser desnecessária uma argumentação concisa com uma resposta adequada que se justifique a partir do cenário fático.

O problema se agrava nos casos em que, em determinado momento, as regras — e as interpretações delas possíveis — esgotam-se e uma nova situação não pode ser por elas abraçada. Nesses casos difíceis, não resta alternativa ao juiz a não ser buscar uma resposta fora do Direito por meio do seu poder discricionário (DWORKIN, 2007, p. 159). Trata-se da utilização de padrões extrajurídicos nos casos difíceis, com verdadeira capacidade de criação do Direito. Se o Direito é regido exclusivamente por regras e elas, em determinado momento, esgotarão o seu campo de incidência em razão da pluralidade e da infinita diversidade dos casos concretos, outra solução não pode existir que não seja ir além da moldura até então existente. Assim, a busca de um conceito de Direito, supostamente autônomo e independente de outros ramos científicos, apresenta-se como uma proposta falha, não sendo o Direito suficiente em si mesmo. É exatamente nesse ponto que se torna impossível separar o Direito de outros ramos científicos. Deve ser visto como natural, ou melhor, como condição de possibilidade para a correta aplicação do Direito a sua relação com a Moral, a Sociologia, a Filosofia e diversos outros ramos.

Não obstante as críticas levantadas, o Positivismo Jurídico impregnou o caldo de cultura da formação dos operadores do Direito no Brasil, desde os bancos escolares até os livros mais vendidos atualmente, que se limitam a reproduzir posicionamentos majoritários, a legislação pátria e alguns julgados dos tribunais superiores. A gênese da discricionariedade foi apropriada pelo Direito Administrativo no Brasil. No entanto, esse cenário não tem origem nos dias atuais, na medida em que a primeira influência dos elementos-base do Direito Administrativo, contexto no qual se insere a discricionariedade, foi de origem francesa. A primeira obra de Direito Administrativo publicada no Brasil foi em 1857, de autoria de Vicente Pereira do Rego, com o título *Elementos de Direito Administrativo brasileiro comparado com o Direito Administrativo francês segundo o método de P. Pradier-Fodéré*, sendo que o autor, no prefácio, consignou que utilizou os princípios, a doutrina e a estrutura

¹⁰ A título exemplificativo, cita-se o art. 128, parágrafo sexto, da Constituição do Estado do Espírito Santo: “O delegado de polícia é legítima autoridade policial, a quem é assegurada independência funcional pela livre convicção nos atos de polícia judiciária” (ESPÍRITO SANTO, 1989).

do livro do francês P. Pradier-Fodéré para aplicação ao Direito pátrio (MEDAUAR, 2012, p. 43).

A forte influência do Positivismo Jurídico mostra-se decisiva para a doutrina brasileira. Ao lado da influência do Conselho de Estado Francês que germina a discricionariedade, é possível observar a sua presença na obra *Instituições de Direito Administrativo brasileiro*, de Themístocles Cavalcanti, do início do século passado. Cavalcanti (1938, p. 8-10) parte da separação entre Ciência da Administração (função política) e Direito Administrativo (função administrativa). A Ciência da Administração é fortemente regida pela conveniência e oportunidade do interesse público e da administração, sendo esse um ato político que autoriza, decreta ou regulamenta. O Direito Administrativo já possui todas as bases previstas na lei, desenvolvendo, a partir disso, a função administrativa, supostamente desprovida de discricionariedade, na medida em que essas escolhas administrativas não seriam, a seu ver, escolhas também políticas, de modo a entender o Direito Administrativo como um direito puro (sem influxos políticos). O Direito Administrativo, portanto, busca somente a execução do que foi traçado pela ciência da administração.

Nos exemplos do próprio Cavalcanti, o governo (função política) regulamenta os detalhes do serviço a ser prestado, enquanto a função administrativa coloca esses serviços em funcionamento. O governo estabelece as bases para a celebração de um contrato, enquanto a função administrativa realiza esses contratos. O governo nomeia os empregados, enquanto a função administrativa lhes dá a ocupação nos quadros da Administração Pública (CAVALCANTI, 1938, p. 390-392). É como se a execução de um serviço, a realização de um contrato ou o estabelecimento de funções administrativas não passasse por tomadas de decisões com uma ampla possibilidade de escolhas discricionárias. Na execução de um serviço, por exemplo, mesmo com uma ampla e detalhada regulamentação, o administrador responsável pela execução ainda terá forte margem discricionária, seja por causa de eventual imprevisto, seja porque o regulamento nunca poderá antever todas as riquezas do caso concreto, seja por causa dos conceitos jurídicos indeterminados amplamente utilizados pela legislação.

Por fim, o autor ainda defende a inviabilidade do controle da discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário, com fundamento em uma concepção absoluta da separação dos poderes (CAVALCANTI, 1938, p. 140-143), em muito influenciada pela concepção liberal francesa, com a diferença de que, no Brasil, inexistia um órgão como o

Conselho de Estado para fazer esse controle. O controle pelo Poder Judiciário seria somente de legalidade, incidindo no procedimento para a criação do ato (observância dos seus pressupostos). Argumenta, ainda, que as finalidades estatais nunca seriam alcançadas se os atos administrativos tivessem fiscalização continuada do Poder Judiciário. Na perspectiva desse jurista, somente seria possível um controle interno do ato administrativo pelo próprio poder que o editou:

Acto discricionário é todo aquelle insusceptível de apreciação por outro poder que não aquelle que o praticou. Comprehende, principalmente, de acordo com a doutrina dominante, uma esfera em que predomina o critério da justiça, conveniência ou oportunidade. Diz mais com o interesse do que com o direito, e, por esta razão, mais de ordem política do que jurídica, o arbítrio^[11] é o elemento que o caracteriza (CAVALCANTI, 1938, p. 142).

Essa concepção torna incompatível o controle do ato discricionário, na medida em que todos os atos são supostamente legais, já que localiza tal ato no âmbito político (e fora do âmbito jurídico). A ausência de controle encontra forte eco, ainda nos dias atuais, na jurisprudência dos tribunais superiores¹², de modo a possibilitar que a atividade administrativa se torne um grande instrumento de opressão e manipulação do ordenamento jurídico. Como se verá adiante, discricionariedade está mais perto de arbitrariedade e subjetividade do que de uma teoria adequada a fundamentar qualquer ato de poder.

Outro nome de relevo na história do Direito Administrativo brasileiro foi Francisco Campos. Em sua obra, de 1958, o autor defende que a atividade administrativa só é possível de existir dentro da discricionariedade, apresentando-se essa como condição de possibilidade daquela. Diante de imprecisões normativas, o Estado teria uma margem de atuação, com todas as respostas igualmente válidas:

¹¹ Cavalcanti (1938, p 142-143) compreende a ideia de arbítrio como algo inerente ao estudo da discricionariedade, como um dos seus elementos, visto como sinônimo da liberdade decorrente da indeterminação das regras, não trabalhando o autor com a concepção que a palavra “arbítrio” possui nos dias atuais.

¹² “Em inúmeros julgados, o Superior Tribunal de Justiça afirma que não cabe ao Judiciário interferir em atos discricionários da Administração Pública. Ademais, os atos discricionários, por sua vez, possuem certa liberdade de escolha. Assim, o agente público ao praticar um ato discricionário possui certa liberdade dentro dos limites da lei, quanto à valoração dos motivos e à escolha do objeto, segundo os seus critérios de oportunidade e conveniência administrativas. Como dito acima, ao Poder Judiciário cabe a fiscalização do controle jurisdicional dos atos administrativos restringindo-se apenas a observância aos princípios Constitucionais. Desta forma, o valor conferido a um ou outro aspecto da avaliação psicológica não pode ser analisado ou modificado pelo Poder Judiciário, que apenas pode observar a legalidade do ato administrativo, que, no caso, se apresenta legítimo e legal” (REsp 1676544/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 26/09/2017).

O fundamento do poder discricionário da administração não reside, portanto, em qualquer atributo que seja peculiar ao juízo administrativo, mas na estrutura lógica de uma certa categoria de juízos, que só podem ser formulados com referência a conceitos mais ou menos ambíguos ou equívocos, ou susceptíveis, pela amplitude ou indeterminação do seu conteúdo de receberem especificações diversas, nenhuma das quais possa ter como a única possível, exata ou precedente, uma vez que à medida do acerto do juízo consiste, única e precisamente no próprio conceito que lhe serviu de referência, o qual, por definição, comporta vários conteúdos igualmente adequados ou do mesmo valor significativo (CAMPOS, 1958, p. 17).

Ainda de acordo com Campos (1958, p. 16), o poder discricionário não é um benefício da atividade administrativa, mas abrange também a judicial, a legislativa e mesmo a atuação dos particulares, constituindo “[...] parte do patrimônio comum da cultura humana” (CAMPOS, 1958, p. 18). Em outras palavras, o poder discricionário nada mais é do que uma das facetas dos juízos discricionários, presente em qualquer atividade, na medida em que

[...] o seu objeto ou o conteúdo consiste em um conceito insusceptível de significação unívoca ou que, pelo caráter próprio ao seu critério informativo, comporta uma compreensão mais lata ou mais restrita, permitindo, assim, que na sua delimitação ou na sua configuração influam fatores de natureza subjetiva (CAMPOS, 1958, p.17-18).

Nesse ponto, Campos (1958, p. 19-20) faz referência expressa a Hans Kelsen, de modo a demonstrar que o autor austríaco também defende que o juízo discricionário não é um privilégio da Administração Pública. Inclusive, no exemplo retirado da própria obra de Kelsen, essa ideia fica bem nítida. O cumprimento de uma determinação judicial pela polícia constitui exemplo do poder discricionário no âmbito da Administração Pública, a ser exercido dentro da moldura delineada pelo magistrado e pela legislação vigente. Existe, com isso, nítida influência do positivismo normativista no Direito Administrativo brasileiro. O Direito clama pela discricionariedade, já que a imprecisão dos textos é natural em sua estrutura, de modo que todas as decisões são adequadas e possuem o mesmo peso.

Da mesma forma que Cavalcanti, Francisco Campos não vê com bons olhos o controle da discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário. Campos (1958, p. 33-34) trata de um exemplo para ilustrar como esse controle pelo Poder Judiciário é impossível. Imagine-se que a Administração Pública institua um prêmio para o quadro que melhor represente o aspecto mais típico da vida brasileira. Vários quadros concorrem nessa categoria. Haverá um júri para analisar e escolher o quadro. Acontece que um “aspecto típico da vida brasileira” é um conceito indeterminado e o resultado do júri não seria passível de apreciação por outro órgão, pois

[...] se o julgamento de atribuição do prêmio fosse submetido ao exame de um outro júri, o juízo deste seria da mesma natureza do juízo do primeiro júri, ou o resultado de uma apreciação ou estimação, contra cujo acerto se poderiam alegar as mesmas razões invocadas contra o primeiro julgamento (CAMPOS, 1958, p. 34).

Da mesma forma, o Poder Judiciário não poderia impor uma leitura supostamente correta da norma plurissignificativa ou de uma atividade discricionária, por serem legítimas todas as interpretações e as decisões decorrentes do poder discricionário. Todas as interpretações presentes na moldura estão corretas e a Administração Pública possui liberdade para escolher qualquer uma delas, sem que o Poder Judiciário possa controlar o seu mérito (CAMPOS, 1958, p. 33-35). Campos (1958, p. 35) difere juízo discricionário de juízo arbitrário, uma vez que é sempre possível mostrar que uma decisão discricionária extrapola o limite externo ou interno do ato administrativo e, nessa hipótese, haveria juízo arbitrário passível de controle pelo Poder Judiciário. O limite externo seriam as leis responsáveis pela moldura do ato administrativo, enquanto o limite interno consiste na própria leitura que se pode fazer de um conceito indeterminado. No exemplo tratado, haveria violação do limite interno se a obra vencedora fosse um quadro que representasse aspectos dos Alpes. Assim, o controle nunca incide na discricionariedade propriamente dita, mas na atuação arbitrária da Administração Pública para além do legítimo uso do poder discricionário.

Já nos dias mais atuais, dois nomes de destaque são Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello. A essência da teoria positivista continua presente nos dois autores, mas com pequenas nuances em relação aos autores previamente citados. Meirelles (1991, p. 97-99) conceitua poder discricionário da administração como o poder que a Administração Pública possui para realizar as escolhas administrativas com liberdade, bem como trabalha tal conceito quando ocorre a impossibilidade de a lei antever todos os atos que a prática administrativa exige, de modo que “[...] o legislador somente regula a prática de alguns atos administrativos que reputa de maior relevância, deixando o cometimento dos demais ao prudente critério da administração” (MEIRELLES, 1991, p. 99). Contudo, diferentemente dos autores citados, Meirelles (1991, p. 99) entende ser possível o controle principiológico da discricionariedade, uma vez que essa deve ser moldada e limitada pelos princípios da legalidade, da moralidade e da finalidade. Nesse contexto, desvio de poder ou de finalidade significa ato administrativo que fere tais princípios, o qual poderá ser reconhecido pela própria administração ou pelo Poder Judiciário.

Afirmou-se, anteriormente, que o Positivismo Jurídico é regido exclusivamente por regras, sem que exista uma abertura aos princípios. O autor, portanto, entra em contradição com a própria base lógica de funcionamento do positivismo kelseniano, mostrando a existência de uma crise na discricionariedade, na medida em que não mais aceita a inexistência do seu controle, ao mesmo tempo em que se tenta buscar em estruturas não contempladas pelo Positivismo algum modo de se viabilizar tal controle. Meirelles tenta se afastar metodologicamente dos autores administrativistas previamente citados, buscando uma forma de controle da discricionariedade. Tal pretensão é impossível de lograr êxito em um paradigma positivista. Seja porque a proposta teórica dos positivistas exclusivistas não admite princípios de modo a tornar contraditório o que propõe, seja porque tais princípios, entre os positivistas inclusivistas¹³, também teriam uma carga discricionária concebida pelo intérprete, inviabilizando o seu real controle, apresentando-se os princípios, na verdade, como válvulas de discricionariedade. Desse modo, poder sem controle mais se aproxima de arbitrariedade. Meirelles¹⁴ intenta essa distinção — entre discricionariedade e arbitrariedade —, mas a diferença se mostra ilusória. No contexto do Positivismo Jurídico, verifica-se impossível controlar discricionariedade com mais discricionariedade.

Mello (2014, p. 980) conceitua discricionariedade quando o dispositivo legal concede ao administrador uma esfera de liberdade, a quem caberá preencher “[...] com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei”. O autor avança no estudo do tema e critica o poder discricionário, de modo a defender que a sua atuação deve estar de acordo com a finalidade do Estado, qual seja, o interesse público. Nesse ponto, o autor caminha junto com Meirelles e confia nos princípios como instrumentos de limitação do poder discricionário (MELLO, 2014, p. 983). E, tal como em Meirelles, caberá ao agente estatal (intérprete “autêntico”) a definição de qual é o interesse público perseguido, entre vários igualmente legítimos. Resta, portanto, aferir qual a concepção de Direito, subjacente a essa análise, sob pena de que o controle da discricionariedade seja prejudicado por concepções positivistas inadequadas ao Estado Democrático de Direito.

¹³ A questão dos positivistas exclusivistas e inclusivistas será tratada mais a frente.

¹⁴ “Convém esclarecer que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excludente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido” (MEIRELLES, 1991, p. 98).

Mello (2014, p. 978) introduz um diferencial no controle da discricionariedade, qual seja, o princípio da legalidade, no sentido de que é necessária uma ligação entre a lei e o ato administrativo discricionário. O conteúdo da legalidade, portanto, se afasta do seu conceito já existente no Direito privado, onde o cidadão pode fazer tudo o que não for pela lei proibido, estatuinto uma precisa limitação à atuação administrativa. Nessa linha de pensamento, Mello (2014, p. 979-980) pontua que não existe ato plenamente discricionário, sob o argumento de que o administrador sempre estará, de algum modo, limitado pela legislação:

Ora bem, toda lei cria sempre e inexoravelmente um quadro dotado de objetividade dentro do qual se movem os sujeitos de direito. O grau desta objetividade é que varia. A dizer: em quaisquer situações jurídicas pode-se reconhecer uma limitação que delinea os confins de liberdade de um sujeito. Tal liberdade, entretanto, pode ser mais ou menos ampla, em função das pautas estabelecidas nos dispositivos regedores da espécie.

Qualquer regulação normativa é, por definição, o lineamento de uma esfera legítima de expressão e ao mesmo tempo uma fronteira que não pode ser ultrapassada, pena de violação do Direito. Este extremo demarcatório tem necessariamente uma significação objetiva mínima precisamente por ser e para ser, simultaneamente, a linha delimitadora de um comportamento permitido e a paliçada que interdita os comportamentos proibidos.

Pelo trecho citado, observa-se que a análise do conceito é trabalhada em abstrato, sem vinculação a um caso concreto, admitindo a liberdade na legislação como condição para o exercício do poder discricionário, como se fosse possível cindir interpretação e aplicação. Essa proposta se aproxima do positivismo normativista, pois, em ambos, o limite da legislação se apresenta como o limite da discricionariedade, ou melhor, é com base na legislação que se determinam as respostas supostamente legítimas, delimitando, assim, a moldura dentro da qual o poder discricionário será exercido. Essa é, exatamente, uma das premissas para o exercício do poder discricionário e não a sua limitação ou impossibilidade de sua existência, tal como defende Mello. Ademais, Mello (2014, p. 981-982) assume a possibilidade de controle judicial do ato discricionário quando o ato administrativo adotado, apesar de adequado abstratamente na liberdade da lei, mostra-se desrespeitoso com as circunstâncias do caso concreto ou mesmo com a finalidade legal:

Não se suponha que haveria nisto invasão do chamado “mérito” do ato, ou seja, do legítimo juízo que o administrador, no caso de discricionário, deve exercer sobre a conveniência e oportunidade de certa medida.

Deveras, casos haverá em que, para além de dúvidas ou entre dúvidas, qualquer sujeito em inteligência normal, razoável, poderá depreender (e assim também, *a fortiori*, o Judiciário) que, apesar de a lei haver contemplado a discricionário, em face de seus próprios termos e finalidade que lhe presidiu a existência, a situação ocorrida não comportava senão uma determinada providência, ou mesmo comportando mais

de uma, certamente não era a que foi tomada. Em situações quejandas, a censura judicial não implicará invasão do mérito (MELLO, 2014, p. 982, grifo do autor).

Como exposto, isso não significa, para o autor, invasão da discricionariedade. Essa passagem constitui uma evolução do pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, pois, em edições anteriores (MELLO, 1998, p. 596-600), a mencionada citação não existia. Essa mudança de entendimento demonstra a necessidade de majoração do controle da discricionariedade e representa um primeiro passo nesse sentido, mas ainda constitui reflexo do caldo da cultura positivista na qual o Direito Administrativo foi forjado. É por isso que, em linhas gerais, a discricionariedade ainda é vista como um limite para o controle do Poder Judiciário, como se existisse uma área que se apresentasse quase como uma verdadeira “carta branca” para o administrador. Se um determinado caso concreto possui igualmente duas ou mais respostas legitimadas pela moldura, qualquer uma delas, mesmo que seja a que menos se coadune ao caso concreto, pode ser corretamente utilizada pela Administração Pública.

É por isso que a decisão do lobo, dentro de um poder discricionário que lhe foi conferido, não pode ser passível de censura. Por mais que se busque controlar o ato decisório, o lobo (ou o administrador) só necessita buscar a justificativa para a decisão que já tomou, uma vez que a ovelha (o administrado) deve somente aceitar o que o destino lhe reserva. Sem um controle externo da discricionariedade (pelo Poder Judiciário) e sem uma proposta teórica que não se esgote na plenipotenciariedade da regra (a fim de possibilitar um efetivo controle interno e externo da discricionariedade), outra consequência não há senão a arbitrariedade (e violação de direitos), sendo as regras existentes no ordenamento jurídico utilizadas de acordo com a vontade do administrador.

Esse *deficit* evidencia que a Modernidade se apresenta como um projeto inacabado, que continuará a se desenvolver no futuro; por isso, o caminhar natural do constitucionalismo e do Direito, em especial pela sociedade plural e complexa na qual todos estão inseridos, necessita de uma teoria que não se esgote nas regras ou decisões judiciais estabelecidas em determinado ordenamento jurídico. E mais, necessita de uma teoria que compreenda a relevância da postura do intérprete e da fundamentação para a legitimidade das decisões tomadas como condição para o adequado funcionamento do Estado Democrático de Direito, a fim de que se supere a ideia do Positivismo Jurídico à brasileira como sinônimo de ausência de fundamentação, como sinônimo de inexistência de efetivo controle externo ou mesmo como sinônimo de legitimação estruturada na liberdade de escolhas do aplicado da norma.

2.2 DISCRICIONARIEDADE SIGNIFICA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO?

Como já exposto algumas vezes, discricionariedade tem por base a liberdade de escolha que o aplicador da norma possui em razão das possíveis interpretações cabíveis na moldura previamente estabelecida. Nesse contexto, há de se verificar como o Direito Administrativo lida com a exigência da fundamentação dos atos administrativos, seja na prática, seja na teoria.

Dentro da evolução do Direito Administrativo brasileiro, Moreira Neto (1976, p. 107) defende que o ato discricionário só necessita ter a sua motivação exposta se houver alguma determinação nesse sentido, pois, se tal determinação inexistir — situação que era a regra em 1976 — o aplicador da norma terá uma mera faculdade em declinar a sua fundamentação. Nesses casos facultativos, defende o autor, quando o administrador decide, por vontade própria, apresentar os motivos, incidiria na teoria dos motivos determinantes, de modo que a adequação do motivo à lei se transformaria em condição de validade do ato administrativo discricionário.

Meirelles, em obra publicada logo após a Constituição de 1988, segue, em parte, o entendimento de Moreira Neto. Ato vinculado possui motivo vinculado, ao passo que ato discricionário possui motivação discricionária quanto à existência e à valoração:

O motivo ou causa é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato administrativo, pode vir expresso em lei, como pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso, será um elemento vinculado; no segundo, discricionário quanto à sua existência e valoração. [...] Quando, porém, o motivo não for exigido para a perfeição do ato, fica o agente com a faculdade discricionária de praticá-lo sem motivação, mas, se o fizer, vincula-se aos motivos aduzidos, sujeitando-se à obrigação de demonstrar a sua efetiva ocorrência (MEIRELLES, 1991, p. 130).

Observa-se, portanto, que poder discricionário era sinônimo de ausência de fundamentação, posição essa defendida mesmo após a Constituição Federal de 1988, com a possibilidade de o administrador escolher se o motivo seria ou não demonstrado, incidindo na teoria dos motivos determinantes, se assim entendesse necessário. Em edição posterior dessa obra, em muito influenciada pela lei do processo administrativo federal, os atualizadores de Meirelles alteraram o entendimento sobre o tema, consignando que a motivação, em regra, é necessária

nos atos discricionários, salvo quando a lei dispensasse ou fosse a natureza do ato incompatível com a motivação:

Denomina-se motivação a exposição ou a indicação por escrito dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato (cf. art. 50, *caput*, da Lei nº 9.784/99). Assim, motivo e motivação expressam conteúdos jurídicos diferentes. Hoje, em face da ampliação do princípio do acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), conjugado com o da moralidade administrativa (CF, art. 37, *caput*) a motivação é, em regra, obrigatória. Só não o será quando a lei dispensar ou se a natureza do ato for com ela incompatível. Portanto, na atuação vinculada ou discricionária, o agente da administração, ao praticar o ato, fica na obrigação de dispensar o motivo, sem o quê o ato será inválido ou, pelo menos, invalidável, por ausência de motivação. Quando, porém, o motivo não for exigido para a perfeição do ato, fica o agente com a faculdade discricionária de praticá-lo sem motivação, mas, se o fizer, vincula-se aos motivos aduzidos, sujeitando-se à obrigação de demonstrar a sua efetiva ocorrência. A referida Lei nº 9784/99 aponta atos cujas motivações são obrigatórias (cf. art. 50, I a VIII) (MEIRELLES, 2006, p. 153).

Essa evolução da obra de Meirelles é trabalhada por Medauar (2012, p. 151) que afirma ter vigorado por muitos anos, no Direito Administrativo, o entendimento pacífico de que a motivação não era um requisito obrigatório do ato administrativo, ficando a critério da Administração Pública a exposição dos motivos. Tal entendimento somente começou a ser alterado em meados da década de 70, com predominância do posicionamento de que a motivação era obrigatória quando existisse determinação legal, critério esse que ganhou corpo com a Constituição Federal de 1988 e, em especial, com o art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999¹⁵.

Gasparini (2005, p. 66) avança um pouco mais no tema da necessidade da motivação, argumentando que todo ato administrativo deve ser motivado, de modo que o rol do art. 50 da Lei nº 9.784/99 seria suficiente para abranger qualquer ato praticado pela administração, discricionário ou vinculado. Não obstante, esse avanço ainda se dá por um viés positivista, seja porque o autor compreende tal necessidade em razão da determinação legal, seja porque o

¹⁵ Art. 50 da Lei nº 9784/99: “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito (BRASIL, 1999b).

Positivismo Jurídico confere amplos poderes ao administrador em relação ao ato discricionário, que tem como pressuposto a multiplicidade de respostas corretas.

Carvalho Filho caminha bem próximo de Gasparini ao defender, de forma não imperativa, a fundamentação dos atos administrativos. Em outras palavras, o autor pontua que inexistente norma constitucional expressa subsidiando o seu entendimento, não sendo possível, portanto, extrair a interpretação no sentido da obrigatoriedade:

Sem dúvida nenhuma, é preciso reconhecer que o administrador, sempre que possa, deve mesmo expressar as situações de fato que impeliram a emissão da vontade e a razão não é difícil de conceber: quanto mais transparente o ato da Administração, maiores as possibilidades de seu controle pelos administrados. Não obstante, se essa conduta é aconselhável, e se os administradores devem segui-la, não se pode ir ao extremo de tê-la por obrigatória (CARVALHO FILHO, 2016, p. 121).

Ademais, Carvalho Filho (2016, p. 120) acrescenta que a própria existência do art. 50 da Lei nº 9.784/99 corrobora o entendimento de que a motivação não pode ser considerada indistintamente obrigatória para toda e qualquer manifestação volitiva da Administração Pública. Em contrapartida, esse posicionamento é criticado por Medauar (2012, p. 151), ao defender que todo ato administrativo deve ser motivado como um requisito decorrente do sistema constitucional vigente, quer por causa da característica democrática do Estado brasileiro, quer por causa do princípio da publicidade, quer por causa da garantia do contraditório. Nesse ponto, Celso Antônio Bandeira de Mello caminha junto com Odete Medauar, no sentido de que todos os atos administrativos, vinculados ou discricionários, devem ser motivados. O autor defende que ato discricionário “[...] não motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido [...]” (MELLO, 2014, p. 407), já que a Administração poderia, ante o risco da invalidação do ato, inventar algum motivo, “fabricar” razões lógicas para justificá-lo e alegar que as tomou em consideração durante sua prática.

Observa-se que os autores são bem divergentes sobre o tema. De qualquer modo, ainda existe quem defenda, em caráter excepcional, a ausência de fundamentação em alguns poucos atos discricionários, sempre que tal ato não estiver presente no taxativo rol do art. 50, *caput*, da Lei nº 9.784/99. Ademais, tal obrigatoriedade decorreria exclusivamente da determinação legal, de modo que não conseguem compreender que o conceito de Direito por trás dessa leitura limita a compreensão que possuem do ordenamento jurídico. A fundamentação do ato

discricionário só seria obrigatória por existir tal determinação legal; do contrário, se inexistisse a lei, a fundamentação dos atos discricionários seria sempre facultativa.

Essa facultatividade da fundamentação presente em certos casos não encontra sequer base nos teóricos do Positivismo Jurídico. Kelsen (2003, p. 387) afirma ser um dever do órgão julgador fixar o sentido das normas, a partir de uma operação mental que passa necessariamente pela hermenêutica. A interpretação se revela, ao mesmo tempo, como um ato de conhecimento e um ato de vontade, cabendo ao aplicador da norma, primeiramente, conhecer as normas componentes da moldura para, em um segundo momento, por meio de um ato de vontade, escolher uma das possíveis interpretações:

[...] na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva (KELSEN, 2003. 394).

Assim, é exatamente o ato de vontade que distingue a interpretação feita pelo aplicador do Direito e as demais interpretações, por exemplo da ciência do Direito, responsáveis por fixar os limites da moldura (KELSEN, 2003, p. 394-395). O ato de vontade é responsável por criar o Direito, que imporá ao magistrado o dever de indicar a interpretação que será utilizada em detrimento de outras igualmente admissíveis, residindo em sua autoridade a legitimidade da escolha. Por isso, cabe ao aplicador da norma expor a construção da interpretação da escolha feita, sem a necessidade, todavia, de demonstrar porque as demais interpretações não foram utilizadas. Esse é o cerne da ideia de poder discricionário no contexto das multiplicidades de respostas corretas.

Do mesmo modo, Hart (2011, p. 147-149), quando examina o Positivismo Jurídico no contexto da atuação judicial, entende que a fundamentação da decisão é verdadeira condição para a aplicação de sua teoria. A interpretação ou mesmo a indicação do precedente não pode, de modo algum, se limitar a não constar do ato decisório. Afinal, seria impossível analisar a razão de decidir de um julgado (no Direito norte-americano, chamado de *holding* e no Direito inglês, de *ratio decidendi*), com possível utilização do *distinguishing method*, sem que haja a devida fundamentação. Esse dever de fundamentação fica ainda mais claro em razão de o autor reconhecer a textura aberta do Direito e o poder de criação de regras pelos Tribunais, temas esses que serão mais bem trabalhados adiante.

Não obstante, a ausência de fundamentação em atos discricionários ainda é uma realidade brasileira, mesmo nas hipóteses em que ela é legalmente obrigatória, contexto fático que desvela visões paradigmáticas conflitantes que, ainda hoje, concorrem e condicionam a atuação dos aplicadores do Direito, mas que nem sempre se mostram adequadas à noção de um complexo e plural Estado Democrático de Direito. O ato de remoção dos delegados de polícia — ato discricionário por excelência — consiste em um dos muitos que a Administração reluta em fundamentar, comprovando o caldo de cultura no qual a práxis administrativa se forjou no Brasil. Talvez por falta de conhecimento da sua necessidade, talvez por não ter como expor a real motivação, talvez pelo senso comum que sempre impregnou a comunidade jurídica, torna-se paradigmaticamente complexo compreender a importância de expor aquilo que é, na verdade, condição de validade do ato administrativo, mesmo discricionário. Esse cenário foi confirmado por ocasião da pesquisa empírica¹⁶ feita no Estado do Espírito Santo, sobre o período de 2011 até o ano de 2014. Identificou-se, nos dois anos que antecedem à publicação da Lei n° 12.830/13¹⁷ até dois anos após a sua publicação, a quantidade de atos de remoção de delegado de polícia que foram publicados e as respectivas fundamentações, buscando um enquadramento em três modelos hipotéticos: ausência de fundamentação, fundamentação genérica e fundamentação voltada para o caso concreto. Ao todo, foram analisados 409 atos de remoção de delegados de polícia do Estado do Espírito Santo.

Até a publicação da Lei n° 12.830/13 (de junho de 2011 a junho de 2013), verificou-se ser uma realidade a completa inexistência de fundamentação dos atos de remoção dos delegados de polícia, apesar de já existir o art. 50 da Lei n° 9.784/99 regulando o tema. O Positivismo Jurídico à brasileira não se apresentava somente como um aspecto teórico, mas era uma realidade devidamente comprovada. Mesmo após a publicação da Lei n° 12.830/13, com o art. 2°, § 4° (de acordo com esse dispositivo, a remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado), a Polícia Judiciária do Estado do Espírito Santo demorou para adequar o ato ao novo dispositivo legal, cenário que teve alguma alteração somente no ano de 2014 como se observa na Tabela 1.

¹⁶ Na Introdução deste trabalho, foram apresentadas as metodologias relativas à pesquisa empírica.

¹⁷ A mencionada lei foi publicada no dia 21 de junho de 2013 (BRASIL, 2013).

Tabela 1 – Fundamentos para remoção de delegados de polícia (2011-2015)

	Sem fundamentação	Fundamentação genérica	Fundamentação concreta	Atos desconsiderados¹⁸
2011	42	0	0	7
2012	109	0	0	10
2013	30	0	0	28
2014	27	86	0	30
2015	6	22	0	12

Fonte: Elaboração do autor (2017).

O ano de 2014, portanto, foi o ano no qual a prática administrativa da Polícia Judiciária teve considerável alteração no âmbito do Estado do Espírito Santo, contexto no qual a fundamentação passou a estruturar o ato de remoção dos delegados de polícia, conforme a Tabela 2.

Tabela 2 – Fundamentos para remoção de delegados de polícia (2014)

	Sem fundamentação	Fundamentação genérica	Fundamentação concreta	Atos desconsiderados
Janeiro		19		7
Fevereiro	4			1
Março	2			
Abril	2			1
Maio	7			
Junho	1			2
Julho	6			7
Agosto	5			4
Setembro		11		
Outubro		4		2
Novembro				2
Dezembro		52		4

Fonte: Elaboração do autor (2017).

A análise da tabela traz uma importante curiosidade. Ela diz respeito à existência de 19 atos com fundamentação genérica no mês de janeiro de 2014. Eles foram fruto de uma reorganização da estrutura administrativa da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo,

¹⁸ Como explicado na Introdução, foram excluídos da pesquisa os atos de remoção relativos à nomeação dos delegados de polícia para ocuparem cargos em comissão e relativos à ocupação temporária de uma unidade policial (v.g., localização para cobrir as férias do titular). A exclusão dessas amostras teve dois pressupostos. Primeiro, o ato de nomeação ou exoneração para ocupar um cargo em comissão não necessitaria de fundamentação em uma perspectiva teórica no âmbito do Direito Administrativo brasileiro (fundamentada no art. 37, inciso II, da Constituição Federal) e a sua exclusão teve por fim limitar a pesquisa à análise dos atos que deveriam ser efetivamente fundamentados no âmbito desta perspectiva teórica. Segundo, o ato de nomeação para ocupar temporariamente uma unidade policial possui um impacto muito pequeno na estrutura, já que se dá por períodos curtos (como nas férias do titular da unidade policial), além de não acarretar na remoção do delegado de polícia titular da unidade.

ocorrida em razão da publicação, em dezembro de 2013, da Lei Complementar nº 756, e tiveram por finalidade adequar os delegados de polícia a uma nova estrutura hierárquica da Polícia Civil. Todos esses atos, portanto, tiveram essa mesma fundamentação genérica, com uma simples referência à necessidade de adequar a estrutura administrativa existente ao novo diploma legislativo.

Por isso, após o mês de janeiro, a Polícia Judiciária do Estado do Espírito Santo manteve a sua postura em não fundamentar os atos de remoção dos delegados de polícia até o mês de setembro. A título exemplificativo, mostra-se interessante visualizar como se apresentava um desses atos sem fundamentação, que foi utilizado como padrão até o mês de agosto de 2014:

PORTARIA Nº 612-S, DE 20/08/ 2012.

CESSAR OS EFEITOS da Portaria nº 252-S de 26/10/11, publicada no Diário Oficial de 27/10/11 que designou o delegado de polícia PC DP LEONARDO AKSACKI MALACARNE – número funcional 301612, para exercer a função de delegado Titular da Delegacia de Polícia de Pinheiros, subordinado a SPI.

PORTARIA Nº613-S, DE 20/08/ 2012.

DESIGNAR o delegado de polícia PC DP LEONARDO AKSACKI MALACARNE – número funcional 301612, para exercer a função gratificada de delegado Titular da Delegacia de Polícia de Crimes Contra a Vida do DPJ de São Mateus, subordinado à SPI.

No caso em tela, existe uma dupla afetação de direitos ou interesses. Por um lado, viola a prerrogativa funcional do delegado de polícia em dar continuidade à presidência de inúmeras investigações, afetando a eficiência que se espera do serviço público. Em outras palavras, ocorre um grave rompimento da linha investigativa traçada pelo presidente da investigação, inserindo outro sem conhecimento da causa, sem inicialmente compreender as peculiaridades do local e tendo que se inteirar da nova realidade, atrasando ou mesmo inviabilizando algumas investigações. Por outro lado, viola o direito da vítima a uma investigação isenta, sem alteração das diretivas existente com base em um ato ilegal, com grave risco de atraso ou inviabilização da investigação. O tempo trabalha contra a investigação, de modo que alterações na chefia da investigação podem gerar atrasos ou impedir a produção de determinada prova técnica, contribuindo para a sensação de impunidade e irresponsabilidade criminal do suposto autor do fato.

Ressalte-se que esse foi o padrão de conduta da Administração Pública desde a Constituição Federal de 1988 até o ano de 2014. Observe-se que o advento da Lei nº 12.830/13 não foi suficiente para mudar, desde a sua publicação no mês de junho, o quadro fático narrado. Mesmo com a obrigatoriedade legal de fundamentação do ato discricionário, a Administração

Pública não procedeu de tal maneira. Isso demonstra, por um lado, a sensação de impunidade que envolve o cargo mais alto das Polícias Judiciárias, no sentido de que o desrespeito à legislação não trará qualquer sanção ou responsabilidade a sua pessoa; por outro lado, demonstra como a práxis administrativa ocupa um *locus* de destaque na Administração Pública, capaz de tornar inócuas, inclusive, previsões legais democraticamente estabelecidas. A bem da verdade, nem seria necessária a publicação da Lei nº 12.830/13, já que determinação legal sobre o tema já existia, como se observa pela simples leitura da Lei nº 9.784 de 1999, ao determinar, no seu art. 50, que todos os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos quando neguem, limite ou afetem direitos ou interesses.

Posteriormente, de modo mais específico após o mês de setembro de 2014, em uma tentativa de adequar a atuação da Administração Pública à determinação legal, houve uma alteração na estrutura da redação do ato de remoção do delegado de polícia. Por exemplo, mostra-se interessante visualizar como se apresentou essa nova estrutura do ato administrativo em estudo:

INSTRUÇÃO DE SERVIÇO Nº 127 - D, DE 20.04.15.

CESSAR OS EFEITOS da Portaria nº 020-S, de 15.01.14, publicada no DIO de 16.01.14, que designou o delegado de polícia PC DP MARCO ANTONIO LOURENÇO, nº funcional 331755, como Superintendente de Polícia Regional Norte, tendo em vista o teor da Portaria nº 075-S, de 27.01.14, publicada no DIO de 29.01.14.

INSTRUÇÃO DE SERVIÇO Nº 128 - D, DE 20.04.15.

LOCALIZAR o delegado de polícia PC.DP. MARCO ANTONIO LOURENÇO, nº funcional 331755, para exercer a função de **delegado Adjunto da Delegacia Especializada de Acidentes do Trabalho**, subordinado à Superintendência de Polícia Especializada.

Fundamento: Art. 29, parágrafo único, da LC nº 3400/81.

Motivação: “ex-officio”, no interesse do serviço.

Em tese, de setembro de 2014 em diante, esse novo modelo redacional foi utilizado para supostamente adequar o ato administrativo à nova determinação legal. A continuidade da pesquisa, no entanto, apresentou um cenário curioso. De abril a junho de 2015, a Administração Pública voltou com a sua prática em não fundamentar os atos de remoção de delegados de polícia. Apesar de a pesquisa ter trabalhado o mês de junho como data limite para o levantamento de dados, o cenário propiciou que a pesquisa fosse estendida até o final de 2015 e apresentou os resultados da Tabela 3.

Tabela 3 – Fundamentos para remoção de delegados de polícia (2015)

	Sem fundamentação	Fundamentação genérica	Fundamentação concreta	Atos desconsiderados
Janeiro		6		3
Fevereiro		9		
Março		1		6
Abril	1	6		1
Maio	2			
Junho	3			2
Julho	1	5		9
Agosto				2
Setembro	1	28		1
Outubro		2		1
Novembro	2	2		2
Dezembro		9		2

Fonte: Elaboração do autor (2017).

Como se verifica pela tabela, do mês de abril em diante a Administração Pública alternou entre a utilização da fundamentação genérica e a ausência de fundamentação, sem apresentar um critério ou fundamento que justificasse o ocorrido. O mesmo ato que em uma página do Diário Oficial possuía fundamentação genérica, na página seguinte era apresentado sem qualquer fundamentação. Em síntese, da completa inexistência de fundamentação, a administração buscou suprir o requisito de validade do ato de remoção com a utilização de fundamentação legal genérica, mantendo a completa inexistência de uma fundamentação fática voltada ao caso concreto. No entanto, nunca manteve um padrão em sua conduta, alternando por diversas vezes entre a ausência de fundamentação e a fundamentação genérica. Tal atitude, ao invés de resolver o problema da validade do ato administrativo, fraudava expectativas legais legítimas. Afinal, fundamentação genérica em nada se diferencia de ausência de fundamentação. Pelo contrário, potencializa a violação dos direitos dos envolvidos, seja do delegado de polícia, seja da vítima que terá o seu inquérito policial afetado, já que existe uma real burla ao dispositivo legal.

Aqui vale uma observação final. Foram excluídos da amostra os atos de nomeação ou exoneração para ocupar um cargo em comissão, uma vez que não necessitariam de fundamentação em uma compreensão pacífica do tema no âmbito do Direito Administrativo brasileiro. O fundamento de tal compreensão decorre do art. 37, inciso II, da Constituição Federal ao prescrever que

Art. 37. [...]

.....

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos [...], ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

.....
(BRASIL, 1988).

No entanto, confunde-se liberdade para nomear e exonerar com ausência de fundamentação. O dispositivo constitucional afasta a necessidade do concurso público para a investidura no cargo comissionado, mas não afasta a fundamentação como pressuposto de validade de qualquer ato administrativo, o qual também deve, nesses casos, se fazer presente, inclusive de modo ainda mais rigoroso para demonstrar efetivamente porque a Administração Pública não estaria utilizando a regra geral do concurso público como pressuposto geral para a investidura em um cargo. Esse tema será aprofundado mais à frente, porém cabe ressaltar que, nos termos do art. 50 da Lei nº 9.374/99, tais atos devem ser fundamentados, seja porque afetam direitos ou interesses, seja porque impõem encargos a pessoa determinada, além de violar pressupostos democráticos, como o princípio da publicidade e a garantia do contraditório, tal como colocado por Odete Medauar.

Desse modo, a ausência de fundamentação ou a utilização de fundamentação genérica por parte da Administração Pública não pode ser vista como conduta idônea e apta a conferir validade ao ato administrativo, devendo tal postura ser abandonada. Acontece que a fundamentação, por si só, não confere legitimidade à decisão, na medida em que uma adequada fundamentação depende dos pressupostos que a sustentam:

Assim, nessa seara, tudo é uma questão de interpretação, mas não de qualquer interpretação. A interpretação será válida se realizada de acordo com a Constituição, aferição que exige uma reflexão acerca dos paradigmas subjacentes à própria decisão jurisdicional, ou seja, das pré-compreensões do intérprete acerca do seu sentido de Constituição. Isso porque um texto jurídico é interpretado segundo a antecipação de sentido que o intérprete tem da própria Constituição, e não de forma supostamente neutra ou isolada (COURA; AZEVEDO, 2010, p. 5870).

A discricionariedade deve ser abandonada, ainda que isso não signifique o fim da indeterminação do Direito ou o retorno da subsunção, cabendo ao aplicador da norma a busca de uma legitimidade que não se limite na autoridade jurídica de quem profere a decisão. O Estado Democrático de Direito deve ter, na fundamentação, o centro para o adequado exercício de poder e, como será demonstrado adiante, o aplicador da norma não possui poder discricionário (conveniência e oportunidade ao decidir), mas um poder decisório que somente pode ter um resultado: o resultado que se mostre mais adequado ao caso concreto, construído

a partir de um sistema aberto de regras e princípios, que tem como premissa a Constituição e os direitos fundamentais. Esse é o fundamento de legitimidade, de modo que o magistrado ou o administrador deve ter a sensibilidade para perceber que nenhum dos seus atos é isolado no tempo, uma vez que deve analisar o passado e projetar a repercussão de cada ato no futuro.

Não obstante, como se verificou pela pesquisa empírica, a ausência de fundamentação e a utilização de fundamentação genérica ainda é uma realidade. Tal cenário se apresenta ainda mais complexo ao se analisar a estrutura e o funcionamento do Positivismo Jurídico, em razão da sua proposta de neutralidade enquanto ciência, da consequente separação entre interpretação e aplicação do Direito, além da multiplicidade de respostas corretas como premissa teórica.

2.3 A NEUTRALIDADE DO DIREITO E SUA (DES) NECESSÁRIA RELAÇÃO COM OUTRAS CIÊNCIAS

Eventos históricos como a Revolução Industrial e a Primeira Guerra Mundial são considerados marcos para o início do Estado Social, como o consequente crescimento social dos Estados, e a interpretação, vista até esse momento como atividade atribuída preponderantemente ao Poder Legislativo, foi incorporada como condição de possibilidade para a atuação dos magistrados (CAPPELLETTI, 1999, p. 41-43). Durante o mencionado período, houve um sensível distanciamento do Direito com a Moral e outros ramos científicos, em razão do movimento positivista em curso, tendo como referência, *v.g.*, autores como Hans Kelsen e Herbert Hart.

A obra *Teoria Pura do Direito*, escrita por Hans Kelsen, é bem designativa da ideia central divulgada nesse período. O título do livro evidencia preocupação do autor pela consolidação de uma ciência pura. Assim, Hans Kelsen solidifica a autonomia da ciência jurídica em relação a todas as demais ao partir do pressuposto de que esse conceito do Direito não busca estudar se determinada norma é certa ou errada, se é boa ou má; ao contrário, tem por finalidade estudar e identificar as normas válidas ou inválidas e o que é lícito ou ilícito. Essa ruptura do Direito constitui um dos pontos centrais sobre o qual Kelsen estabelece a sua teoria:

Quando a si própria se designa como “pura” Teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo que não se possa,

rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 2003, p. 1, grifo do autor).

A inexistência de tal vínculo apresenta-se evidente, em especial porque o autor defende a validade de um direito independentemente de qualquer mandamento de justiça ou de moral. Em outras palavras, a validade do Direito e o poder coercitivo do Estado dispõem de conteúdo estritamente jurídico, de modo que a Moral, a Sociologia e outras ciências não possuem condição de se relacionarem com essa ciência pura:

Quanto a Teoria Pura pretende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, por que intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto (KELSEN, 2003, p. 2).

Não existe, desse modo, qualquer vinculação (ou relação ou conexão) entre o Direito e a Moral, de modo que um sistema jurídico será definido por características limitadas pela Ciência (pura do) Direito. Nas palavras de Cunha (2008, p.281), essa pureza se localiza no âmbito da Ciência do Direito e “[...] consiste basicamente em excluir do seu campo de estudos tudo o aquilo que não se refira ao seu objeto, tudo aquilo que não seja possível de determinar-se como Direito e, em última análise, tudo aquilo que não possa se identificar com a norma jurídica [...]”. A relação entre o Direito e a Moral, de acordo com Kelsen, apresenta-se inviável, ou melhor, impraticável, uma vez que essa relação deveria se basear em uma moral absoluta, atemporal e válida para todos os casos, cenário inviável de ser alcançado:

A tese, rejeitada pela Teoria Pura do Direito, mas muito espalhada na jurisprudência¹⁹ tradicional, de que o Direito, segundo a sua própria essência, deve ser moral, de que uma ordem social imoral não é Direito, pressupõe, porém, uma moral absoluta, isto é, uma Moral válida em todos os tempos e em toda a parte. De outro modo ela não poderia alcançar o seu fim de impor a uma ordem social um critério de medida firme, independente de circunstâncias de tempo e de lugar, sobre o que é direito (justo) e o que é injusto (KELSEN, 2003, p. 78).

Fortifica-se a ideia da plenipotenciariade da regra, por ser identificada como fonte do Direito e verdadeiro pressuposto para o funcionamento do ordenamento jurídico, sem possibilidade de abertura aos princípios e à Moral (STRECK, 2012c, p. 59). Em outras palavras, a regra é qualificada como verdadeira condição para a legitimidade do Direito, apresentando-se como único caminho para a interpretação e a aplicação do Direito pelo Poder

¹⁹ O termo “jurisprudência” presente na citação de Kelsen não possui o mesmo sentido utilizado no Brasil, mas se refere ao que comumente é referenciado como “doutrina”, ou seja, as teorias responsáveis pelo estudo de determinado tema.

Judiciário, situação também verificada na atuação da Administração Pública. Fala-se, portanto, em uma concepção formal do Direito, desconectada da realidade social à qual a regra é dirigida:

O juspositivismo tem uma concepção formalista da ciência jurídica, visto que a interpretação dá absoluta prevalência às formas, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções lógicas que se possam fazer com base neles, com prejuízo da realidade social que se encontra por trás de tais formas, dos conflitos de interesse que o direito regula, e que deveriam (segundo os adversários do Positivismo Jurídico) guiar o jurista na sua atividade interpretativa (BOBBIO, 1997, p. 221).

No mesmo sentido é a teoria de Hart, como se observa na sua obra *O conceito de Direito*. Hart (2011, p. 332) é um convencionalista e, exatamente por causa dessa posição, o autor defende que o conteúdo do Direito pode ser identificado por referência às fontes formais e históricas do Direito como a lei, a decisão judicial, sem qualquer referência à Moral. Dentro dessa visão convencionalista, a força coercitiva do Estado só pode ser usada em face de um cidadão quando autorizada expressamente por alguma decisão política do passado (a convenção). É o consenso entre os juristas sobre a aceitação de um precedente que o torna vinculante e de incidência obrigatória no caso que se julga atualmente, não importando que esses juristas tenham divergências pessoais entre Moral e Política. Isso ocorre porque o consenso decorrente da convenção significa aceitar algo porque todos aceitam, sem qualquer fundamento substantivo (material ou moral) para isso.

Essa lógica foi apropriada pelo Direito Administrativo. Pouco ou quase nada se falava da influência da Moral nesse ramo do Direito²⁰ até o advento da Constituição Federal de 1988, que vinculou a atuação da Administração Pública ao princípio da moralidade. Mesmo após a publicação da Constituição Federal, a moralidade ainda é vista de forma cética, na medida em que pouco se debate a sua influência na interpretação e na aplicação do Direito Administrativo. De modo geral, vincula-se a moralidade à condição de validade do ato administrativo:

O ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: *non omne quod licet honestum est*. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo a

²⁰ Em regra, os livros de Direito Administrativo publicados até 1988 não tinham qualquer referência à Moral como princípio ou como condição para a atuação da Administração Pública. Como exemplo, cf. Cavalcanti (1938, p. 11-32), Campos (1958, p. 75-76) e Moreira Neto (1976, p. 73-86).

exigência das instituições a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum (MEIRELLES, 1991, p. 79).

Nesse contexto, a moral administrativa — específica para esses ramos de estudo — está vinculada às exigências da instituição e ao bem comum, constituindo verdadeiro pressuposto de validade do ato administrativo. Na sequência de estudo sobre o tema, Meirelles cita julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual, com “inegável acerto”, consigna que “[...] o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, mas também com a moral administrativa e com o interesse público” (MEIRELLES, 1991, p. 80-81). Ademais, em edição posterior de Meirelles (2006, p. 91), os atualizadores defenderam que a Lei nº 9.784, de 1999, no art. 2º, parágrafo único, inciso IV, positivou em seu corpo a moralidade administrativa em razão da necessidade de observar-se, nos processos administrativos, uma atuação de acordo com padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé. Celso Antônio Bandeira de Mello não destoa do entendimento apresentado, de modo que o autor distingue a moral comum (ou moral social) da moral administrativa, essa entendida como a moral comum que traz em si uma valoração a um bem juridicamente tutelado pela Administração Pública. O jurista, então, conclui que o princípio da moralidade consiste em “[...] um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria” (MELLO, 2014, p. 123).

Diogenes Gasparini (2005, p.10) caminha muito próximo de Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello, na medida em que o princípio da moralidade administrativa é extraído “[...] do conjunto de regras de conduta que regulam o agir da Administração Pública [...]”, de modo a vincular a validade do ato administrativo não só com base na legalidade, mas de uma legalidade que tem por base um agir moral do administrador, fundamentado na busca do interesse público. Mais uma vez está presente a relação entre princípio da moralidade e legalidade, relação essa que é ainda mais densa e nítida nas palavras de Carvalho Filho (2016, p.22):

Embora o conteúdo da moralidade seja diverso do da legalidade, o fato é que aquele está normalmente associado a este. Em algumas ocasiões, a imoralidade consistirá em a ofensa direta à lei e aí violará, *ipso facto*, o princípio da legalidade. Em outras, residirá no tratamento discriminatório, positivo ou negativo, dispensado ao administrado; nesse caso, vulnerado estará também o princípio da impessoalidade, requisito, em última análise, da legalidade da conduta administrativa.

Como se observa, os autores pouco falam sobre uma efetiva influência da moralidade no Direito Administrativo para além de umas breves linhas, muitas vezes confundindo legalidade com moralidade ou mesmo restringindo a moralidade à condição de validade do ato administrativo. É como se a moralidade fosse um mero adorno sem real condição de impregnar o Direito Administrativo como um todo. A ideia de moralidade deve ser trabalhada de forma mais ampla, como condição para a correta interpretação e aplicação do Direito Administrativo. Autores como Hans Kelsen e Herbert Hart trouxeram novas propostas metodológicas que ainda hoje influenciam a aplicação do Direito, como o próprio Direito Administrativo, mas que nem sempre se mostram como paradigmas de referência, adequados ao Estado Democrático de Direito. A superação da pureza metodológica, proposta pelos autores, deve ser necessariamente superada, em especial em um mundo plural e que cada vez mais reclama uma postura dos intérpretes que não se esgote na plenipotenciabilidade da norma. Nesse contexto, o Direito não mais pode ser visto como uma ciência suficiente em si mesma, devendo dialogar com outros ramos, como a Ética, a Moral, a Sociologia e a Filosofia.

A crítica ao tema e uma proposta alternativa será feita a seguir, contudo faz-se necessário registrar que Ronald Dworkin dá um importante passo, para além da pretensão de uma pureza metodológica, ao buscar na Moral e na Ética a legitimidade para a construção do seu conceito de Direito. Em razão dessa alteração paradigmática, Ronald Dworkin constrói a cientificidade de sua teoria com uma base substantiva. Dworkin (2012, p. 414) defende a existência de uma relação direta entre Direito e Moral, ou melhor, em uma relação fundada em uma “estrutura em árvore” (*tree structure*): o Direito se apresenta como um ramo da Moral política e a Moral política se apresenta como um ramo de um tronco ainda maior, qual seja, Moral. Enquanto no Positivismo Jurídico a inexistência do diálogo com a Moral constitui requisito para a sua aplicação, Ronald Dworkin constrói a sua teoria de modo que a relação entre Direito e Moral seja condição de possibilidade para a correta aplicação das normas. Essa importante mudança paradigmática reclama o reconhecimento da limitação do Positivismo Jurídico e da necessidade de buscar uma nova luz para nortear as futuras decisões.

A teoria do Direito e a fundamentação dela decorrente não pode ser destituída de um fundo substancial (valorativo e moral), devendo estar presente em todo ato proferido pelo Estado e se apresentar racionalmente construída em qualquer ato administrativo, seja no ato vinculado, seja no ato discricionário. Essa distinção, tão relevante em terras brasileiras, deve ser

abandonada, na medida em que só reproduz uma equivocada compreensão do Direito tão difundida pelo Positivismo Jurídico: a diferença entre caso fácil e caso difícil.

2.4 DISTINÇÃO ENTRE TEXTO, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO PARA ALÉM DA JURISDIÇÃO: A FALSA SEPARAÇÃO ENTRE CASO FÁCIL (*EASY CASE*) E CASO DIFÍCIL (*HARD CASE*) TAMBÉM PRESENTE NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Uma das características do Positivismo Jurídico consiste na separação entre interpretação e aplicação do Direito, representada pela separação dos discursos de justificação e dos discursos de aplicação. Essa separação possui algumas consequências no âmbito do positivismo, em especial pela diferenciação teórica de caso fácil e de caso difícil, situação que também está presente no Direito Administrativo por meio da classificação do poder do administrador em poder vinculado e poder discricionário. Essa problemática parte da relação entre texto, norma e aplicação do Direito. No Positivismo Jurídico, os métodos interpretativos, como a interpretação sistêmica, teleológica e histórica, concediam ao juiz uma multiplicidade discricionária interpretativa, desde que todos estivessem dentro da moldura proposta por Kelsen:

Explica-se, assim, por exemplo, tanto a tentativa de Hans Kelsen de limitar a interpretação da lei através de uma ciência do Direito encarregada de delinear o quadro das leituras possíveis para a escolha discricionária da autoridade aplicadora, quanto o decisionismo em que o mesmo recai quando da segunda edição de sua Teoria Pura do Direito (CARVALHO NETTO, 1999, p. 481).

A superação do Positivismo Jurídico, portanto, não só se faz necessária, mas se revela como a única saída para superação da relação sujeito-objeto. A busca de diferentes resultados interpretativos a partir da regra prevista legalmente só é possível a partir da cisão entre texto e norma, como se a linguagem estivesse à disposição do intérprete. A linguagem não se coloca entre o sujeito e o objeto. Ao contrário, é o sujeito que depende da linguagem, ou seja, a linguagem é constitutiva do sujeito e é o limite do seu mundo (STRECK, 2009, p. 224-225). Também não se pode equiparar texto à norma, já que a norma é o resultado da interpretação do texto. Não são dois eventos isolados (a existência do texto e o resultado da sua interpretação), de modo que o texto só existe na norma, na medida em que, ao ler um texto, o intérprete já trabalha com a norma em razão da sua relação com o mundo, a partir do seu paradigma. A historicidade do ser se projeta sobre o texto, o qual já nasce como norma.

Como demonstrado, esse não é o entendimento do Positivismo Jurídico e, muito menos, do Direito Administrativo brasileiro. Ao separar texto e norma, de modo a também separar aplicação de interpretação, ganha relevo a distinção entre caso fácil e caso difícil e, no âmbito do Direito Administrativo, a distinção entre poder vinculado e poder discricionário. A linha divisória entre poder vinculado e poder discricionário consiste, no entender de Mello (2014, p. 434), na existência (ou não) da subjetividade na atuação da Administração Pública, ou melhor, no grau de liberdade que o administrador possui na hora de se confeccionar o ato administrativo. Desse modo, Mello (2014, p. 434) qualifica como ato vinculado aquele que possui prévia e objetiva tipificação legal do único comportamento admitido pela Administração Pública. Existe, portanto, uma “objetividade absoluta”, já que o administrador não age com qualquer margem de apreciação subjetiva. Existe apenas o trabalho de subsunção do fato às taxativas previsões legais, em muito se aproximando da Escola da Exegese.

No mesmo sentido, Gasparini (2005, p. 79 e 94) pontua que os atos vinculados são aqueles em que a lei prescreve se, como e quando a Administração Pública deve agir, retirando qualquer margem de subjetividade por parte do administrador. O seu agir é vinculado, devendo executar o ato ou outorgar uma licença se todos os requisitos legais forem preenchidos. Esses atos decorrem do legítimo exercício do poder vinculado, que é aquele que descreve de forma pormenorizada todos os elementos constitutivos do ato administrativo. Ao aprofundar a análise do tema, Carvalho Filho (2016, p. 130) afirma que o ato vinculado é desprovido de mérito administrativo, uma vez que o motivo e o objeto estão limitados pela lei, impedindo qualquer margem de conveniência e oportunidade da conduta administrativa. Em outras palavras, “[...] como o sentido de mérito administrativo importa essa valoração, outra não pode ser a conclusão senão a de que tal figura só pode estar presente nos atos discricionários” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 130).

A *contrario sensu*, os atos discricionários, portanto, não possuem o motivo e o objeto constituídos pelo legislador, de modo a gerar ao administrador conveniência e oportunidade na realização desses elementos do ato administrativo. O mérito administrativo, portanto, consiste na base de funcionamento do ato administrativo discricionário:

Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato entendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada (MELLO, 2014, p. 983).

Mello (2014, p. 979) defende que não existe ato plenamente discricionário, argumentando que o administrador sempre estará, de algum modo, limitado pela legislação. Não obstante, o próprio autor conceitua a discricionariedade como a esfera relativa de liberdade administrativa quando não se pode extrair objetivamente uma solução para a situação apresentada ao administrador:

Discricionariedade é a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente (MELLO, 2014, p. 990, grifo do autor).

Na mesma linha de pensamento, Gasparini (2005, p. 79 e 95) declara que atos discricionários são praticados pela Administração Pública após uma avaliação subjetiva pelo administrador, já que a lei não prescreve um comportamento específico a ser executado pelo agente público. Diante da multiplicidade de condutas aceitáveis, surge o poder discricionário em escolher, mediante conveniência e oportunidade, a decisão que o administrador entende como mais adequada, dentro do seu juízo subjetivo:

A oportunidade diz respeito com o momento da prática do ato. O ato é oportuno ao interesse público agora ou mais tarde? A conveniência refere-se à utilidade do ato. O ato é bom ou ruim, interessa ou não, satisfaz ou não o interesse público? A oportunidade e conveniência compõe o chamado mérito. Mérito é [...] a zona franca em que a vontade do agente decide sobre as soluções mais adequadas ao interesse público; é a sede do poder discricionário do administrador, que se orienta por critérios de utilidade (GASPARINI, 2005, p. 95).

Por outro lado, Justen Filho tenta se afastar da proposta teórica dos autores referidos. Ao citar diretamente a teoria de Hart, o autor justifica a existência da textura aberta da linguagem nos textos legais, geradora das características de incerteza e indeterminação, contudo, diferentemente do convencionalismo norte-americano, o autor argumenta que essa textura aberta da linguagem não é geradora de discricionariedade:

Existem pelo menos três técnicas pelas quais a lei transfere uma margem de autonomia para determinar a solução cabível para o caso concreto, sem que isso produza o surgimento da discricionariedade. Essas três técnicas envolvem a utilização de conceitos técnicos-científicos, conceitos indeterminados e conceitos valorativos (JUSTEN FILHO, 2014, p. 256-257).

No entender de Justen Filho (2014, p. 257-260), o fio condutor dessas três técnicas anteriormente mencionadas tem por base o fato de que existirá uma “[...] delimitação inafastável da margem de escolha do administrador [...]”, de modo que essa autonomia não

será fundamentada em aspectos de natureza subjetiva. Pelo contrário, “[...] o aplicador deverá escolher uma dentre as alternativas prestigiadas pelo conhecimento científico, além de indicar os fundamentos pelos quais a escolheu” (JUSTEN FILHO, 2014, P. 257-260), traduzindo, tal situação em não utilização de poder discricionário por se fundarem as justificativas em verdadeiras razões objetivas. Acontece que o poder de escolha de uma das respostas corretas, dentre várias possíveis, válidas e legítimas, consiste exatamente no cerne da discricionariedade, tal como demonstrado a partir da teoria de Hans Kelsen. Em Herbert Hart, como se analisará a seguir, ainda nesta seção, é exatamente a existência da textura aberta o fundamento e a condição de possibilidade para o exercício da discricionariedade.

Note-se que Justen Filho (2014, p.254) diferencia discricionariedade de interpretação do Direito, de modo que a “[...] discricionariedade não se confunde com a atividade de interpretação da lei, ainda que ambas as figuras possam refletir uma margem de criatividade do sujeito encarregado de promover a aplicação do Direito [...]”. Existe, aqui, uma característica importante do Positivismo Jurídico que foi antes tratada, qual seja, a cisão entre interpretação e aplicação da norma, como se tais fenômenos ocorressem em momentos distintos. Em outras palavras, Justen Filho tenta abrir mão da discricionariedade nos casos, por exemplo, de conceitos indeterminados, mas sem abandonar a base que sustenta o próprio funcionamento do Positivismo Jurídico: a liberdade de escolhas propiciada pela lei ao aplicador da norma a partir da separação entre interpretação e aplicação da norma.

Apesar de pequenas distinções conceituais, observa-se, portanto, a nítida existência de duas formas de teorização do ato administrativo, o qual é classificado quanto ao critério da liberdade de escolha em ato vinculado ou ato discricionário. O ato vinculado consiste na exata contextualização do chamado caso fácil, com resposta prévia e dada no ordenamento jurídico ou na convenção, resolvido pela subsunção da regra ao caso concreto. O ato discricionário se aproxima da ideia de caso difícil, no qual a resposta não está pronta e necessita de uma atividade cognitiva do administrador. Essa classificação, na verdade, encobre um problema ainda mais grave. Ao construir essa distinção, acredita-se que o ato vinculado prescinde de atividade interpretativa, já que a lei é suficiente em si mesma, pois a atividade interpretativa somente incidiria no ato discricionário em razão do reconhecimento da incompletude da lei. Acontece que é impossível conceber a atuação administrativa, em qualquer caso, sem que a interpretação esteja presente:

Não existe agir administrativo sem concomitante interpretação da legislação vigente e aplicável e não é possível que a Administração Pública exerça sua atividade sem simultânea interpretação da legislação vigente.

Essa assertiva impõe o necessário reconhecimento da defasagem em ainda se impor distinção entre ato discricionário e vinculado, uma vez que não há ato administrativo que dispense o elemento interpretativo (ABBOUD, 2014, p. 172).

Isso ocorre porque a hermenêutica não é uma técnica interpretativa à disposição do aplicador da norma, a fim de identificar as possíveis interpretações adequadas. Ao contrário, a hermenêutica constitui condição de possibilidade do homem no mundo, o qual é constituído pela linguagem (GADAMER, 2005, p. 428). Não há conhecimento sem a linguagem. Por isso, a interpretação constitui condição de possibilidade para a confecção de qualquer ato administrativo. Assim, Gadamer (2005, p. 446-447) sustenta que o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso concreto não são atos separados, mas um processo unitário, que ocorre simultaneamente. O intérprete, ao interpretar, já está aplicando a norma.²¹

Faz-se necessário ressaltar que esse ponto de partida para o estudo do ato administrativo, ao distingui-lo entre ato discricionário e ato vinculado, consiste em uma das fortes influências do Positivismo Jurídico e está presente, inclusive, em outras teorias, como a de Robert Alexy. As teorias argumentativas²², inclusive a de Alexy, distinguem regras e princípios como decorrência lógica da distinção entre casos fáceis e casos difíceis. Ao trabalhar o tema, Alexy (2008, p. 89-90) critica a diferenciação que outros teóricos fazem de princípios e regras. Esses teóricos entendem que as regras são específicas para determinados casos e direcionadas para certas situações em específico. Já os princípios e os direitos fundamentais trazem consigo um alto grau de generalidade e aplicabilidade, regendo praticamente todo o Direito positivo, inclusive no que se refere ao preenchimento de lacunas.

Pontua Alexy (2008, p. 90) que a real diferença entre os institutos não está no seu grau de generalidade ou aplicabilidade, mas sim nas suas respectivas qualidades. Por um lado, a qualidade dos princípios (e dos direitos fundamentais) está relacionada à sua possibilidade de

²¹ O estudo do tema será aprofundado no início da próxima seção.

²² “Dworkin não faz a cisão entre interpretar e aplicar; tampouco admite dedutivismos; em função disso, não se pode colocá-lo na mesma seara, por exemplo, dos adeptos das teorias da argumentação, ainda que aproveitem dessa cisão de outro modo; mais ainda, o texto de Dworkin — “The model of the rules” — é de 1967 e deve ser lido no contexto da crítica que faz ao modelo de regras de Hart. Desse modo, antes de sustentar uma distinção lógica entre regras e princípios (em que regra se definiria no ‘tudo ou nada’) com base em Dworkin, é necessário ter presente que a tese dworkiniana deve ser entendida nessa superação da discricionariedade positivista justamente através dos princípios” (STRECK, 2014, p. 80, grifo do autor).

aplicação em determinado caso. O princípio não é uma fonte ou um limite em si mesmo, mas um mandado de otimização, devendo ser realizado na maior medida possível (conforme possibilidades jurídicas e fáticas) e sua incidência deve ser orientada por premissas norteadoras de um caso concreto. Por outro lado, consoante Alexy (2008, p. 92-93), a qualidade das regras, desde que sejam regras válidas, está relacionada à obrigatoriedade de seu cumprimento dentro do ordenamento jurídico (mandados definitivos). Em razão de elas determinarem certa conduta no mundo fático, não pode o agente tentar se escusar de sua aplicação. Nesse contexto, uma regra não deve ser avaliada quanto à sua extensão, devendo ser cumprida tal como prevista na lei.

Ainda sobre o tema, em decorrência dessa cisão entre caso fácil e caso difícil, a aplicação das regras se daria por meio da dedução/subsunção, ao passo que a aplicação dos princípios colidentes ocorreria por ponderação (proporcionalidade). Como só é possível a existência de uma regra válida no ordenamento jurídico, a resposta se mostra simples e até óbvia, ao passo que a resolução de dois princípios colidentes demanda uma resposta que não está pronta, necessitando de uma atividade cognitiva do aplicador das normas, tornando o caso difícil. Essa distinção, como será corroborada a seguir, mostra-se falha. Streck (2014) aponta uma inicial — mas relevante — diferença entre regra e princípio a partir da diferença entre caso fácil e caso difícil:

Em síntese, a diferença entre regra e princípio significa apenas que, nos *easy cases* (utilizando, aqui, argumentativamente, a distinção que a teoria da argumentação faz), a regra apenas encobre o princípio, porque consegue se dar no nível da pura objetivação. Havendo, entretanto, insuficiência da objetivação (relação causal-explicativa) proporcionada pela interpretação da regra, surge a necessidade de uso de princípios (STRECK, 2014, p. 77).

É importante ressaltar que a distinção entre regras e princípios deve ser analisada a partir de uma matriz hermenêutica, na qual se encontra superada a ideia de que as regras são regidas por uma ideia neutra de subsunção do fato à norma. Mesmo as regras devem trazer em si valores e princípios que serão utilizados com a finalidade de evitar uma interpretação alienada da regra (STRECK, 2014, p. 78).

O pós-Positivismo Jurídico, portanto, não abandona o uso das regras, as quais ainda são necessárias para o funcionamento do ordenamento jurídico. As falências da Escola da Exegese e do Positivismo Jurídico não são consequência da existência das regras, mas pelo seu mau uso a partir de uma base teórica que não se mostrou adequada. Por isso, é necessária

uma nova forma de leitura das regras, que representa condição para a sua correta interpretação-aplicação, a partir de uma ligação hermenêutica entre regras e princípios:

A diferença é que sempre há uma ligação entre regra e princípio. Não fosse assim e não se poderia afirmar que atrás de cada regra há um princípio instituidor. Esse princípio, que denomino “instituidor”, na verdade, constitui o sentido da regra na situação hermenêutica gestada pelo Estado Democrático de Direito. Essa é a especificidade; não é um princípio geral do direito, um princípio bíblico, um princípio (meramente) político (STRECK, 2014, 78-79).

O superar da relação sujeito-objeto torna impossível cindir aplicação e interpretação, de forma que a interpretação das regras sempre deve levar em conta o seu princípio instituidor (fundamentador). Em outras palavras, não existe regra sem um princípio instituidor responsável para a sua correta interpretação-aplicação, sendo impossível resolver um caso concreto, mesmo na hipótese da regra existente, com base na simples subsunção ou dedução.

Assim, mostra-se infundada a distinção entre casos fáceis e casos difíceis ou entre ato administrativo vinculado e ato administrativo discricionário. Tal como coloca Ronald Dworkin, não são os casos que são fáceis ou o ato que possui todos seus elementos vinculados, mas as perguntas feitas que possuem respostas evidentes. Não existe uma teoria para casos fáceis e outra teoria para casos difíceis:

Isso é um pseudoproblema. Hércules não precisa de um método para os casos difíceis e outro para os fáceis. Seu método aplica-se igualmente bem a casos fáceis; uma vez, porém, que as respostas às perguntas que coloca são então evidentes, ou pelo menos parecem sê-lo, não sabemos absolutamente se há alguma teoria em operação. (DWORKIN, 2007, p. 423).

Dworkin alerta que alguns casos são somente aparentemente fáceis, sendo que essa facilidade é somente aparente em razão de a suposta decisão fácil não se manter diante de seu princípio instituidor. O Positivismo Jurídico não consegue resolver tais situações por, em tese, a resposta estar pré-concebida no ordenamento jurídico. Como exemplo dessa situação, Dworkin (2007, p. 20-23) trata do caso *Elmer*, ocorrido em Nova York. Elmer receberia generosa herança via testamento e havia sério risco de alteração do seu direito em razão do novo casamento do seu avô, de modo a deixá-lo sem nada. Diante do risco de perder a herança por causa da modificação das regras constantes do testamento até então existente, Elmer assassinou o seu avô. O crime foi descoberto, Elmer condenado e o mesmo cumpriu alguns anos de prisão. Após, houve a abertura da sucessão dos bens e, em razão do testamento, Elmer seria o legítimo herdeiro de todos os bens. As duas filhas do testador, via processo próprio, impugnam o testamento a fim de receberem a herança. Argumentavam

que, por ter matado o testador, Elmer não teria direito aos bens, mas a lei de sucessões de Nova York não trazia qualquer regra que impossibilitasse Elmer de receber a herança; assim, o advogado de Elmer argumentou que o seu cliente não havia violado qualquer cláusula legal.

Os magistrados do Tribunal de Nova York concordaram, à unanimidade, que suas decisões deveriam ser tomadas de acordo com o Direito; divergiam, no entanto, quanto à solução do caso concreto, de como a legislação deveria ser interpretada. Trata-se de uma controvérsia, portanto, relativa ao conceito de Direito adotada pelos juízes. A questão aparenta ser um caso fácil, pois a lei não coloca esse tipo de exceção ao herdeiro, motivo pelo qual o assassino poderia legalmente herdar. Esses foram os termos do voto do juiz Gray (voto vencido), que defendia uma “interpretação literal” do dispositivo legal, pois o significado do texto deveria ser compreendido sem considerar o histórico do seu uso, sem considerar as peculiaridades do caso concreto e sem considerar as intenções do autor que criou a norma. Sem contar que, se Elmer perdesse a herança por ser um assassino, estaria sofrendo outra punição para além do que estava previsto na legislação. Essa punição seria criada pelo Poder Judiciário e de forma retroativa para um momento em que ela não existia. O voto do juiz Gray foi favorável a Elmer (DWORKIN, 2007, p. 22-23).

Em tese, não existe obscuridade no caso, a não ser pelo fato de que se trata de um argumento forte a ideia de que o neto não herde os bens do testador. Nas palavras de Dworkin (2007, p. 420), “[...] é apenas porque nós achamos que o argumento em favor da exclusão dos assassinos de uma lei geral de testamentos é um argumento forte, sancionado por princípios respeitados em outras partes do mundo, que a consideramos obscura nesse aspecto”. O voto vencedor, proferido pelo Juiz Earl, focou em dois argumentos que estariam interligados. No primeiro argumento, o Juiz Earl buscou as intenções do legislador para concluir que seria absurdo imaginar que os legisladores do Estado de Nova York — que originalmente aprovaram a lei sucessória — pretendessem que os assassinos pudessem herdar, tendo como princípio para tal tomada de decisão a ideia de que “[...] uma lei não pode ter nenhuma consequência que os legisladores teriam rejeitado se nela tivessem pensado” (DWORKIN, 2007, p. 24). No segundo argumento, o Juiz Earl consignou que os legisladores possuiriam uma intenção de respeitar princípios de justiça (salvo se expressamente legislassem em contrário) e, para o caso que era julgado, o princípio de que ninguém poderia se beneficiar do seu próprio erro era integrante do sistema no qual os legisladores estavam inseridos, de modo a concluir pela impossibilidade de o autor do crime receber a herança.

Dworkin (2007, p. 25) coloca que a melhor leitura do voto do Juiz Earl não parte do pressuposto de que a finalidade do magistrado foi adaptar a lei, tendo como referência as intenções do legislador ou princípios de justiça. Nesse contexto e dentro de uma perspectiva que abre o Direito para além das regras, deve-se considerar como princípio fundamentador do caso, presente na história das instituições, a ideia de que ninguém deve se beneficiar do seu próprio erro, tal como exposto no parágrafo anterior, de modo a superar o problema da retroatividade da punição de Elmer pelo Tribunal (já que o Direito seria formado não só por regras, mas também por princípios). Nessa leitura do voto do Juiz Earl, mantém-se a integridade do Direito se a leitura do dispositivo legal for norteadada pelo mencionado princípio:

Eis aqui, pois, a diferença entre uma análise linear, rasa, como se a linguagem não tivesse uma dupla estrutura, e uma análise elaborada a partir dessa “demanda significativa” decorrente de um choque hermenêutico entre o standard ôntico-causal e a complexidade compreensivo-ontológica. Não se interpreta somente textos, porque no aparecer positivado já se esconde o elemento estruturante da compreensão, o que somente nos é proporcionado pelos nossos pré-juízos verdadeiros (STRECK, 2014, p. 85).

Trata-se, no contexto da proposta de Dworkin, de um argumento de princípio que poderá servir de base para situações posteriores. Em uma perspectiva positivista, a única solução seria compreender a tomada de decisão como um *hard case* e esse novo precedente se juntaria ao conjunto das decisões, reestruturando a moldura ou ampliando as convenções, a fim de servir de base para os futuros casos similares, tornando-os *easy cases*. Mas o primeiro reconhecimento de um caso como *hard case* traz os já conhecidos problemas da retroatividade da decisão e a utilização de padrões extrajurídicos.

Essa perspectiva positivista também está presente no Direito Administrativo, em relação ao ato vinculado. Por exemplo, o ato que concede a pensão de servidor público que vem a óbito consiste em ato vinculado, uma vez que preenchidos os requisitos legais a pensão deve ser concedida. Até o reconhecimento da constitucionalidade da união estável homoafetiva como família pelo Supremo Tribunal Federal²³, por tal situação não estar contemplada na Lei nº 8.112 (BRASIL, 1990), a Administração Pública não concedia a pensão ao companheiro homoafetivo do servidor público, em razão do não cumprimento dos requisitos legais.

²³ Sobre o tema, cf. a ADI 4277, julgada em 05/05/2011, Rel. Min. Ayres Britto.

A questão também se aparenta como um caso fácil, pois a lei não abre esse tipo de possibilidade ao companheiro homoafetivo, motivo pelo qual ele não poderia receber a pensão. Não existe, portanto, obscuridade no caso. A par dos limites e das possibilidades do princípio da legalidade, o qual será abordado adiante, deve-se considerar como princípio fundamentador do regramento relativo à pensão por morte, presente na história das instituições, a proteção da família em todas as suas nuances, já que a família é erigida constitucionalmente como base do Estado. Essa premissa, construída historicamente no âmbito do Direito como integridade, supera o problema da regra como limite do sistema jurídico para a aplicação do Direito. No Positivismo Jurídico, a única saída seria reconhecer a insuficiência do Direito e compreender tal julgamento como um *hard case*, o qual serviria como precedente para as futuras tomadas de decisão.

As interpretações, portanto, nada mais são do que fruto de outras interpretações, ou melhor, nada mais são do que fruto do paradigma no qual o aplicador do Direito está inserido, na medida em que ele está condicionando pelo mundo do qual faz parte. A resposta, seja no caso *Elmer*, seja na hipótese do reconhecimento da união estável homoafetiva como casamento, dependerá do conceito de Direito que fundamenta a tomada de decisão. Isso é o que Kuhn (2001, p. 219) chama de caráter circular do paradigma, o qual é constituído não somente por aquilo que os membros de uma comunidade partilham (aspecto objetivo), mas, também, pelo conjunto de pessoas que partilham esse mundo pré-fabricado (aspecto subjetivo).

A possibilidade de conflito de paradigmas é algo natural nesse sistema. Afinal, se sempre as respostas fáceis fossem resolvidas praticamente pela subsunção, outra não seria a resposta cabível no exemplo narrado por Dworkin do que a possibilidade de o assassino receber a herança. De igual modo, outra não seria a resposta cabível no exemplo do Direito Administrativo do que a negativa da concessão da pensão por morte ao companheiro homoafetivo. É nesse contexto que se mostra equivocado falar em dois mundos, o mundo das regras e o mundo dos princípios, já que regras e princípios devem dialogar, a todo o momento, para que seja possível manter a integridade do sistema jurídico.

A diferença entre regras e princípios, diferente do que defende Robert Alexy, não é qualitativa (não existem dois mundos distintos, cada um com sua própria estrutura e pouco comunicáveis entre si), pois a regra não existe sem um princípio, sem um fundamento valorativo. Ao contrário, é o diálogo entre a regra e o princípio que proporcionará a adequada e a correta aplicação da regra no caso concreto. Por isso, mostra-se infundada a distinção entre casos

fáceis e casos difíceis ou entre ato administrativo vinculado e ato administrativo discricionário. As respostas “fáceis” e as respostas “difíceis” possuem a mesma estrutura interpretativa. O fato de as respostas serem evidentes na grande maioria dos casos a que são apresentadas, não quer dizer que não exista uma teoria subjacente à construção daquela decisão que não se esgote na subsunção decorrente do Positivismo Jurídico ou mesmo que não compreenda o Direito como uma área com liberdade de escolhas para o aplicador da norma.

2.5 A INEXISTÊNCIA DAS RESPOSTAS CORRETAS SOBRE A UTILIZAÇÃO DE PADRÕES EXTRAJURÍDICOS NOS CASOS DIFÍCEIS E O PODER DE CRIAÇÃO DO DIREITO

Como exposto ao longo desta seção, o positivismo kelseniano defende um poder discricionário em duas situações distintas. Primeiro, na escolha da interpretação presente dentro da moldura pelo magistrado; segundo, no poder de tomada de decisão fora da moldura, como consta da terceira edição da Teoria Pura do Direito. Para Kelsen (2003), a interpretação como ato de vontade, entendida como aquela proferida exclusivamente pelo detentor do poder decisório, é sempre criadora do Direito, regulando não só para aquele caso concreto, mas também de modo a utilizar esse precedente para as futuras decisões:

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assume a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem o caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto, mas para todos os iguais. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito, é a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando crie Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção (KELSEN, 2003, p. 394).

A decisão não tem mero caráter declaratório, de modo que os tribunais não possuem uma tarefa de descoberta do Direito. A decisão judicial possui verdadeira função normativa, sendo qualificada por Kelsen (2003, p. 265) como “[...] a continuação do processo de criação jurídica [...]”, iniciada no parlamento. Esse poder criativo do Direito é potencializado quando o juiz pode decidir sem que haja uma moldura previamente estabelecida, como no caso das lacunas do Direito, constituindo esse um terceiro caso de utilização do poder discricionário pelo magistrado. Ao criar o Direito para aquele caso concreto, a decisão do Tribunal acaba por retroagir e regular uma situação para a qual inicialmente não existia uma regra. Kelsen, apesar de criticar a existência real de lacunas no Direito, aceita esse cenário e não verifica em

tal situação teórica um *deficit* de legitimidade, inclusive com a possibilidade de condenação por um ilícito civil sem que a norma jurídica geral positiva existisse:

Neste ponto, importa observar que, quando a norma jurídica individual, a criar pelos tribunais, não está por forma alguma predeterminada numa norma geral positiva, essa norma jurídica individual é posta com eficácia retroativa. Uma norma jurídica tem força retroativa quando o fato a que liga uma consequência do ilícito não foi realizado somente após a sua entrada em vigor, mas já antes e, portanto, no momento da sua realização não era ainda um ato ilícito, mas apenas posteriormente foi transformado em tal por esta norma jurídica. Isto é exato quando o tribunal aplica ao caso que tem perante si uma norma jurídica individual, somente por ele criada, cujo conteúdo não está predeterminado, em qualquer norma jurídica geral positiva, quando esta norma jurídica individual liga uma consequência do ilícito a uma conduta do demandado ou acusado, que, no momento em que teve lugar, não era ainda um ato ilícito, mas só foi tornado através desta norma jurídica individual da decisão do juiz (KELSEN, 2003, p. 272-273).

À luz do Positivismo Jurídico (que é regido exclusivamente por regras), ou elas se apresentam suficientes para determinado caso ou a resposta consiste na criação do Direito pelo magistrado, retroagindo a sanção à data do fato, mesmo que inexistisse norma geral positiva para subsidiar a tomada de decisão. Essa é a conclusão — o reconhecimento da lacuna — quando a aplicação do Direito positivo produz um resultado insatisfatório:

O legislador pode ser levado a utilizar esta ficção pela ideia de que a aplicação da norma geral por ele estabelecida possa conduzir a um resultado insatisfatório em certas circunstâncias por ele não previstas nem previsíveis e de que, por isso, é aconselhável conferir poder ao tribunal para, em tais casos, em vez das normas gerais que predeterminam o conteúdo da sua decisão, fixar o próprio tribunal uma norma jurídica individual, por ele criada, adaptada às circunstâncias pelo legislador não previstas (KELSEN, 2003, p. 275).

A decisão sem a existência de uma moldura, ou melhor, sem uma norma jurídica geral positiva, importa decisão fora dos limites do Direito, de modo a utilizar padrões extrajurídicos na tomada de decisão. As regras são o natural limite do Positivismo Jurídico e, ao se esgotarem — algo inevitável em razão da multiplicidade e da irrepetibilidade dos casos concretos —, os juízes passam a ter uma verdadeira atividade legislativa para tomarem a decisão que bem entenderem.

Na tradição norte-americana, o convencionalismo não foge da problemática apresentada, a qual está centrada na relação entre a textura aberta do Direito e o poder discricionário do aplicador da norma. Esse conceito de Direito compreende que a força do precedente, por si só, incide no presente em razão da força das convenções do passado:

A força coletiva só deve ser usada contra o indivíduo quando alguma decisão política do passado (a convenção) assim o autorizou explicitamente, de tal modo que

advogados e juízes competentes estarão todos de acordo sobre qual foi a decisão, não importam quais sejam suas divergências em moral e política (DWORKIN, 2007, p. 141).

Por isso, Hart fundamenta-se na distinção entre caso fácil e caso difícil. Os casos fáceis (ou simples) são aqueles em que as determinações gerais são claramente aplicáveis por se inserirem nos contextos das convenções previamente estabelecidas, seja pela legislação, seja pelos precedentes:

Os casos simples em que os termos gerais parecem não necessitar de interpretação e em que o reconhecimento dos casos de aplicação parece não ser problemático ou ser “automático” são apenas os casos familiares que estão constantemente a surgir em contextos similares, em que há acordo geral nas decisões quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios (HART, 2011, p. 139).

A subsunção e a extração de uma conclusão silogística constituem o cerne do raciocínio para direcionar a resolução do caso concreto nos casos fáceis. Desse modo, “[...] qualquer consenso alcançado pelos juristas sobre a legislação e o precedente deve ser visto como uma questão de convenção” (DWORKIN, 2007, p.164) e, portanto, como uma questão vinculante para os seus pares, contudo, mesmo os casos supostamente fáceis podem mostrar-se verdadeiramente complexos, em razão da dúvida que pode gerar a aplicabilidade de convenções previamente estabelecidas.

Hart (2011, p. 138-139) exemplifica a situação narrada no parágrafo anterior a partir do caso de regras de cortesia, na qual um pai comunica ao filho que todos os homens devem tirar o chapéu ao entrar numa igreja. O pai é considerado, para todos os fins, a autoridade cujas determinações o filho vai acompanhar. Mesmo que haja essa regra geral previamente estabelecida e mesmo que o filho seja instruído a imitar a atuação do pai, diversos questionamentos podem seguir. Até que ponto a conduta deve ser imitada? Tem importância utilizar a mão esquerda ou a mão direita? A conduta deve ser feita rapidamente ou mais devagar? É possível usar o chapéu dentro da igreja após fazer esse procedimento? O que, na conduta do pai, deve sempre a criança seguir e o que ela pode optar por abandonar?

Seja um precedente, seja uma legislação, apesar de regularem a grande parte dos casos concretos, necessariamente as convenções apresentar-se-ão como indeterminadas em certo ponto, uma vez que possuem o que Hart (2011, p. 141) chama de “textura aberta”. Essa textura aberta consiste em um aspecto geral da linguagem humana, vista, ainda, como consequência da riqueza de um número infinito de aspectos que podem ocorrer no caso

concreto. Nos casos em que a abertura da linguagem propicia múltiplas respostas, “[...] o poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrário ou irracional” (HART, 2011, p. 140).

Imagine-se que a Administração Pública, na entrada de um parque, fixe uma normativa de que é proibida a entrada de cachorros. Se um determinado cidadão chega na coleira com um urso, em razão da limitação da regra pelo Positivismo Jurídico, em tese, ele poderá entrar. Em contrapartida, se chegar um cidadão cego de posse de um cão guia, o mesmo não poderá usufruir dos benefícios do parque. A única saída para impedir a entrada do urso e permitir a entrada do cão guia, no positivismo, consiste no reconhecimento da insuficiência do Direito (inexistência de uma resposta nas regras postas), a fim de utilizar o poder discricionário e reconhecer a criação da norma para aquele caso concreto:

Quando surge o caso não contemplado, confrontamos as soluções em jogo e podemos resolver a questão através da escolha entre os interesses concorrentes, pela forma que melhor nos satisfaz. Ao fazer isto, teremos tornado a nossa finalidade inicial mais determinada e teremos incidentalmente resolvido uma questão respeitante ao sentido, para os fins desta regra, de uma palavra geral (HART, 2011, p. 142).

Os casos fáceis, que se inserem na regra previamente estabelecida, são facilmente reconhecidos pelo aplicador da norma. Acontece que a riqueza e a irrepetibilidade dos casos concretos exigirão atenção para aquelas situações realmente difíceis, como a situação do urso e a do cão guia, levando à inaplicabilidade da regra ou do precedente então existente. No âmbito da teoria dos precedentes, o *distinguishing method* permite que o juiz não aplique um enunciado vinculante se visualizar que o caso concreto que está julgando possui elementos capazes de distingui-lo daqueles julgados que formaram o precedente anterior. Aliás, as peculiaridades do caso concreto submetido à análise do juiz trazem elementos que o distingue daqueles julgados que serviram de base para o entendimento vinculante, tornando esse precedente inaplicável à espécie. Hart (2011, p. 148) entende que esse poder do tribunal constitui uma atividade criadora ou legislativa, ao interpretar de modo restritivo a regra extraída do precedente por admitir a existência de uma exceção que nela não foi contemplada, criando, então, a nova regra.

Esse processo de distinção do novo caso não contemplado (ou imaginado) pela regra ou pelo precedente constitui o coração do que significa a textura aberta do Direito, vista como uma

consequência da riqueza de um número infinito de aspectos que podem ocorrer no caso concreto. Se fosse possível antecipar todos os casos concretos, a legislação seria suficientemente pormenorizada a ponto de que cada situação tivesse ligação com uma regra previamente estabelecida. Trata-se de uma utopia, é verdade, na medida em que os legisladores não podem antever todas as situações:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso (HART, 2011, p. 148).

Os casos difíceis, a partir de um viés convencionalista, são resolvidos com fundamento em um poder discricionário. Ao utilizarem o poder discricionário, os juízes fazem uso de “[...] padrões extrajurídicos para fazer o que o convencionalismo considera ser um novo direito” (DWORKIN, 2007, p. 145), tal como também ocorre no positivismo kelseniano, em especial pela possibilidade de o magistrado decidir fora da moldura ao simples argumento de que é o legítimo intérprete. Com isso, o juiz passa a ter responsabilidade legislativa, atuando como se um legislador fosse. É exatamente na indeterminação das regras e na área deixada em aberto pelos precedentes que os tribunais preenchem uma função criadora de regras (HART, 2011, p. 149). Quando um juiz cria um novo direito, “[...] ele escolhe a regra que, segundo acredita, escolheria a legislatura então no poder, ou, não sendo isso possível, a regra que, em sua opinião, melhor representa a vontade do povo como um todo” (DWORKIN, 2007, p. 147).

Mostra-se impossível, portanto, falar em Positivismo Jurídico e poder discricionário desassociado do poder criativo do Direito. Como consequência, tal estrutura teórica também constitui parte importante para o funcionamento do Direito Administrativo. Como bem afirmou Kelsen, *mutatis mutandis*, a interpretação do administrador, ao elaborar um ato administrativo, cria Direito. Esse pensamento é trabalhado por Campos (1958, p. 20-22), que afirma ser o poder criativo do Direito inerente ao poder discricionário. Acontece que essa ideia de criação do Direito é inconciliável com o princípio da legalidade; afinal, de que modo é possível criar um Direito até então inexistente e respeitar o princípio da legalidade que está vinculado às regras já publicada?

Mello (2014, p. 106) afirma que a “[...] administração é função subalterna à lei [...]”, sendo função do ato administrativo outorgar à lei verdadeiro nível de concretude, ou seja, a Administração só pode fazer exatamente o que é limitado pela lei. No mesmo sentido é o entendimento de Gasparini (2005, p. 7-8):

O princípio da legalidade significa que está a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação.

Medauar (2012, p. 136) caminha, em parte, com os mencionados autores, mas entende que o princípio da legalidade possui quatro significados-chaves para sua aplicação no Direito Administrativo, não restringindo a atuação da Administração Pública ao que é autorizado pela lei. Primeiro, a administração pode realizar atos que não sejam contrários à lei. Segundo, a administração só pode editar atos previamente autorizados em normativa específica. Terceiro, a administração só pode editar atos no qual seu conteúdo esteja em conformidade com um esquema abstrato existente na lei. Quarto, a administração só pode realizar atos determinados pela lei. É por isso que “[...] o sentido do princípio da legalidade não se exaure com o significado de habilitação legal” (MEDAUAR, 2012, p. 137). Embora Medauar avance em relação aos demais autores, de modo geral, a legalidade é analisada no âmbito da lei (ou melhor, da regra), de modo que a atuação da Administração Pública se mostra incapaz de compreender o real alcance normativo dos princípios. No entanto, pelo fato de o ato discricionário materializar a ideia de mérito administrativo, no qual existe uma margem de liberdade para a atuação da Administração Pública, sem uma resposta previamente estabelecida (como no caso do ato vinculado), a atividade do administrador, a partir do Positivismo Jurídico, atua no âmbito da indeterminação da lei, mostrando-se, tal postura, como criadora do Direito.

Acontece que, ao tratarem do princípio da legalidade, os autores não enfrentaram o problema antes questionado, muito provavelmente porque não viam a sua existência, em razão da limitação do paradigma no qual estavam inseridos. De qualquer modo, a ideia de criação do Direito é inconciliável com o princípio da legalidade. Trata-se de uma incompatibilidade teórica do Positivismo Jurídico à brasileira no contexto do Direito Administrativo. Afinal, a criação de um Direito por meio de um ato administrativo importaria a conclusão de que o cidadão não possuía o direito até aquele momento, inovando o agente público na ordem jurídica, em violação ao princípio da legalidade. Superar todos esses problemas apresentados é o grande desafio de qualquer teoria que proponha dar um passo além do Positivismo Jurídico. É importante entender que os aplicadores do Direito, no positivismo, visualizam o Direito como uma imagem distorcida das discussões nos casos limítrofes, de modo a excluir o intérprete da norma e lhe outorgar o papel de investigador das decisões tomadas no passado.

Essas teorias, para utilizar o termo cunhado por Dworkin (2007, p. 55), consistem em verdadeiro agulhão semântico por acreditarem que o conceito de Direito está fixado em regras semânticas previamente compartilhadas. Assim, o termo “agulhão semântico” é uma crítica a essas teorias que se prendem a uma visão positivista do Direito, um verdadeiro ferrão capaz de envenenar aqueles que não são capazes de se inserir em uma visão paradigmática adequada à aplicação do Direito à luz do atual paradigma constitucional. Esse agulhão, portanto, consiste em uma visão semântica do Direito, que também é refletida na prática administrativa em geral e, em especial, nas atividades da Polícia Judiciária. Ir além dessa limitação e reconhecer o caráter precário do ser humano são os desafios que se impõem àqueles que buscam uma visão plural e democrática do Direito. É nesse contexto que se coloca o seguinte questionamento: como é possível retirar esse agulhão semântico?

3 A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO E O DIREITO COMO INTEGRIDADE

3.1 A INFLUÊNCIA DO PARADIGMA DO ESTADO SOCIAL E A NECESSIDADE DE UMA RUPTURA PARADIGMÁTICA COM O POSITIVISMO JURÍDICO

Como se verificou na seção anterior, o Direito Administrativo brasileiro trouxe contornos próprios para o estudo do ato administrativo. Por um lado, foi possível verificar uma nítida influência do Positivismo Jurídico no agir administrativo, com a presença de suas principais características; por outro lado, em razão de parte da doutrina acreditar que a discricionariedade era uma “qualidade” específica da Administração Pública, ela tentava explicar tal fenômeno a partir desse viés, distorcendo os seus aspectos teóricos e moldando, nesse contexto, uma discricionariedade à brasileira. Com uma influência embrionária no Estado Liberal e com sua evolução no Estado Social, a Administração Pública foi impregnada pelo Positivismo Jurídico, como se não fosse possível a sua atuação sem que a discricionariedade estivesse presente. Criou-se, como consequência, o mito da liberdade de atuação do administrador, *locus* praticamente insuscetível de controle.

Ir além daquilo que é tão certo e constitutivo daqueles que vivem determinado paradigma consiste em um dos maiores desafios. Essa ideia pode ser evidenciada no conto “Ideias de Canário”, de Joaquim Maria Machado de Assis, o qual revela como a limitação que o mundo (e um paradigma) impõe às pessoas é capaz de influenciar suas condutas, seus pensamentos e suas respostas. O conto ainda mostra como o homem é um ser datado e temporal, com dificuldades para reconhecer o esgotamento da concepção de mundo no qual está inserido, o que, como consequência, impossibilita a busca de uma nova luz para embasar as suas condutas, os seus pensamentos e as suas respostas.

O conto narra uma situação na qual um homem de nome Macedo, para salvar a sua vida de um tílburi em disparada, salta para dentro de uma loja de belchior, atulhada de objetos antigos e administrada por um frangalho de homem, barba cor de palha suja, com a cabeça enfiada em um gorro velho e esfarrapado. A loja é escura e repleta de coisas velhas e enferrujadas, e quando Macedo já está de saída, visualiza uma gaiola pendurada na porta. A gaiola é velha como o resto dos objetos, mas no seu interior há um pequeno canário que transborda vida e mocidade, representando o último passageiro de um naufrágio. Perplexo com o destino do

canário, em especial porque o local e a gaiola pareciam o cemitério do pássaro, Macedo critica o seu antigo dono que dele se desfez por alguns pares de níqueis, ao que é interpelado pela ave que não concorda com a visão do homem. Macedo tenta mostrar ao pássaro a situação de penúria de sua vida, em especial pela situação de abandono em que se encontra e pelo pouco cuidado que lhe fora dado pelo seu dono, ao que recebe a seguinte resposta do canário:

Que dono? Esse homem que aí está é meu criado, dá-me água e comida todos os dias, com tal regularidade que eu, se devesse pagar-lhe os serviços, não seria com pouco; mas os canários não pagam criados. Em verdade, se o mundo é propriedade dos canários, seria extravagante que eles pagassem o que está no mundo. [...] O mundo, redarguiu o canário com certo ar de professor, o mundo é uma loja de belchior, com uma pequena gaiola de taquara, quadrilonga, pendente de um prego; o canário é senhor da gaiola que habita e da loja que o cerca. Fora daí, tudo é ilusão e mentira (ASSIS, 2012, p. 13-14).

Em razão da resposta dada, Macedo fica admirado com a linguagem e com as ideias apresentadas e o questiona se sente saudade do espaço azul e infinito, ou seja, do sentimento em voar pelo céu em liberdade, mas o canário não compreende a questão. Macedo, sensibilizado, decide comprar o canário e levá-lo para a sua casa. Coloca o pássaro em uma gaiola vasta, circular, pintada de branco, pendura na varanda para que possa ver o jardim, o repuxo e um pouco do céu azul. Algum tempo após tal fato, após várias conversas entre os dois, Macedo questiona ao canário o seu conceito do mundo:

O mundo, respondeu ele, é um jardim assaz largo com repuxo no meio, flores e arbustos, alguma grama, ar claro e um pouco de azul por cima; o canário, dono do mundo, habita uma gaiola vasta, branca e circular, donde mira o resto. Tudo o mais é ilusão e mentira (ASSIS, 2012, p. 22).

Passado mais algum tempo, Macedo adoece e o canário fica exclusivamente sob os cuidados do criado. Em um dos momentos em que o criado trata dele, o pássaro consegue fugir da gaiola. Mesmo após proceder algumas buscas, o criado não consegue localizá-lo. Macedo também procura o canário sem lograr êxito. Durante uma visita à chácara de um amigo, ao caminhar por entre as árvores, ouve uma voz chama-lo e percebe que era o canário. Feliz com o encontro, Macedo chama o canário para conversar no antigo “mundo dos dois”, formado pelo repuxo, pela gaiola branca, pelo repuxo e pelo jardim, ao que é interpelado pelo pássaro: “Que mundo? Tu não perdes os maus costumes de professor. O mundo, concluiu solenemente, é um espaço infinito e azul, com o sol por cima” (ASSIS, 2012, p. 36).

O canário é influenciado, em sua conduta e modo de pensar, pelos limites e possibilidades do contexto no qual está inserido. Por isso, cada resposta do canário constitui reflexo desse mundo ao qual ele tem acesso, capaz de direcionar e condicionar a sua reflexão. A alteração da resposta só é possível com a ruptura paradigmática, seja em razão da compra do canário por Macedo, seja (principalmente) em razão da fuga da nova gaiola. Esse novo olhar do canário faz com que o mundo ganhe espaço, ganhe cores e ganhe um novo significado, capaz de dar valor à sua própria vida, à sua ideia de liberdade e ao novo mundo do qual ele tomou conhecimento²⁴.

Cada resposta à luz de cada mundo reflete a ideia de um paradigma diferente. O conceito de paradigma, por sua vez, não se restringe ao que os membros de uma certa comunidade partilham (aspecto objetivo), mas abrange, também, o conjunto de pessoas que partilham essa esfera de pré-compreensão (aspecto subjetivo). Isso é o que Kuhn (2001, p. 219) vai qualificar como caráter circular do paradigma. Essa ideia de paradigma traduz-se em conceitos prévios de um mundo, com capacidade para guiar a leitura que dele se faz e limitar a compreensão que dele se tem. Ressalta-se que um paradigma consiste na leitura precária do mundo por ser concebido dentro de um tempo e lugar, sendo cada resposta decorrente da inserção do ser nesse mundo, na medida em que

[...] nenhum de nós pode construir o mundo das significações e sentidos a partir do nada: cada um ingressa num mundo “pré-fabricado”, em que certas coisas são importantes e outras não o são; em que as conveniências estabelecidas trazem certas coisas para a luz e deixam outras na sombra. (BAUMAN, 1997, p. 17).

Um paradigma evidencia a existência de duas características centrais para a sua compreensão, pois, ao mesmo tempo, é capaz de limitar e nortear a leitura do mundo. A primeira característica é trabalhada por Carvalho Netto (1999, p. 476) e

[...] possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões-de-mundo, consubstanciados no pano-de-fundo naturalizado de silêncio assentado nas gramáticas das práticas sociais, que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo.

²⁴ Como ainda será abordado neste trabalho, “a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que a maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte” (DWORKIN, 2005, p. 222), até porque um romance pode ser valioso em vários sentidos e só são descobertos lendo, olhando ou escutando, mas nunca mediante uma reflexão abstrata. Busca-se alcançar a melhor resposta para a questão substantiva colocada pela interpretação.

A primeira característica torna possível o diálogo, o relacionamento e a convivência entre as pessoas que vivem em determinado paradigma. Tais esquemas gerais de visões-de-mundo possuem um conteúdo que tenta eternizar o paradigma, em especial por vincular a ideia de que essa leitura se apresenta como a mais adequada àquele tempo e lugar. A segunda característica também é trabalhada pelo autor e, nas palavras de Carvalho Netto (1999, p. 476), o paradigma

[...] padece de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresente essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados.

Esse aspecto do paradigma pode ser traduzido como uma ideia datada de um determinado contexto histórico-cultural-social. De fato, a história é muito mais rica do que a simplificação imposta pela idealidade utópica de um paradigma, mas essa limitação torna possível compreender o prólogo silencioso que age em determinado tempo e local, condicionando o agir e o pensar das pessoas. Em outras palavras e trabalhando a questão no âmbito da hermenêutica, mesmo quando se estuda o tema dos paradigmas jurídicos, como o positivismo ou o (pós) positivismo, mostra-se impossível exaurir todas as suas características, de modo que se tem somente por finalidade identificar as pré-compreensões, que, ainda hoje, condicionam e limitam a interpretação do Direito no Brasil.

Como ficou evidenciado no conto “Ideias de Canário”, o avançar das leituras que o canário possui dos mundos e a conseqüente superação dos paradigmas anteriores pode auxiliar na compreensão da necessidade em superar os pensamentos decorrentes do Positivismo Jurídico. Tal evolução, por sua vez, requer uma compreensão crítica do ser humano, para que possa entender a visão limitada e datada do mundo no qual está inserido e, assim, possa se reinventar para um novo mundo intersubjetivo da linguagem que seja construtivo, contestador e fraterno (DWORKIN, 2007, p. 492). No entanto, nem todos são capazes de superar essa barreira paradigmática, que possui reflexos práticos na vida da comunidade, isto é, a resistência à mudança é algo natural, em especial por reclamar o autorreconhecimento da necessidade de se abandonar o que até então era visto como uma postura correta e, inclusive, como constitutivo de cada membro da sociedade. Essa reflexão é que confere a possibilidade de o ser humano viver em um novo horizonte, ao mesmo tempo em que ele também é limitado pelas sombras do novo mundo. Essa análise acompanhou a evolução do canário no

conto machadiano e deve acompanhar a evolução do Direito para uma proposta capaz de apresentar uma nova luz para iluminar as suas decisões.

No Poder Judiciário, essa situação não é diferente. Um estudo não só do conteúdo das decisões proferidas pelos magistrados, mas a compreensão do prólogo silencioso é capaz de desvelar visões paradigmáticas conflitantes que condicionam a atuação desses magistrados, mas que não se mostram adequadas à noção do Estado Democrático de Direito (COURA; ZANOTTI, 2014. p. 53-69). Essa afirmativa decorre da adoção expressa por alguns magistrados do Positivismo Jurídico²⁵, compreensão do Direito concebida no âmbito do Estado Social, supostamente neutra e impregnada por decisionismos e discricionariedades incompatíveis com o atual paradigma da Modernidade.

O Direito Administrativo não caminha longe do Poder Judiciário e a seção anterior demonstrou como a influência do Estado Social foi decisiva para a conformação dos aspectos doutrinários desse ramo do Direito. As propostas de Hans Kelsen e Herbert Hart se inserem nesse contexto e representam a busca por uma ciência pura, com o seu consequente afastamento da Moral. Repensar esse modelo teórico de interpretação reclama a superação do paradigma do Estado Social, de modo a possibilitar a abertura do Direito para a complexidade das relações sociais presentes em toda comunidade:

A atitude interpretativa necessita de paradigmas para funcionar efetivamente, mas estes não precisam ser questões de convenção. Será suficiente que o nível de acordo da convicção seja alto o bastante em qualquer momento dado, para permitir o debate sobre as práticas fundamentais como a legislação e o precedente (DWORKIN, 2007, p. 169).

Essa superação, no entanto, passa pela compreensão de algumas críticas que Dworkin faz ao Positivismo Jurídico, em especial daquelas inicialmente apresentadas em *O modelo de regras*

²⁵ “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja” — fala do Ministro Humberto Gomes de Barros, no AgReg em ERESP 279.889. Para uma análise completa sobre o tema, cf. o artigo “Pós-Positivismo Jurídico e o Direito como integridade de Ronald Dworkin”, de Alexandre de Castro Coura e Bruno Taufner Zanotti (COURA; ZANOTTI, 2014).

I. Trata-se de uma análise que não é exterior ao conceito de Direito, mas que, na verdade, são direcionadas a sua estrutura, metodologia e funcionamento.

Dworkin (2011a, p.28) abre o texto apresentando uma crítica contra a regra de reconhecimento utilizado por Hart, que nada mais é do que um “teste de *pedigree*”, na medida em que importa somente o reconhecimento das regras válidas em determinado ordenamento jurídico, cuja metodologia guarda relação exclusivamente com a aceitação de tais regras pela comunidade jurídica, independentemente do seu conteúdo ou aspecto moral. Em razão da ausência valorativa ou moral, o Direito se mostra como um sistema meramente descritivo das regras aceitas e pré-existentes. Desse modo, essas regras aceitas são dotadas de *pedigree* e possuem, para todos os fins, natureza coercitiva. Assim se diferenciam as regras que são citadas de modo equivocado pelos advogados para a defesa de seus clientes e aquelas regras que realmente são utilizadas pelos juízes para decidir uma causa, isto é, os advogados não fazem uso — consciente ou inconscientemente — das regras que fundamentariam o caso, seja por desconhecimento, seja por estratégia de defesa para a proteção do seu cliente.

Em seguida, Dworkin (2011a, p. 28) lança a sua segunda crítica interna ao Positivismo Jurídico, direcionada aos casos difíceis. De acordo com o positivismo, se o caso de uma pessoa não estiver abarcado por um *standard* decorrente de um “teste do *pedigree*”, como consequência esse caso não pode ser resolvido mediante a aplicação do Direito. Seja na lacuna da lei, seja em razão da textura aberta do Direito, o Direito será criado para aquele caso específico por uma autoridade pública, como o juiz ou o administrador, “[...] exercendo o seu discernimento pessoal, o que significa ir além do Direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção da nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente” (DWORKIN, 2011a, p. 28).

Segue, então, a terceira crítica de Dworkin (2011a, p. 28) ao Positivismo Jurídico, a qual passa pelo conceito de obrigação jurídica e sua relação com os casos difíceis. Se alguém possui uma obrigação jurídica, significa que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida, devendo fazer algo ou se abster de fazer algo. No entanto, nos casos em que tal regra jurídica não existe ou ela se mostra insuficiente, outra não pode ser a conclusão a não ser que a obrigação jurídica não existe. Assim, o juiz não faz valer um direito jurídico, sendo compelido a criá-lo para aquele caso por meio do seu poder discricionário muito tempo após a ocorrência do fato, decorrendo daí a força retroativa da discricionariedade.

O pano de fundo das três críticas mencionadas, seja em razão da regra de reconhecimento se limitar às regras sem conteúdo valorativo ou moral, seja em razão do poder discricionário com força de criar o direito, seja em razão da força retroativa da discricionariedade, passa pela limitação do Positivismo Jurídico como um sistema de regras desprovido de princípios. O reconhecimento dos princípios, portanto, representa um relevante passo para a superação do positivismo, sendo necessário buscar uma aplicação constitucionalmente adequada.

Dworkin faz uma distinção essencial para compreender esse avanço em relação ao Positivismo Jurídico ao trabalhar os conceitos de regra, princípio e política²⁶. Política compreende “[...] aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (DWORKIN, 2011a, p. 36). Princípio consiste “[...] em 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” (DWORKIN, 2011a, p. 36). A regra se apresenta como um enunciado que determina, proíbe ou permite, dotado de validade, e se diferencia de um princípio, pois, enquanto esse atua no plano do peso ou importância, a regra atua no plano do “tudo-ou-nada”, também conhecido como plano da validade. Em contrapartida, para Ronald Dworkin, as regras não são válidas só por serem aceitas pela comunidade jurídica (consenso de convenção), já que necessitam também de um aspecto substantivo ou moral subjacente. Como se verá a seguir, a validade de uma regra não se baseia na convenção, mas na convicção, ou seja, não se baseia na aceitação, mas na integridade.

Como exemplo dessa distinção entre regra e princípio, Dworkin (2011a, p. 39) utiliza o modelo das regras de beisebol, porém mostra-se interessante adaptar o exemplo dentro do contexto da realidade brasileira, no qual o futebol ocupa lugar de destaque. A regra de impedimento, presente no Manual das Regras de Futebol 2016/2017 da Confederação Brasileira de Futebol, institui que um jogador estará em posição de impedimento quando qualquer parte de sua cabeça, de seu corpo ou de seus pés estiver na metade do campo adversário e se qualquer parte de sua cabeça, de seu corpo ou de seus pés estiver mais próxima da linha de meta adversária do que a bola e o penúltimo adversário.

²⁶ O aprofundamento da distinção entre princípio e política será tratado mais à frente.

Na Copa Libertadores da América de 2013, no primeiro jogo entre Atlético Mineiro e São Paulo, válido pelas oitavas de final, ocorreu uma situação um tanto inusitada envolvendo o jogador Ronaldinho Gaúcho do Atlético Mineiro. O jogo parou por alguns instantes, momento em que o jogador se dirigiu até Rogério Ceni, goleiro do São Paulo, e pediu um pouco de água, o que foi prontamente atendido pelo goleiro. Após terminar de beber água e dentro da grande área somente com o goleiro, um jogador do Atlético Mineiro fez um arremesso lateral diretamente para a sua pessoa, que estava exatamente entre o goleiro e bem atrás dos zagueiros do São Paulo (em suposto impedimento). Após receber a bola sozinho dentro da grande área, Ronaldinho Gaúcho teve tempo de dominar e cruzar a bola no pé de Jô, outro jogador do Atlético Mineiro, que só teve o trabalho de tocar a bola para dentro do gol. Afinal, o gol foi válido ou Ronaldinho Gaúcho estava impedido?

O enunciado do impedimento, como regra que é, só estaria completo se todas as suas exceções o acompanhassem. De acordo com o Manual das Regras de Futebol 2016/2017 da Confederação Brasileira de Futebol, não há impedimento quando um jogador recebe a bola diretamente de um tiro de meta, arremesso lateral ou escanteio. O gol, portanto, foi legal. O juiz e o bandeirinha confirmaram a legalidade do lance, o qual foi importante para eliminar o São Paulo do torneio. Tal como no Direito, toda regra também pode ter exceções, mas o enunciado seria incompleto se não enumerasse todas as exceções. Se tal exceção à regra não existisse, o gol de Jô seria ilegal em razão de estar caracterizado o impedimento.

Não é assim, no entanto, que os princípios funcionam. Um ordenamento jurídico pode instituir como princípio que ninguém poderá se beneficiar da própria torpeza. A legislação pode trazer exceções ao princípio, como no caso do usucapião, já que o ato ilícito de atravessar as terras sem autorização por certo tempo pode levar a uma aquisição da propriedade, de modo que o autor desse ato se beneficiaria da própria torpeza. Diferentemente das regras, a listagem de todas as exceções legais de um princípio não é capaz de esgotar todas as hipóteses em que ele não será aplicado, pois as exceções dependem de cada caso concreto em que o princípio terá aplicabilidade, de modo que essas exceções são inimagináveis *a priori*. Esse cenário é decorrente da dimensão do peso ou da importância inerente aos princípios, inclusive porque a sua não aplicação em determinado caso concreto, mesmo se não existir regra de exceção, não importa revogação, tal como se dá com as regras.

A distinção entre regras e princípios nem sempre se mostra tão simples. Afinal, a afirmativa “ninguém poderá se beneficiar da própria torpeza” pode parecer uma regra tal como os

requisitos de validade de um contrato ou testamento. Dworkin (2011a, p. 44) afirma que essa diferenciação variará de acordo com o conhecimento do ordenamento jurídico do aplicador do Direito e apresenta como exemplo o precedente da Suprema Corte relativa ao *Sherman Act*, que institui a nulidade de qualquer contrato que implique proibição de comércio. Seria uma regra ou um princípio? Pela simples leitura, o dispositivo parece se apresentar como uma regra, porém, como será analisado adiante, a questão se apresenta um pouco mais complexa, pois a simples análise de um texto legal não pode ser determinante para a sua classificação em regra ou princípio. No caso, a Suprema Corte teria que decidir se seria uma regra, de modo a anular todos os contratos que proíbem o comércio, ou um princípio que fornece um fundamento para possível anulação de um contrato. O resultado foi que a Suprema Corte tratou o *Sherman Act* como uma regra, mas o interpretou como se nele estivesse contido a expressão “proibição de comércio não razoável”. O *Sherman Act* possui um caráter principiológico em sua nova estrutura, mas não chega a ser um princípio, uma vez que se trata de uma regra, agora reinterpretada pelo tribunal, que depende do mencionado princípio para a sua correta aplicação (DWORKIN, 2011a, p. 45). Assim, Dworkin avança no estudo das regras, pois nem sempre elas são regidas pelo “tudo-ou-nada”, na medida em que a sua não aplicação em determinada hipótese não significa, necessariamente, a sua revogação quando analisada a partir de um prisma principiológico.

No Direito brasileiro, em situação correlata, o Pretório Excelso²⁷ teve que analisar a possibilidade de dilação do prazo recursal em embargos de declaração na hipótese de um processo com milhares de páginas e 40 réus. No caso, o Ministro Teori Zavascki entendeu que a situação “fugia da normalidade” e seria razoável a não utilização do prazo normal — 5 dias, consoante art. 337, §1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1980) —, mas a concessão de prazo em dobro com a consequente aplicação, por analogia, do art. 191 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015). O dispositivo do prazo recursal consiste, para todos os fins, em uma regra, mas reinterpretado de modo a trazer uma cláusula de “razoabilidade” em sua estrutura e depender do mencionado princípio para a sua correta aplicação. De igual modo, não houve a revogação do dispositivo legal, apesar de não aplicado no caso concreto.

²⁷ AP 470 AgR-vigésimo segundo, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/04/2013.

A estrutura principiológica do Direito, portanto, é inevitável. Mesmo as regras passam por essa reestruturação do conceito de Direito. Dworkin avança ao concluir que o Direito não é e nem pode ser formado unicamente por um sistema de regras, desprovido de um sentido material ou valorativo. As críticas apresentadas ao Positivismo Jurídico e a nova leitura do conceito de Direito proposta por Dworkin ocasionaram rupturas no paradigma positivista, que se dividiu em dois flancos a depender da resposta dada às feridas expostas pelo autor:

Essa divisão, de certo modo, agudizou a natureza metodológica do debate teórico-jurídico e veio a exigir uma parafernália filosófica ainda mais complexa, capaz de municiar de novos argumentos cada um dos polos do debate que dominou os anos 1980-2000. Por um lado, posicionaram-se os positivistas, divididos entre inclusivistas (ou *soft positivists*), como H. L. A. Hart, Jules Coleman, Will Waluchow e outros, e exclusivistas (ou *hard positivists*), como Joseph Raz, Andrei Marmor e outros; de outro lado, estavam intepretativistas como Dworkin, jusnaturalistas contemporâneos, como John Finnis, Robert George e Germain Grisez, e teóricos da razão comunicativa, como Jürgen Habermas, Robert Alexy e Klaus Günther, todos eles, conjuntamente, também usualmente caracterizados de modo genérico como pós-positivistas (MACEDO JUNIOR, 2014, p. 166-167).

Alguns positivistas, portanto, como o próprio Herbert Hart (2011, p. 322-324), não negam a conciliação dos princípios com o Positivismo Jurídico. Por isso, apesar de o reconhecimento dos princípios constituir um importante passo para a superação do positivismo, esse não é o ponto central para que essa superação efetivamente ocorra. Não basta reconhecer a existência dos princípios, mas compreender o seu funcionamento e o impacto desse funcionamento no conceito do Direito, atrelado a uma carga moral e valorativa. Tais aspectos, sem dúvida, tornam incompatível o funcionamento dos princípios com o Positivismo Jurídico. Essa observação mostra-se especialmente relevante porque o Direito Administrativo brasileiro, positivista em sua essência, faz inúmeras referências a princípios regentes desse ramo público, como a supremacia do interesse público, a legalidade, a impessoalidade, a eficiência, a presunção de legitimidade dos atos administrativos e a moralidade. No entanto, a presença de tais princípios sem a adequada compreensão do seu funcionamento não é capaz de superar as limitações teóricas do positivismo e o poder criativo daí decorrente.

Inclusive, essa dificuldade na superação de um paradigma é trabalhada por Machado de Assis (2012, p. 35-36) em seu conto. Ao final de “Ideias de Canário”, quando o pássaro já estava em liberdade, Macedo chamou o canário para conversar em seu paradigma referencial, qual seja, o antigo mundo dos dois, que era formado por sua residência, pelo seu jardim, pela sua varanda, pela sua gaiola branca e por uma visão diferente (e limitada) da liberdade. Macedo foi incapaz de compreender a evolução pela qual o mundo do canário havia passado, o qual

ganhou espaço, cores e um novo significado, capaz de dar valor à sua própria vida em razão de uma nova leitura do que a liberdade realmente significaria, mostrando a existência de um nítido confronto de paradigmas entre a liberdade atualmente vivida e a antiga “liberdade” da gaiola. Como consequência, o canário responde negativamente o questionamento de Macedo. Possivelmente, mesmo que Macedo propusesse a possibilidade de o pássaro morar na gaiola e, eventualmente, dar alguns voos, tal proposta se apresentaria teratológica para o pássaro que já não partilha do mesmo paradigma da liberdade que estava presente enquanto vivia na gaiola.

No Direito não é diferente. O Estado Democrático de Direito representa um novo horizonte que reclama um aprendizado crítico do próprio ser humano, regido efetivamente por princípios e por valores. Isso se apresenta como uma nova luz, como uma nova proposta para compreender as práticas jurídicas, como um novo mundo capaz de abandonar o Positivismo Jurídico e que representa, no conto, o espaço infinito e o céu azul do canário, mas que ainda dá os seus primeiros passos no Direito Administrativo e nesta jovem democracia que é o Brasil.

3.2 PARA ALÉM DA INSERÇÃO DOS PRINCÍPIOS: O PROBLEMA DO POSITIVISMO JURÍDICO COMO UMA TEORIA SEMÂNTICA

Como se concluiu no tópico anterior, apesar de a integração dos princípios na estrutura do Direito constituir um importante aspecto para a superação do Positivismo Jurídico, esse não constitui o ponto central para que essa superação efetivamente ocorra. Afinal, a inserção se mostra aparentemente impossível por resultar em incompatibilidade com os aspectos centrais do positivismo, como o uso do poder discricionário, o caráter criativo do Direito e a separação entre o Direito e a Moral.

Alguns positivistas tentaram essa conciliação. Herbert Hart, no pós-escrito do seu livro *O Conceito de Direito*, busca responder às críticas de Dworkin e efetivamente apresentar como seria possível essa inserção no Positivismo Jurídico. Em primeiro lugar, Hart (2011, p. 322) reconhece existir um defeito em seu livro em razão de os princípios serem abordados somente de passagem, sem a devida relevância e profundidade que merecem. Em segundo lugar, Hart (2011, p. 322-324) reconhece a contribuição de Dworkin no que diz respeito à diferença entre regras e princípios, mas faz uma crítica ao autor no sentido de que as regras não são

necessariamente regidas pelo “tudo-ou-nada”, pois mesmo as regras podem levar a uma não aplicação no caso concreto se um princípio se mostrar determinante. Utiliza como exemplo o caso *Elmer*, já mencionado, no qual uma regra estabelecia a possibilidade de recebimento da herança e a mesma não foi aplicada no caso com fundamento em princípio, sem que isso levasse à revogação da regra. Para tanto, a partir de uma vertente positivista, o tribunal reconheceu a lacuna existente na lei e criou a regra para aquele caso concreto, o qual será utilizado como precedente para futuros casos similares. Como explicado, Dworkin reconhece tal possibilidade ao tratar não só do mesmo exemplo, como também do caso relativo ao *Sherman Act*, mas, em ambos os casos, não faz uso do poder criativo do Positivismo Jurídico. Afinal, a classificação de um dispositivo como regra ou princípio não decorre ontologicamente do texto legal, mas é fruto de uma compreensão do ordenamento jurídico. A crítica, portanto, não encontra eco na teoria interpretativista de Dworkin.

Em terceiro lugar, Hart (2011, p. 326-327) discorda da crítica de Dworkin, na qual os princípios não podem ser reconhecidos mediante critérios atribuídos por uma regra de reconhecimento manifestada nas práticas dos tribunais. Dworkin pontua que os princípios necessitam de uma interpretação construtiva e criativa, de natureza valorativa, decorrente de uma história institucional do Direito estabelecido (leis e precedentes), algo inviável no âmbito das regras de reconhecimento, que se limita a uma análise formal de investigação das decisões do passado. Em resposta a essa crítica, Hart (2011, p. 329) afirma que o ponto de partida da identificação de qualquer princípio jurídico reside em alguma área específica do Direito (com base em leis ou precedentes) a que o princípio se ajusta e ajuda a fundamentar. Para a identificação dessas leis ou desses precedentes, justificadores básicos desse princípio, faz-se necessária uma regra de reconhecimento para identificá-los como institutos de direitos válidos. A regra de reconhecimento, portanto, especificará as fontes do Direito e as relações de superioridade entre as regras para que se possa, então, identificar os princípios, os quais também são fundamentados em um consenso e desprovidos de aspecto moral.

Assim, enquanto Hart apoia-se na ideia de consenso inerente nas regras de reconhecimento (consenso de convenção), Dworkin assenta um fundamento material (consenso de convicção), necessário para identificação dos princípios a partir do conceito de paradigma partilhado por determinada comunidade em determinado tempo e lugar. Hart (2011, p. 329) admite essa distinção, mas entende que é meramente de nomenclatura e que os dois estão falando substancialmente da mesma coisa: o consenso de convenção. Acontece que tal conclusão não

mostra a teoria de Dworkin por uma melhor luz. Como será demonstrado adiante, existe uma distinção teórica entre os dois, de natureza valorativa, que se respalda em um modo distinto de operacionalização dos princípios.

Mesmo que se admita a incorporação dos princípios à teoria de Hart e ao Positivismo Jurídico, a efetiva superação dessa corrente teórica passa pela compreensão das críticas que Dworkin faz ao positivismo nos seus livros — *Uma questão de princípio* e *O império do Direito* —, de modo a qualificá-lo como uma teoria semântica, e a necessária relação entre a interpretação e a Moral, tema aprofundado por ocasião da publicação da obra *Justiça para ouriços*. Por isso, a integração dos princípios ao Direito se apresenta somente como um primeiro passo para essa distinção, havendo necessidade de compreender como opera dentro da teoria interpretativista de Dworkin, em especial o seu caráter essencialmente moral:

Algumas das leituras apressadas de Dworkin, por vezes, creditam uma suposta originalidade do seu pensamento à “incorporação da discussão dos princípios” ou à dimensão moral do Direito em seus trabalhos. Certamente, se fosse essa contribuição, sua fama seria indevida, visto que, muito antes dele, outros autores já chamavam a atenção para isso. A mera apresentação de uma leitura moral do Direito e da constituição seria razão suficiente para inseri-lo numa longa e consolidada tradição do pensamento jusnaturalista, rubrica, contudo, problemática para defini-lo. Se há novidade no tratamento dos princípios na obra de Dworkin, esta se relaciona antes ao papel que os princípios morais desempenham em sua teoria do direito e da política, bem como a forma de abordá-los (MACEDO JUNIOR, 2010, grifo do autor).

A fim de entender esse ponto nodal da teoria de Dworkin, não basta compreender as críticas que o autor fez ao positivismo. Faz-se necessário perceber a estrutura, o funcionamento e o modo como os princípios são compreendidos no âmbito do Direito como integridade e de que modo tal estudo afasta essa concepção teórica de uma concepção jurídica semântica. O primeiro passo, portanto, passa pela necessidade de compreender em que consiste uma concepção semântica:

Uma concepção semântica de um conceito é aquela que procura identificar os fatos e as regras existentes no mundo que nos permitem usar corretamente esse mesmo conceito. Assim, uma concepção semântica de árvore, por exemplo, é aquela que usualmente encontramos num dicionário e que identifica o uso dessa palavra à existência de uma referência, a coisa árvore, à qual se reportam as pessoas quando utilizam tal termo. Dentro dessa visão, o significado de um conceito é definido em função da extensão do conceito, isto é, do conjunto de coisas, fatos e práticas que estão inseridos no ‘campo semântico’ daquela palavra (MACEDO JUNIOR, 2014, p. 180-181, grifo do autor).

Trazendo tal conceito para a crítica de Dworkin (2007, p. 54-55), uma concepção semântica do Direito consiste naquela em que os seus autores acreditam que o debate jurídico só é

possível se todos aceitarem seguir os mesmos critérios para decidir, como se as teorias não reconhecessem a existência de desacordos teóricos. Ao contrário, a verdadeira divergência é teórica, não empírica. Hart explica essa distinção apresentada por Dworkin:

Contra o ponto de vista de que estes estão fixados, de forma não controvertida, pelas regras linguísticas partilhadas por juristas e juizes, Dworkin insiste em que são essencialmente controvertidos, uma vez que, entre eles, estão não só factos históricos, mas, muito frequentemente, juízos morais e juízos de valor controvertidos (HART, 2011, p. 307).

Enquanto a utilização de critérios pode ser suficiente para trabalhar com conceitos criteriosais próprio do Direito, como casa, propriedade, furto, homem, entre muitos outros; a tentativa de estruturação de conceitos criteriosais para justiça, direito, liberdade, privacidade e princípios de modo geral, mostra-se inviável e inapropriado, já que são conceitos essencialmente interpretativos. Reside aí o agulhão semântico que impregna o Positivismo Jurídico, em especial porque mesmo os conceitos criteriosais possuem, em verdade, uma estrutura interpretativa; do contrário, seria impossível o reconhecimento de um veículo ou mesmo de um escritório de advocacia como “casa” para fins de proteção legal. Os desacordos teóricos, portanto, não se restringem aos supostos casos difíceis, mas abrangem qualquer caso concreto. Uma concepção semântica do Direito se apresenta vazia de conteúdo, desprovida de um aspecto moral e valorativo, concepção essa na qual o positivismo se enquadra por ser capaz de somente identificar o Direito em fatos históricos. Os positivistas seriam, nessa linha de pensamento, verdadeiros arqueólogos jurídicos em busca de escavar as regras compartilhadas na convenção (DWORKIN, 2007, p. 54-56).

Desse modo, o positivismo hartiano defende que as divergências no Direito são empíricas — e não teóricas —, em que as divergências de magistrados, advogados ou qualquer aplicador do Direito são vistas como análises equivocadas das convenções do passado. Tal positivismo acredita que o Direito pode ser identificado com base em suas fontes, ou seja, com base no consenso alcançado em quais seriam tais regras (consenso de convenção). Por isso, se duas pessoas diferem acerca da validade de determinada regra, não podem estar se referindo à mesma convenção ou ao menos um deles não está se referindo à convenção alguma:

Em síntese, para Dworkin, se aceitarmos a explicação hartiana dos desacordos teóricos, não teremos como explicar os desacordos sobre as obrigações jurídicas. Como se poderia afirmar a existência de uma obrigação judicial o caso sobre ela existisse uma controvérsia, inexistindo, dessa forma, uma base convencional estável para o seu reconhecimento? Afinal, boa parte das mais importantes obrigações jurídicas reconhecidas juridicamente são obrigações “contestadas” por meio do próprio processo judicial. Nesse sentido, uma convenção que fosse legitimamente

contestada não seria sequer uma convenção. Como explicar a existência de controvérsia no direito, por esse mesmo motivo, vai se constituir numa das pedras angulares da explicação dworkiniana do conceito de Direito (MACEDO JUNIOR, 2014, p. 176).

Essas teorias, conforme já dito, consistem em verdadeiro agulhão semântico por acreditarem que o conceito de Direito esteja fixado em regras semânticas previamente compartilhadas que impregnam magistrados, administradores ou qualquer pessoa que entenda por correto esse modo de ver o Direito. Na forma de um argumento do agulhão, o Positivismo Jurídico está condenado ao fracasso porque não existe um consenso de convenção em torno das regras semânticas previamente estabelecidas (DWORKIN, 2007, p. 56; MACEDO JUNIOR, 2014, p. 186). O Direito não necessita desse consenso para a sua adequada aplicação, sendo, portanto, equivocada a premissa de que existe uma necessidade de compartilhamento de critérios para o funcionamento do Direito. O Direito não é criterial, mas interpretativo. A divergência não é empírica, mas teórica. Trata-se da qualificação do Direito como uma questão de fato (*plain fact*). Essa visão decorre do que uma instância de poder decidiu no passado, motivo pelo qual a proteção dessas decisões é vista como a própria legitimidade de decisão tomada no presente. Sobre esse contexto teórico, Dworkin (2007, p. 10) pontua que o Direito

[...] nada mais é que aquilo que as instituições jurídicas, como as legislaturas, as câmaras municipais e os tribunais, decidiram no passado. [...] Portanto, as questões relativas ao direito sempre podem ser respondidas mediante o exame dos arquivos que guardam os registros das decisões institucionais. [...] Em outras palavras, o direito existe como simples fato, e o que o direito é não depende, de modo algum, daquilo que ele deveria ser (questões de moralidade e fidelidade, não de direito).

Nos casos fáceis existe essa necessária vinculação entre decisões do passado e decisões do presente. Por outro lado, nos casos difíceis, como exposto na seção anterior, o poder discricionário aparece como a solução em razão do esgotamento das convenções do passado. Em Dworkin, os princípios já ocupam papel importante na interpretação e na aplicação nos casos fáceis; nos casos difíceis, eles ocupam lugar de destaque a fim eliminar dois problemas graves que o Positivismo Jurídico apresenta como solução para a inexistência da resposta na convenção, quais sejam, o poder discricionário e a conseqüente criação do Direito pelas mãos do magistrado, administrador ou qualquer um responsável pela sua incidência no caso concreto. Diante de todo o exposto, os magistrados e administradores que veem o Positivismo Jurídico como condição para a interpretação do Direito caem na armadilha do “agulhão semântico” e são por ele envenenados. Com isso, eles visualizam o Direito como uma

imagem distorcida das discussões nos casos limítrofes, já que a convenção obrigatoriamente se esgotará em algum momento.

O agulhão semântico, portanto, consiste em uma visão limitada no Direito, no qual a semântica ocupa papel de destaque. Ir além dessa limitação teórica e reconhecer o caráter precário e datado do ser humano são os desafios impostos a todos que buscam uma visão plural e democrática do Direito. É nesse contexto que se impõe um necessário questionamento: como é possível, então, retirar esse agulhão semântico? A remoção do agulhão semântico não se dá desprovida de dor, sem rupturas no âmbito da teoria do Direito. Faz-se necessário avançar. Essa evolução do paradigma implica, necessariamente, reconhecer a abertura, a pluralidade e a estrutura principiológica do Direito. É por isso que o Positivismo Jurídico entra em crise quando verifica a sua limitação e a sua incapacidade de regular todos os casos concretos únicos e irrepetíveis, em especial na certeza de que a vida é muito mais rica do que a tentativa de fechar o ordenamento jurídico para um “sistema de regras”, no qual todas as questões estão previamente estabelecidas.

É nesse contexto que a abertura do Direito aos princípios se apresenta como um caminho sem volta. Diferentemente do Positivismo Jurídico, que busca, nos casos limítrofes, um fundamento externo ao Direito, uma visão aberta, moral e principiológica se torna o *modus operandi* para o funcionamento desse novo sistema. Inclusive, até as regras supostamente claras possuem — necessariamente — um viés principiológico que lhes dá um suporte para além da mera convenção, pois o caso concreto único e irrepetível pode trazer uma nova possibilidade para essa regra que não foi previamente imaginada:

Ainda quando uma lei pretenda esgotar a sua situação de aplicação, não há situação de aplicação no mundo que não seja única, que não requeira do aplicador imenso trabalho para que uma injustiça não seja cometida. O ordenamento é necessariamente complexo, porque, se existe o princípio da publicidade, há o da privacidade. E tenho que estar sempre muito preocupado com o oposto daquilo com que estou trabalhando, porque é assim que a situação poderá me dizer o que vou regulamentar, como vou proceder (CARVALHO NETTO, 2003, p. 104).

Os princípios possuem uma natureza essencialmente interpretativa e moral, estrutura incompatível com o funcionamento do Positivismo Jurídico. A sua operacionalização, portanto, requer uma concepção do Direito que seja sempre argumentativa e interpretativa, que não se esgote na plenipotenciariade das regras. Enquanto no sistema de regras a própria regra é vista como fonte e pressuposto do sistema jurídico vigente; no Direito como integridade esse pressuposto é deslocado para a compreensão da natureza coercitiva do

Direito e a sua estrita relação com os princípios. A adequada compreensão dessa distinção, para Dworkin (2007, p. 117 e 118), passa pela resposta a três perguntas-base: a) existe alguma relação entre Direito e coerção, isto é, faz algum sentido exigir que a força pública seja usada somente em conformidade com os direitos e responsabilidades que “decorrem” de decisões políticas anteriores? b) se tal sentido existe, qual é ele? c) que leitura de “decorrer” — que noção de coerência com decisões precedentes — é a mais apropriada?

Hart (2011, p. 310 e 311) compreende que o Direito tem por finalidade fornecer orientações à conduta humana (função primária), entendendo a questão da coerção jurídica como uma função secundária do Direito, na medida em que ela só ganha importância no caso de descumprimento do Direito (descumprimento da função primária do Direito). As perguntas feitas por Dworkin, de acordo com o seu entendimento, carecem de relevância. Ao contrário, Dworkin (2007, p. 115-116) entende que a correta compreensão do conceito de Direito passa necessariamente pela relação desse conceito com a coerção, no sentido de que a finalidade do governo consiste na capacidade de tomar decisões, na execução de tais decisões e na permanência da estrutura de poder, mesmo porque, em todas essas situações, ele pode fazer uso da coerção:

De modo geral, a nossa discussão sobre o direito assume — é o que sugiro — que o escopo mais abstrato e fundamental da aplicação do direito consiste em guiar e restringir o poder do governo da maneira apresentada a seguir. O direito insiste em que a força não deve ser usada ou refreada, não importa quão útil seria isso para os fins em vista, quaisquer que sejam as vantagens ou a nobreza de tais fins, a menos que permitida ou exigida pelos direitos e responsabilidades individuais que decorrem de decisões políticas anteriores, relativas ao momento em que se justifica o uso da força pública.

Assim, o debate acerca da legitimidade do poder de coerção deve ocupar lugar central em qualquer conceito de Direito que se apresente como responsável. Apesar de Hart não dar a devida atenção para esse debate, Dworkin, primeiramente, respondeu as três perguntas antes mencionadas com base na teoria trabalhada pelo próprio Hart para, em seguida, reavaliar as respostas a partir do Direito como integridade. Essas respostas mostrarão a importância dos princípios, a fim de o poder coercitivo não se fundamentar no respeito exclusivo às decisões do passado ou no uso do poder discricionário.

O convencionalismo (DWORKIN, 2007, p. 118-119) admite a relação entre o Direito e a coerção, de modo que as decisões políticas do passado fornecem o fundamento para o uso legítimo da coerção (resposta para a primeira pergunta). A força do Direito deve ser usada de

maneira coerente com os precedentes e com a legislação, majorando a previsibilidade (resposta para a segunda pergunta). A previsibilidade do Direito se encontra nas decisões presentes na convenção e quando não existe essa explicitação (e a convenção se esgota), os juízes devem encontrar um fundamento com visão prospectiva por meio do poder discricionário, criando o direito até então inexistente (resposta para a terceira pergunta).

O Direito como integridade (DWORKIN, 2007, p. 119-120) também admite a relação entre Direito e coerção, pois a força pública deve ser usada somente em conformidade com os direitos e as responsabilidades que “decorrem” de decisões políticas anteriores (resposta para a primeira pergunta). Essa vinculação beneficia a sociedade por oferecer não apenas coerência, mas também por assegurar entre os cidadãos um tipo de igualdade capaz de tornar a comunidade mais fraterna por apresentar uma justificativa moral para o exercício do poder (resposta para a segunda pergunta). Desse modo, os direitos e as responsabilidades decorrem de decisões anteriores e possuem valor legal não só quando explícitos na decisão, mas também quando procedem de princípios e aspectos morais que as decisões pretéritas pressupõem a título de fundamento (resposta para a terceira pergunta).

O fundamento do Direito possui, necessariamente, uma base valorativa e principiológica, estando superado o sistema estrito de regras. A coerência com as decisões do passado ainda ocupa importante lugar na teoria de Ronald Dworkin, mas analisada no contexto da integridade. O fetiche da coerência pela coerência encontra-se superado e a retirada do agulhão semântico passa pela compreensão da estrutura interpretativa do Direito, que se abre para além das regras, com uma estrutura valorativa e moral que integra os princípios ao Direito, a fim de sepultar o poder de criar as normas pelos magistrados e administradores e a separação entre interpretação e aplicação, características tão comuns ao Positivismo Jurídico.

3.3 A COMPREENSÃO DA ESTRUTURA INTERPRETATIVA DO DIREITO E A CONSEQUENTE RETIRADA DO AGUILHÃO SEMÂNTICO

Com a inserção dos princípios, a plenipotenciariade da regra perde espaço como fonte e pressuposto do sistema jurídico vigente. A abertura aos princípios altera toda a estrutura de funcionamento do Direito, que passa a ser necessariamente argumentativo e interpretativo, superando a função meramente arqueológica do juiz, magistrado ou administrador, inerente ao Positivismo Jurídico.

Em um conceito de Direito baseado no sistema estrito de regras, a existência de regras conflitantes implica a exclusão de uma delas. Nesse contexto, se uma regra é considerada como válida, outra não pode ser a conclusão no âmbito do Positivismo Jurídico. O problema se apresenta por se tratar de uma proposta teórica que se fecha aos princípios e à Moral, como se as regras, por si só, fossem capazes de dar uma resposta para todas as indagações dos inúmeros e irrepetíveis casos concretos. Dar um passo além dessa limitação semântica é o desafio imposto a todos que buscam uma teoria do Direito que não se esgote nas convenções previamente estabelecidas. Faz-se necessário, portanto, retomar o questionamento acima: como é possível retirar esse agulhão semântico?

Dworkin (2007, p. 57), ao responder à pergunta, traça um paralelo entre as regras de cortesia em determinada sociedade fictícia e a resposta no âmbito do Positivismo Jurídico e do Direito como integridade. Imagine-se que os membros dessa sociedade sigam um certo conjunto de regras que foi previamente estabelecido. Uma delas determina que os camponeses tirem o chapéu quando estiverem diante dos nobres. Por um certo tempo, essa regra existe simplesmente por ser uma regra, ou seja, ela se apresenta válida por ser consensualmente aceita. Supõe-se, em seguida, que os membros dessa sociedade fictícia sejam capazes de desenvolver uma densa e profunda atividade interpretativa em face das regras de cortesia. Observe-se que essa atividade, para Dworkin, ocorre mediante a análise três níveis ou etapas interpretativas, cada qual com um propósito distinto.

No primeiro nível interpretativo²⁸, deve-se individualizar e identificar as regras ou os padrões necessários para fornecer a individualização da prática (DWORKIN, 2012, p. 139). Em outras palavras, no caso das regras de cortesia, consiste na conduta propriamente dita, qual seja, o dever de os camponeses tirarem o chapéu diante dos nobres. Essa é a norma individualizada em razão do estudo das práticas sociais da sociedade fictícia. Em razão dessa natureza interpretativa, cabe ao intérprete buscar as práticas, as condutas, os paradigmas que fundamentam, no exemplo narrado, os atos de cortesia. Como se trata de um exemplo relativo à conduta humana, a busca pode abranger inclusive as práticas presentes na literatura e em filmes dessa determinada sociedade (MACEDO JUNIOR, 2014, p. 229).

²⁸ Sobre o primeiro nível interpretativo, uma observação se faz necessária. No livro *O império do Direito*, Dworkin chamava esse momento de etapa “pré-interpretativa”, nomenclatura que poderia levar à equivocada conclusão de que inexistiria interpretação. Por isso, em *Justiça para ouriços* (DWORKIN, 2012, p. 139), tal nomenclatura é abandonada, de modo a dividir a interpretação em três níveis, tal como se expõe.

No segundo nível interpretativo, busca-se uma justificativa geral para as regras e padrões identificados na etapa anterior a partir do próprio contexto no qual as regras e padrões foram identificados, cabendo ao intérprete a difícil tarefa de agir como alguém que atribui um sentido pertinente à prática identificada na etapa anterior (DWORKIN, 2007, p. 81; 2012, p. 139). Dworkin (2007, p. 81) ressalta que a justificativa geral não tem por obrigação se ajustar a todos os aspectos ou todas as características da prática previamente identificada, devendo, na verdade, adequar-se o suficiente para que o intérprete possa se ver como alguém que realmente interpreta tal prática, sem que invente uma nova prática ou mesmo busque uma justificativa descontextualizada da prática. No caso da sociedade fictícia, a justificativa geral para a regra de cortesia pode ser compreendida como a deferência ou o respeito que os camponeses possuem em face dos nobres, uma vez que esses compõem uma casta mais elevada na estrutura da sociedade. Isso ocorre porque qualquer regra, qualquer pressuposto, deve ter um valor, um interesse ou um princípio, ou seja, alguma finalidade.

No terceiro nível interpretativo (ou etapa da reformulação), o intérprete ajusta “[...] sua ideia daquilo que a prática ‘realmente’ requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa”, (DWORKIN, 2007, p. 81, grifo do autor), ou seja, o intérprete tenta identificar uma melhor compreensão do sentido da prática identificada no primeiro nível (DWORKIN, 2012, p. 139). Verifica-se, argumentativamente, se a justificativa geral (segunda etapa da interpretação) realmente potencializa a prática analisada (primeira etapa da interpretação), pois é possível identificar cinco resultados possíveis: a) diante de novos valores e argumentos, a prática pode ser abandonada; b) diante de novos valores e argumentos, a prática pode ser mantida tal como inicialmente identificada, mas com um novo fundamento; c) diante de novos valores e argumentos, a prática sofre alterações, mas ainda assim é mantida; d) a justificativa geral apresentada na segunda etapa da interpretação coincide com os valores da terceira etapa interpretativa, uma vez que os valores relativos à época da prática ainda constituem os valores atuais da sociedade, de modo que a prática não sofre alteração; e) a justificativa geral apresentada na segunda etapa da interpretação coincide com os valores da terceira etapa interpretativa, uma vez que os valores relativos à época da prática ainda constituem os valores atuais da sociedade, mas o intérprete entende que a prática pode evoluir e sofrer alguma alteração que melhor represente a sociedade.

Por isso, Dworkin (2012, p. 139) entende que o ceticismo não encontra lugar numa teoria realmente preocupada com o valor. Se os princípios constituem condição para o

funcionamento do Direito e os princípios possuem uma carga valorativa, mostra-se necessário o abandono da simples coerência inerente ao Positivismo Jurídico. Afinal, existe um valor a ser perseguido pela interpretação, cuja resposta se mostra mais adequada àquele caso concreto, algo inviável no sistema estrito de regras. Enquanto o positivismo trabalha as regras no sistema do tudo-ou-nada, o reconhecimento da existência dos princípios abre um leque de possibilidades interpretativas até então não imaginadas, tanto que os cinco resultados anteriormente citados são somente alguns entre as inúmeras possibilidades que somente o caso concreto pode propiciar.

Em razão do que foi exposto, na terceira etapa interpretativa relativa ao caso narrado, os cidadãos podem concluir que o fundamento da cortesia não se apresenta como aquele imaginado inicialmente, de modo a se constatar que, ao invés de demonstrar deferência ou respeito, na verdade, se traduziria numa forma de os nobres imporem a ideia de uma superioridade social, como se uma casta privilegiada fossem, porquanto os camponeses concluiriam pela necessária e inevitável abolição das regras de cortesia. Em uma segunda hipótese, com a premissa de uma readequação dos pressupostos da prática social, é possível também que os camponeses concluam que a regra deva ser, na verdade, readequada dentro de um novo contexto, para ser dirigida, por exemplo, às mulheres ou às pessoas idosas que serviram o país em eventual guerra. Mesmo nos casos em que a regra de cortesia seja mantida — apesar de substancialmente reformulada —, ela não decorre simplesmente de um sistema estrito de regras (ordem estática, consensual e previamente determinada). Ao contrário, ela se fundamenta em uma postura interpretativa dos cidadãos em outorgarem a ela um significado que foi construído com base em uma finalidade, valor ou princípio.

Como salienta Macedo Junior (2014, p. 230-231), no dia a dia da sociedade as três etapas acontecem a todo o momento, de modo que elas se mostram menos evidentes do que a divisão estanque nos três momentos mencionados. É o compartilhamento de um paradigma, de um determinado modo de ver o mundo, que permitirá que os membros de uma comunidade percebam como a interpretação existe e funciona. Não obstante, é possível a existência de desacordos entre os membros, com mais de uma interpretação de determinada prática na sociedade. O desacordo, na verdade, pode existir nas três etapas da interpretação, seja ao identificar a prática, seja ao buscar a sua justificativa geral, seja ao ajustar a prática a uma melhor justificativa. O próprio Dworkin responde esse problema ao trabalhar os níveis de consenso necessários em cada etapa da interpretação:

Podemos agora retomar nossa exposição analítica para compor um inventário do tipo de convicções, crenças ou suposições de que uma pessoa necessita para interpretar alguma coisa. Ela precisa de hipóteses ou convicções sobre aquilo que é válido, enquanto parte da prática, a fim de definir os dados brutos de sua interpretação na etapa pré-interpretativa; a atitude interpretativa não pode sobreviver a menos que membros da mesma comunidade interpretativa compartilhem, ao menos de maneira aproximada, as mesmas hipóteses sobre isso. Ela também precisará de convicções sobre até que ponto a justificativa que propõe na etapa interpretativa deve ajustar-se às características habituais da prática, para ter valor como uma interpretação dela e não como invenção de algo novo. (...) Uma vez mais, não pode haver uma disparidade muito grande entre as convicções de diferentes pessoas sobre tal adequação; só a história, porém, pode nos ensinar o que deve ser visto como excesso de discrepância. Finalmente, essa pessoa vai precisar de convicções mais substantivas sobre os tipos de justificativa que, de fato, mostrariam a prática sob sua melhor luz, e de juízos sobre se a hierarquia social é desejável ou deplorável, por exemplo (DWORKIN, 2007, p. 83).

Com o abandono do consenso de convenção, inerente ao Positivismo Jurídico, Dworkin ressalta a relevância do consenso de convicção como integrante da atitude interpretativa. Tal atitude é construída, substancialmente, do ponto de vista da sociedade na qual a prática está inserida, tendo como pressuposto a ideia de que essa proposta interpretativa é inserida em um contexto de/e para uma comunidade de pessoas livres e iguais. Essa interpretação só sobreviverá se refletir a História e os anseios da sociedade; do contrário, a morte será seu caminho inevitável.

Desse modo, a regra de cortesia evolui de um aspecto criterial para outro interpretativo e argumentativo. Inicialmente, a regra de cortesia era identificada exclusivamente com base nos critérios previamente estabelecidos. A regra de cortesia era válida porque aceita consensualmente, de modo que se um camponês estivesse de frente para o nobre, sua conduta deveria ser de tirar o chapéu. Ao final, com o abandono do aspecto criterial e o reconhecimento do seu aspecto interpretativo, a cortesia não pode ser admitida com fundamento em simples consenso de convenção, devendo trazer em si uma finalidade, um valor ou um princípio. A regra de cortesia, devidamente interpretada, traz em si uma melhor compreensão da prática, podendo levar a depender da sociedade e do caso concreto, ao seu abandono ou readequação a outro contexto social. Toda prática possui um valor, guardando coerência não só com as decisões do passado, mas, também, buscando dar um significado a essa prática, pensando nas futuras condutas.

A regra-base continua válida, mas o intérprete agrega um valor capaz de evoluir a prática com singelas, mas relevantes, mudanças que mostram a sociedade por uma melhor luz. O resultado, no caso das regras de cortesia, passa a ser moldado a partir da interpretação e da argumentação analisada a partir do caso concreto, tendo como referência não só a regra, mas

todo o complexo normativo estruturado também com princípios. Tem-se uma evolução paradigmática do conceito de Direito e da interpretação subjacentes às práticas sociais. Com isso, o agulhão semântico é retirado, acarretando o fracasso da ideia de consenso de convenção e de regras compartilhadas desprovidas de valor. É por isso que essa evolução não ocorre sem uma necessária conscientização crítica e reflexiva do que está subjacente em cada tomada de decisão do ser humano, devendo reconhecer a limitação e a exaustão do paradigma no qual está inserido para, somente então, ser capaz de se reinventar para um novo mundo intersubjetivo da linguagem e da hermenêutica.

No entanto, nem todas as pessoas são capazes de superar o paradigma no qual estão inseridos e a resistência à mudança apresenta-se como algo da natureza humana, ao mesmo tempo em que se coloca como um desafio imposto a todos. Requer conscientização, estudo e, principalmente, o reconhecimento do próprio indivíduo acerca da necessidade de abandonar-se o que até então era supostamente certo e tão natural, em especial por ser o paradigma constitutivo do que cada pessoa representa para o mundo. Essa autorreflexão é o que possibilitar o ser humano reinventar-se para viver um novo horizonte de possibilidades, ao mesmo tempo em que também o novo paradigma limita a sua compreensão. Afinal, toda nova argumentação, todo novo paradigma e, portanto, toda nova luz, apesar de mudarem o seu ângulo de incidência, certamente projetarão novas sombras.

A partir dessas reflexões, o atual paradigma constitucional não se apresenta como um campo propício para a manutenção e o desenvolvimento do Positivismo Jurídico. Contudo, a problemática não diz respeito acerca da utilização (ou não) do Positivismo Jurídico no âmbito do Estado Democrático de Direito, até porque ele acaba por reaparecer em razão das equivocadas premissas teóricas dos julgadores ou dos administradores. Na verdade, esse conceito do Direito não possui as premissas necessárias para desenvolver-se em uma esfera de pré-compreensões distinta daquela para a qual foi projetada, tal como o paradigma do Estado Social, de modo que a superação do positivismo se mostra como o único caminho possível.

O Positivismo Jurídico, portanto, não encontra fundamento suficiente para o seu adequado uso no Estado Democrático de Direito. É como se faltasse algum pressuposto para que suas elementares possam, de fato, funcionar. Insere-se, nesse contexto, a referência, tão comum no positivismo, ao jogo de xadrez, na qual o jogador só é capaz de efetivamente “jogar xadrez” se o fizer dentro das regras previamente aceitas, de modo que se uma das peças não estiver no tabuleiro, mostra-se conceitualmente difícil sustentar que ali ainda se está jogando o xadrez.

3.4 UMA APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO E A LITERATURA: A EVOLUÇÃO DO XADREZ À INTERPRETAÇÃO CRIATIVA NO ÂMBITO DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

Duas pessoas, uma de frente para a outra e com um tabuleiro de jogos em cima da mesa, estão prestes a iniciar uma partida de xadrez. Em um dos lados do tabuleiro, todas as peças estão postas. Do outro, o lugar da rainha está vago. Ela foi perdida em algum momento do passado. A fim de equilibrar a partida, o jogador do lado que tem a rainha decide por excluir a peça do tabuleiro. Os dois iniciam a partida. Uma terceira pessoa também está no local do jogo e observa a partida desenrolar; em determinado momento pergunta aos envolvidos: ainda se trata de xadrez, se o jogo é disputado sem rainhas?

O caso é fictício, mas o questionamento foi elaborado por Hart (2011, p. 9). O autor entende que tal pergunta se mostra relevante para demonstrar um debate mais profundo relativo ao Direito e, de modo mais específico, sobre a concepção do Direito que deve prevalecer. Esse paralelo serve, de acordo com o autor, para trabalhar a ideia do Direito vigente. Nessa linha de pensamento, Ross (2000, p. 36) pontua que o movimento das peças de xadrez não diz respeito a uma relação de causa e efeito; pelo contrário, o xadrez é coparticipativo, havendo um revezamento entre os jogadores. A vida em sociedade — e daí, como consequência, o Direito — equipara-se a esse modelo de xadrez, uma vez que várias ações de uma pessoa no âmbito de uma sociedade repercutem em um todo social.

As possíveis ações em um jogo de xadrez decorrem de um sistema estrito de regras pré-estabelecido. Por isso, na situação narrada, a pergunta do observador externo se mostra pertinente. Jogos como o xadrez possuem regras prévias, fixadas em convenções passadas que estabelecem os limites e possibilidades de cada movimento dessas peças do jogo. Essas convenções devem ser obedecidas simplesmente por serem as regras do jogo. Em razão de o observador externo conhecer as regras do xadrez, o que qualifica um jogo como “xadrez” é exatamente o respeito a essas regras. Sem o respeito às regras, existe sim um jogo, mas não o jogo de xadrez.

Dworkin, por outro lado, entende ser incabível a relação entre xadrez e Direito ou entre xadrez e as práticas sociais. A comparação para um positivista mostra-se adequada, pois os dois modelos se baseiam em um sistema estrito de regras, fundado no consenso e blindado a

aspectos externos como a Moral. A complexidade social é muito mais rica do que a tentativa de comparar um sistema de regras do jogo de xadrez à vida em sociedade. Um dos motivos para tal fundamento já foi trabalhado. O jogo de xadrez consiste em um jogo tipicamente criterial, que não aceita a existência de divergências teóricas, de modo que a aceitação dessas controvérsias levaria, por consequência, à inexistência da própria convenção necessária ao funcionamento do Positivismo Jurídico e ao funcionamento do xadrez. O xadrez não proporciona o debate e se mostra impossível de trabalhar com conceitos interpretativos, pois se fundamenta na aceitação (consenso de convenção) das regras estabelecidas. Afinal, a comparação do Direito com xadrez resulta na exclusão do valor necessário à correta interpretação das práticas sociais.

Desse modo, Dworkin supera a comparação do Direito com qualquer jogo, como o jogo de xadrez, ao entender mais apropriada a comparação entre o Direito e a literatura. Em um dos primeiros textos a fazer essa comparação, presente no livro *Uma questão de princípios*, o autor defende que o Direito se assemelha a uma forma bem peculiar de interpretação literária, pois essa busca, tal como o Direito deve buscar, a hipótese de que “[...] a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte” (DWORKIN, 2005, p. 222).

Na literatura, várias escolas e várias correntes teóricas se engajam em tal propósito, mas nem todas se mostram adequadas a essa finalidade. Por sua vez, algumas teorias da Arte pontuam alguns pressupostos (DWORKIN, 2005, p. 225-227) para que a hipótese anterior seja alcançada: a) a Arte não existe isoladamente da Filosofia, da Psicologia, da Sociologia e da Cosmologia; b) a Literatura não possui uma única função ou propósito; c) um romance pode ser valioso em vários sentidos e só são descobertos lendo, olhando ou escutando, mas nunca mediante uma reflexão abstrata; d) o intérprete da Arte é capaz de alcançar a melhor resposta para a questão substantiva colocada pela interpretação.

Ademais, outro pressuposto consiste na superação da intenção do autor como modelo ideal de interpretação da obra. Isso ocorre porque certos autores da teoria da Arte pontuam que o valor ou significado da Arte vincula-se ao que o autor pretendia. Para tal entendimento, a intenção do autor que fez a obra de arte é considerada como a melhor interpretação. Dworkin (2005, p. 232), com fundamento em uma teoria da Arte mais adequada, critica tal questão a partir da volatilidade da intenção do autor. Enquanto ao escrever o autor acreditava que sua interpretação era em determinado sentido; alguns anos depois compreende que a interpretação

que fizera estava errada. Ou ainda, ao assistir um filme tendo como referência a sua obra, o autor pode acreditar que a interpretação agora apresentada se figura mais adequada do que aquela pensada inicialmente e passa a compreender que essa era, desde o início, o seu modo de pensar.

Ou o autor repentinamente percebe que antes tinha uma “intenção subconsciente”, que só agora ele descobre, ou mudou de intenção depois. Nenhuma dessas explicações é satisfatória. O subconsciente torna o perigo de tornar-se o flogisto^[29] aqui, a menos que haja alguma prova independente, além da nova visão que o autor tem de sua obra para sugerir que ele tinha uma intenção subconsciente anterior (DWORKIN, 2005, p. 232).

Dworkin não rejeita a relevância da interpretação do autor como parte da História de determinada comunidade, mas a compreende como inserida em um romance mais complexo que deve avaliar toda a sua evolução ao longo dos anos para que seja capaz de mostrar essa comunidade por uma melhor luz. O problema não é a mudança da interpretação que o autor pode ter, mas sim em acreditar que essa mudança decorre do “eu interior” desse autor sem considerar a evolução da História e da sociedade como constitutivas desse papel. Por isso, a mudança de opinião decorre de uma nova interpretação feita em relação à obra criada: “Se é verdade que mudou de ideia novamente, depois de ver o filme, isso não foi, outra vez, uma nova intenção retrospectiva ou uma antiga intenção redescoberta. Foi outra interpretação” (DWORKIN, 2005, p. 233).

No Direito, essa mudança de entendimento deve ser compreendida como uma consequência da evolução do pensamento, da hermenêutica e do paradigma no qual a sociedade está inserida. Um exemplo pode ser verificado a partir da interpretação do termo “Nós, o Povo” (*We, The People*), presente na Constituição dos Estados Unidos. Os escravos afro-americanos passaram por um gradual processo de incorporação dos seus direitos à identidade do sujeito constitucional norte-americano, representado pela compreensão dos limites e possibilidades da expressão “Nós, o Povo” (*We, The People*) ao longo dos anos (ROSENFELD, 2003, p. 23 e 24).

Em síntese, no ano de 1787, o termo fazia referência exclusivamente às pessoas brancas e possuidoras de terras, sem incluir, via de consequência, os escravos afro-americanos. A abolição da escravatura não encerrou o problema, tanto que, no ano de 1896, no caso *Plessy*

²⁹ Substância que os químicos do século XVIII supunham existir nos corpos inflamáveis e que era liberada na combustão. Em outras palavras, o intérprete cria uma interpretação para sustentar fatos que não compreende exatamente ou que não consegue explicar.

vs. Ferguson, a Suprema Corte dos Estados Unidos vetou aos afro-americanos o direito de compartilharem o mesmo vagão de trem com os brancos. Consolidou-se, com esse precedente, a doutrina do *separate but equal* (separados, mas iguais), já que tanto aos negros quanto aos brancos, *v.g.*, foi garantido o direito ao transporte público, mas em vagões diferentes, do mesmo modo que a ambos foi conferido direito à educação pública, mas em escolas distintas (APPIO, 2008, p. 246). Isso ocorreu em muito pela influência da interpretação do autor, que ainda era dominante na sociedade. A consolidação da doutrina do *separate but equal* representa exatamente a dificuldade em, de fato, o intérprete superar a interpretação do autor e ser capaz de alcançar a melhor resposta para a questão substantiva (direito à igualdade) colocada pela interpretação.

Esse processo de superação do paradigma foi tão lento que somente em 1954 houve o abandono da doutrina do *separate but equal*, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos se pronunciou no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, admitindo que alunos brancos e negros poderiam frequentar a mesma sala de aula:

A Suprema Corte também acertou no caso *Brown* porque adotou uma postura estratégica. Em vez de desde logo destacar de que maneira o precedente deveria ser cumprido nas escolas públicas estaduais, pondo fim a um sistema profundamente enraizado na cultura dos Estados sulistas — o que traria gravíssimas consequências para a ordem pública nesses locais —, a Suprema Corte optou por um viés moderado, simplesmente anunciado que a segregação era inconstitucional (APPIO, 2008, p. 248).

Esse posicionamento foi necessário para possibilitar que o debate público tratasse das diretrizes a serem implantadas para corrigir as distorções históricas e sociais, superando, enfim, a interpretação do autor como fundamento para o direito à igualdade. Em que pese a repercussão do julgado e o importante passo que foi dado, observa-se, até os dias atuais, um *deficit* histórico em relação aos direitos dos negros, tanto que é imprescindível a existência de ações concretas (como as ações afirmativas) a fim de ajustar os problemas criados pela inadequada evolução do Direito.

Em síntese, a expressão “Nós, o Povo” (*We, The People*) foi cunhada no decorrer da história do constitucionalismo americano, moldando e estruturando direitos como a igualdade e a liberdade. Nesse ponto, a tarefa de reinterpretar o sujeito constitucional em face de cada decisão da Suprema Corte ganha especial relevância:

Todas as decisões constitucionalmente significativas produzem algum impacto na identidade constitucional e assim, por isso mesmo, requerem justificação. A

reconstrução fornece meios para se realizar a tarefa de justificação e torna possível a defesa convincente ou a condenação das construções associadas ao processo da tomada de decisão constitucional. [...] A tarefa de reconstrução é a de harmonizar esses novos elementos com os anteriormente já existentes; ou, à proporção que os novos elementos rompem com as relações estabelecidas entre os elementos anteriores, recombina todos os elementos envolvidos em um quadro inteligível e persuasivo (ROSENFELD, 2003, p. 45 e 46).

Nessa reconstrução, o intérprete desempenha um relevante papel, a fim de compreender que cada nova decisão representa mais um capítulo desse complexo romance e que todos os capítulos estão necessariamente interligados. Em outras palavras, a criação de um romance, de uma pintura ou de qualquer arte pressupõe considerar tais artes como algo que se separa do autor e essa importante descoberta de parte das teorias da Arte trabalhada por Dworkin (2005, p. 232) serve como referência ao Direito, no sentido de que, apesar de a intenção do autor possuir um peso na construção da interpretação (e dela fazer parte), tal intenção não vincula a historicidade da interpretação e não se apresenta determinante, pois se limitaria a uma visão extremamente restrita do valor que a obra de arte (ou de um direito) pode ter.

Superada essa questão, Dworkin (2005, p. 236) trabalha com um exemplo para mostrar como a interpretação literária deve ser vista como um modelo para o método central da análise jurídica. Imagine que uma determinada pessoa contrate um grupo de romancistas para escrever um romance, sendo que o contratante decide por jogar dados para definir qual será a ordem de participação de cada romancista. Cabe ao primeiro romancista escrever o capítulo de abertura do romance. Os sucessores, na ordem estabelecida, possuem a dupla responsabilidade de interpretar e criar. Devem não só ler e interpretar os capítulos prévios para estabelecer o romance (decidir como os personagens são e os motivos que os orientam, compreender o propósito do romance e muito mais), mas também escrever um novo capítulo a fim de direcionar o romance em um ou em outro sentido:

Em meu exercício imaginário, porém, espera-se que os romancistas assumam sua responsabilidade seriamente e reconheçam o dever de criar, tanto quanto puderem, um romance único, integrado, em vez de, por exemplo, uma série de contos independentes com personagens de mesmo nome (DWORKIN, 2005, p. 237).

Reside exatamente nesse contexto o paralelo com o Direito, na medida em que, em especial nos casos controversos, o argumento central gira em torno dos princípios que podem fundamentar a decisão a se tomar, que tem como ponto de partida a análise das decisões tomadas no passado pelas instituições. O juiz, o administrador ou qualquer intérprete compreende um romancista na complexa tarefa de escrever o capítulo seguinte:

Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomando como um todo, o propósito ou o tema da prática até então (DWORKIN, 2005, p. 238).

Essa interpretação jurídica, tal como a interpretação artística, deve possuir identidade, coerência e integridade, de modo que ela deve passar por um teste que envolve duas dimensões (DWORKIN, 2005, p. 239): deve ajustar-se às práticas do passado (dimensão do ajuste) e demonstrar sua finalidade ou valor (dimensão da substância)³⁰.

Guest (2010, p. 52) afirma que o ajuste tem por objetivo garantir uma sequência entre os capítulos, sem que um romancista simplesmente ignore o que já foi escrito, de modo a impedir que sempre se reinicie um novo romance sem qualquer referência à prática até então existente. Trata-se, de fato, de uma limitação direcionada à interpretação (do Direito), sendo que um exemplo da literatura explica bem essa dimensão do romance em cadeia.

Essas limitações serão coisas como os nomes dos personagens (“Christine”, no primeiro capítulo, não pode, sem que nenhuma razão seja oferecida, ter o nome de “Thug” no segundo capítulo, por exemplo), a linguagem (seria loucura se o primeiro capítulo fosse em inglês e o segundo em sânscrito), e enredo (imagine se não houvesse explicações lógicas para alterações de lugar, tempo e comportamento de qualquer dos personagens) (GUEST, 2010, p. 52, grifos do autor).

Não se impede, portanto, uma mudança de rumo na prática jurídica, mas se refuta que essa alteração ocorra sem um fundamento substancial ou mesmo sem fazer referência ao que até então estava consolidado. É por isso que a dimensão do ajuste se apresenta como uma dimensão necessariamente interpretativa e argumentativa, de modo a outorgar um ônus ao intérprete em justificar o caminho que tomará. No entanto, não basta ao intérprete a outorga da necessidade em justificar o caminho que tomará, sendo necessário que esse caminho mostre o Direito por uma melhor luz. Trata-se da dimensão da substância, na medida em que uma pergunta deve conduzir o intérprete ao compreender essa dimensão do romance em cadeia: Qual desenvolvimento do romance tornaria esse romance melhor?

A resposta a essa pergunta é, novamente, interpretativa. O romancista pode decidir que o romance seria melhor se a timidez de um personagem for enfatizada ao invés de diminuída, por exemplo, quando se demonstrar que esse traço é particularmente

³⁰ Na tradução feita ao livro de Stephen Guest (2010, p. 51), as duas dimensões que Ronald Dworkin trabalha foram chamadas de substância e ajuste, tal como foi colocado no texto.

humano diante de acontecimentos importantes. Ele pode, por exemplo, decidir que seria um romance menor se fosse demonstrado que a timidez fosse retratada como covardia, ou que ela seria uma boa qualidade para um jogador de pôquer. Embora cada uma dessas decisões se “ajustasse” à timidez do personagem nos capítulos anteriores, um julgamento substantivo a respeito da direção e valor do romance teria de ser feito a respeito do desenvolvimento dos personagens (GUEST, 2010, p. 55, grifo do autor).

Deve-se ter em mente que cada uma dessas afirmações possui, tal como no Direito, uma natureza controvertida, relativa a uma divergência teórica (e não empírica) do intérprete. De fato, todos os caminhos traçados se ajustam à timidez do personagem, mas nem todas são capazes de mostrar, ao mesmo tempo e com igual substância, o que se escreveu do romance e o que se buscará daquele capítulo em diante. As consequências podem ser trágicas se a decisão do romancista for equivocada, de modo a empobrecer o romance se comparado com o que ele poderia realmente ser (GUEST, 2010, p. 53-55).

Essas duas dimensões apresentadas em *Uma questão de princípios* (DWORKIN, 2005, p. 239) são retomadas em *O império do Direito*, a partir de um aprofundamento teórico do romance em cadeia e sua utilidade no âmbito do Direito como integridade. Portanto, nessa obra, Dworkin passa a conferir uma especial atenção ao papel do romancista, bem como avança na relação entre interpretação jurídica e interpretação artística. Seguindo na consolidação das bases da sua proposta do Direito como integridade, Dworkin aprofunda o estudo do romance em cadeia e compreende o romancista como um verdadeiro intérprete capaz de conciliar, por um lado, as regras e os princípios presentes no ordenamento jurídico e, por outro lado, a construção de uma complexa história da prática substancialmente fundamentada em princípios e valores, resultando em um complexo projeto capaz de mostrar o Direito pela sua melhor luz:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais e os objetivos práticos dos políticos que o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado (DWORKIN, 2007, p. 274).

Esse romancista não tem como fim reescrever o que cada membro dos Poderes da República considerava necessário para uma tomada de decisão, em especial porque muitos desses argumentos se apresentam mais como um argumento de política do que como um argumento de princípios. De igual modo, o romancista não se restringe à análise de eventos isolados ou

votos vencidos, já que a história a ser contada não é de um ou outro cidadão, mas da comunidade personificada que se coloca para além dos individualismos. O romance em cadeia instrui o romancista a compreender a escrita do novo capítulo a partir das duas dimensões da integridade, no sentido de que deve haver uma continuidade com o capítulo pretérito, cabendo ao intérprete considerar e ponderar todas as possíveis interpretações para que exista uma relação com os capítulos escritos. Busca-se a possibilidade de o texto fluir de forma natural, capaz de substancialmente justificar o curso de uma história das práticas que seja adequada para reconstruir com coerência e integridade o ordenamento jurídico de determinada comunidade.

Como esse conceito de Direito não está demasiadamente preocupado com individualismos ou votos vencidos, Ronald Dworkin propõe a compreensão de sua abordagem teórica no âmbito de uma “comunidade personificada”, ou seja, o romance deve apresentar a ideia de que foi escrito por um autor (a comunidade personificada) e não por diversas pessoas, pensamentos divergentes ou mesmo pressupostos teóricos supostamente inconciliáveis. Com isso, o autor Dworkin (2007) aborda mais um pressuposto teórico do Direito como integridade, qual seja, o conceito de “comunidade personificada”. Esse conceito não se confunde com os indivíduos que fazem parte de uma sociedade, mas está preocupado com os pressupostos materiais do agir subjacente a toda essa sociedade:

A integridade pressupõe 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 se engajar em convicções, ideais ou projetos (DWORKIN, 2007, p. 204).

Em síntese, o Direito como integridade confere aos magistrados, administradores, promotores e delegados de polícia a obrigação de identificarem os direitos e os deveres materialmente justificados em um sistema jurídico, tendo como premissa de que foram criados pela comunidade personificada. Busca-se, com isso, uma concepção íntegra e coerente de justiça, processo legal adjetivo e equidade daquilo que compõe a prática jurídica de uma sociedade e das instituições (DWORKIN, 2007, p. 271). Essa identificação de direitos e deveres no ordenamento jurídico passa, necessariamente, pela consolidação da ideia de romance em cadeia no contexto das três etapas da interpretação anteriormente expostas, isto é, as três etapas da interpretação devem ser analisadas a partir da responsabilidade decorrente da personificação da sociedade. Ao se voltar para o passado, existem as duas primeiras etapas da interpretação e, ao se voltar para o futuro, ganha relevância a terceira etapa da interpretação,

uma vez que tanto a terceira etapa interpretativa quanto a preocupação futura do romance em cadeia buscam uma finalidade, um valor ou um princípio. Cada novo capítulo deve passar, necessariamente, por essa estrutura interpretativa.

O Direito como integridade, pensado a partir do romance em cadeia e das três etapas interpretativas, corporifica nessa estrutura as duas dimensões antes mencionadas, por trazer, ao mesmo tempo, uma preocupação com as práticas do passado em relação ao presente (dimensão do ajuste) e uma preocupação com a finalidade, o valor ou o princípio subjacente a tais práticas (dimensão da substância). O autor, com tal proposta, majora o grau de responsabilidade de que se espera do aplicador da norma, a fim de que seja realmente preocupado com a história materialmente fundamentada que precede o caso concreto, do mesmo modo que se espera, ainda, uma decisão capaz de mostrar a comunidade por uma perspectiva melhor.

Na obra *A Justiça de toga*, ao responder o pós-escrito de Hart, Dworkin refina ainda mais a sua teoria, dando novos contornos à dimensão do ajuste e à dimensão da substância (também chamada, a depender da tradução, de dimensão da “justificação” ou da “adequação”) que gerará um impacto nos conceitos de legalidade e de validade:

Adverti que “ajuste” e “justificação” são apenas termos designativos de duas dimensões aproximadas da interpretação, e que seu aprimoramento exigiria uma análise mais cuidadosa de outros valores políticos independentes que nos permitissem aprofundar o entendimento dessas dimensões, de modo a descobrir, por exemplo, um modo de integrá-las a uma avaliação geral da superioridade interpretativa quando elas tomam direções opostas. Parece-me agora que os conceitos políticos fundamentais que devem ser assim explorados são os que remetem à imparcialidade processual, que constitui a essência da dimensão do ajuste, e à justiça substantiva, que constitui a essência da justificação política. Em outras palavras, compreender melhor o conceito de legalidade significa ampliar a discussão da decisão judicial de modo a incluir um estudo desses outros valores (DWORKIN, 2010, p. 243, grifos do autor).

A compreensão das essências presentes na mencionada obra será retomada na próxima seção, em razão da nova leitura que o autor faz do conceito de legalidade. De todo o modo, desde já, deve-se registrar que Ronald Dworkin não aceita a mera uniformidade, ou seja, a mera coerência da nova decisão com as decisões pretéritas, na medida em que uma comunidade de princípios busca também um valor e uma finalidade em cada nova tomada de decisão, para garantir a integridade do sistema jurídico vigente.

Dentro do foi exposto no âmbito do romance em cadeia e da relação entre Direito e Literatura, Dworkin resgata a interpretação jurídica como decorrente de uma interpretação artística. Não só tendo como referência inicial a ideia de interpretação artística, mas, ao mesmo tempo, trabalhando com o que ele vai chamar de “interpretação criativa”, sendo que, tal como a interpretação artística, “[...] ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas” (DWORKIN, 2007, p. 61). Ademais, a interpretação criativa se apresenta como uma “interpretação construtiva”, uma vez que a interpretação deve aprimorar ao máximo a experiência ou o objeto artístico, agregando um valor. Ela se preocupa essencialmente com o propósito ou com a finalidade que o objeto a interpretar possui e não com sua causa ou sua origem (DWORKIN, 2007, p. 63).

É por isso que a interpretação criativa impõe uma imprescindível relação entre propósito e objeto, afastando, conceitualmente, a interpretação jurídica de uma interpretação conversacional (preocupada com a intenção e as pretensões do autor ou orador). Ressalte-se que os propósitos aqui mencionados são, portanto, o do intérprete — com fundamento na ideia de sociedade personificada — e não do autor:

Quero dizer que uma interpretação é, por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado — uma prática social ou uma tradição, tanto quanto um texto ou uma pintura — como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra (DWORKIN, 2007, p. 71).

Apesar dessa aproximação entre a Arte e o Direito, o Direito não é um empreendimento artístico, pois o valor ou a finalidade a se buscar não é, de qualquer modo, um valor artístico. No Direito, como um empreendimento político, a interpretação deve demonstrar o melhor princípio ou a política que serve, como uma questão própria da teoria política da qual o Direito faz parte, para a conformação de uma comunidade de pessoas que se reconhecem como livres e iguais (DWORKIN, 2005, p. 239-240).

3.5 O DIREITO COMO UM EMPREENDIMENTO POLÍTICO E A SUA IMPRESCINDÍVEL RELAÇÃO COM A MORAL

Compreender o sentido político inerente ao Direito constitui um grande desafio em Ronald Dworkin, na medida em que se faz necessário despir de um conceito prévio — e até pejorativo — que a palavra “política” possui em território brasileiro. Buscando romper esse senso comum, Ommati (2015a, p. 173) pontua, a partir de Dworkin, que o projeto político do

Direito busca a formação de uma comunidade de homens livres e iguais. Macedo Junior (2014, p. 211-212) resgata essa ideia e vai além, ao afirmar que a ideia de política em Dworkin se fundamenta na existência de uma intencionalidade, necessariamente vinculada a um agir por legitimação moral para o exercício do poder.

Por isso, na obra *Justiça para ouriços*, o autor norte-americano tem a preocupação de apresentar e expor a complexa relação entre a Moral, o Direito e a interpretação, de modo avançar na relação entre as interpretações criativa e construtiva, até então trabalhadas, para estabelecer uma nova proposta de interpretação:

A interpretação conceptual estrutura-se num pressuposto também diferente: a ideia de que o intérprete procura o significado de um conceito, como a justiça ou a verdade, que foi criado e recriado não por autores particulares, mas pela comunidade a que pertence o intérprete também como autor. Na interpretação conceptual, desaparece a distinção entre criador e intérprete que marca a interpretação colaborativa e explicativa, não porque o intérprete tenha a liberdade de utilizar esses conceitos como quiser, mas porque a sua utilização do conceito, em resposta àquilo que pensa ser a interpretação certa, irá, pelo menos imperceptivelmente, mudar o problema interpretativo que os intérpretes futuros enfrentarão (DWORKIN, 2012, p. 144).

A interpretação, portanto, apresenta-se como um fenômeno social, que busca uma verdade para o caso que se analisa. Quando o intérprete explica alguma prática ou acontecimento, ele o faz atribuindo um valor que a prática ou o acontecimento oferece ou deveria oferecer. A proposta de Ronald Dworkin, portanto, é uma proposta preocupada com o valor e sua relação com a interpretação. Não basta a simples intenção de interpretar, algo comum na tradição norte-americana. Afinal, todos são capazes de interpretar; mas isso, por si só, tem resultado em uma subcultura interpretativa:

Poucos intérpretes têm uma teoria articulada e consciente dos limites ou escopo de algum gênero interpretativo, embora alguns intérpretes acadêmicos tenham tais teorias. A maioria dos intérpretes colige inconscientemente um conjunto de pressupostos não articulados, no âmbito e por meio da sua experiência de interpretar; estes podem refletir apenas os pressupostos paralelos e não questionados de uma subcultura interpretativa a que pertencem, graças à sua educação e formação particulares. Isso ajuda a explicar a inefabilidade que descrevi: por que razão uma interpretação pode parecer convincente para uma pessoa, apenas graças ao que vê no objeto interpretado, apesar de não conseguir dar qualquer explicação cabal para isso (DWORKIN, 2012, p. 140).

No Direito brasileiro, a situação não é muito diferente, como é possível observar, por exemplo, pela importação à brasileira da teoria de Robert Alexy³¹. De igual modo, o tema da

³¹ O tema foi abordado por Morais (2016, p. 176-178) e tal questão será ainda aprofundada na próxima seção. No mesmo sentido, cf. o artigo de Coura e Rocha (2014, p. 37-60).

subcultura interpretativa no Direito Administrativo brasileiro também foi abordado na segunda seção desta tese. É por isso que não basta somente uma boa vontade interpretativa do aplicador da norma, fundamentada exclusivamente na experiência do intérprete. O intérprete deve ter a postura de compreender o compromisso político que cada ato seu possui e o impacto de cada um desses atos nos valores presentes na sociedade personificada.

Por isso, para refinar os estudos das interpretações criativa e construtiva, faz-se necessário perceber o avanço da interpretação conceitual no contexto dessas interpretações, uma vez que se resgatam os conceitos até então trabalhados para inserir relevante característica: essa interpretação é profundamente holística. Em outras palavras, a interpretação exige a articulação de grande número de valores diferentes, sem a existência de hierarquia ou subordinação entre eles, já que, se a rede de valores não for corretamente compreendida, o resultado será catastrófico. Dentro dessa proposta, um valor é capaz de intensificar o outro, em mútua sustentação, na medida em que a correta compreensão de um valor traz necessariamente os demais em sua estrutura (DWORKIN, 2012, p. 161).

Nessa linha de pensamento, Dworkin (2012, p. 163) entende ser necessário falar de um holismo ativo por não existir qualquer “terra firme”. Mesmo quando as conclusões interpretativas são óbvias ou inevitáveis, a ponto de não existir mais nada aparente a se refletir sobre o caso, o intérprete mantém a responsabilidade de constantemente argumentar e fundamentar a sua resposta correta no contexto do respeito à rede de valores. Dworkin (2012, p. 414) constrói a cientificidade de sua teoria com uma base substantiva e defende a existência de uma relação direta entre o Direito e a Moral, ou melhor, em uma relação fundada em uma “estrutura em árvore” (*tree structure*): o Direito decorre do ramo da Moral política e essa se situa no âmbito um tronco ainda maior chamado Moral.

Observe-se que essa proposta apresentada em *Justiça para ouriços* consiste em importante avanço do autor em relação aos seus escritos pretéritos, já que em *Levando os direitos a sério* Dworkin compreende que o Direito e a Moral formam dois sistemas distintos, mas com uma necessária interação entre eles. A superação dessa concepção inicial, o abandono da pureza inerente ao Positivismo Jurídico e a necessária relação entre o Direito e a Moral em Dworkin como um sistema íntegro só foi possível a partir de uma moral racional kantiana que se fundamenta em imperativo categórico. A ideia de imperativo categórico desenvolvida por Kant consiste no resultado de sua busca pelo valor moral da ação. Na medida em que esse valor moral não reside no efeito que se espera da ação e não reside em qualquer princípio da

ação que se fundamenta no efeito que se espera, Kant conclui que o valor moral reside no “princípio da vontade”.

Com exceção da boa vontade, nada pode ser considerado como bom sem limitação (KANT, 2011, p. 21). Por exemplo, em relação aos valores íntimos de uma pessoa, existe a temperança nas emoções, que pode se tornar má como o sangue-frio de um facínora. A boa vontade impossibilita exatamente essa consequência do mencionado valor íntimo, na medida em que é vista como uma corretora dessas condutas e consiste na pura intenção de praticar o dever. No entanto, Kant (2011, p. 27) defende um valor racional para a boa vontade, ao atribuir-lhe a ideia de alteridade e o propósito de existência do ser humano. É nesse contexto que é possível relacionar dever e razão com boa vontade, resultando daí o princípio kantiano da vontade: “[...] devo agir sempre de modo que possa querer também que minha máxima se converta em lei universal” (KANT, 2011, p. 29), por isso deve-se rejeitar a máxima se ela não se converter em uma lei universal.

O resultado da análise do princípio da vontade, qualificado por Kant como lei moral máxima, deve trazer em si três condicionantes para ser qualificada como imperativo categórico (KANT, 2011, p. 66 e 67). A primeira consiste na forma, ou seja, o imperativo deve ter, realmente, o valor de lei universal (universalidade) da natureza. A segunda consiste na matéria (o fim), regida pelo princípio da humanidade³², segundo o qual “[...] o homem existe como fim em si mesmo e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade”. A terceira consiste na ideia de integralidade, ou seja, aceitar o reino dos fins³³ como o reino da natureza. Reconstrói-se, a partir desse contexto, a ideia de boa vontade absolutamente boa que resulta na seguinte lei universal: “[...] age segundo máximas que possam ao mesmo tempo ser tomadas como objeto de si mesmas, como leis universais da natureza” (KANT, 2011, p. 67).

³² O princípio da humanidade de Kant é colocado como uma ideia central na proposta de Dworkin: “[...] é o primeiro exemplo no que respeita ao modo como devemos avaliar-nos a nós próprios e aos nossos objetivos: temos que ver estes como objetivamente, e não apenas subjetivamente, importantes. Temos de pensar, como insiste o nosso primeiro princípio, que é objetivamente importante o modo como corre a nossa vida” (DWORKIN, 2012, p. 273).

³³ O reino dos fins consiste em uma sociedade em que a relação entre os membros ocorre por meio de uma recíproca visão mútua como fim em si mesmo. Dworkin chama a atenção para essa ideia. “Retiramos a conclusão devida daquilo a que chamo o princípio de Kant: para que o valor que encontro na minha vida seja verdadeiramente objetivo, tem de ser o valor da própria humanidade. Tenho de encontrar o mesmo valor objetivo nas vidas de todas as outras pessoas. Tenho que me tratar como um valor em si mesmo e, por isso, com respeito próprio; do mesmo modo, tenho de tratar todas as outras pessoas como fins em si mesmos” (DWORKIN, 2012, p. 273).

Para ilustrar o que foi exposto, Kant (2011, p. 53) cita o exemplo do dinheiro emprestado. Uma determinada pessoa se vê forçada a pegar dinheiro em razão de situações pessoais, sabendo de antemão que não terá condições de quitar o empréstimo dentro do prazo determinado. Caso decida fazer o empréstimo, estará diante da máxima segundo a qual qualquer problema financeiro autoriza a pegar um empréstimo, mesmo sem cumprir a promessa de pagamento da dívida. Essa máxima está de acordo com o amor próprio do cidadão e dentro do seu bem-estar, todavia deve-se verificar se essa máxima é justa, ou seja, o que aconteceria se essa máxima se transformasse em lei universal e válida para todos? Essa máxima se contraditaria por si mesma, na medida em que permitiria todas as pessoas a agirem falsamente, descumprir suas promessas, tornando a relação humana impossível por ninguém mais acreditar no outro. A pessoa que age de acordo com essa equivocada máxima, serve-se do homem como meio, violando o princípio da humanidade. Essa conclusão pode ser facilmente verificada, uma vez que se a pessoa lesada pelo empréstimo tomado soubesse que a promessa não seria cumprida, o acordo jamais seria sacramentado.

Assim, Kant defende que o homem é autônomo e pode agir segundo a sua vontade por estar submetido à lei suprema da moralidade. Dito de outro modo, o livre arbítrio, portanto, é regido pelo princípio da vontade. A ideia de liberdade aparece como conceito-chave para explicar a autonomia da vontade, que é vista como a vontade direcionada à lei moral suprema, tornando possível, ao mesmo tempo, o ideal de liberdade e a materialização do imperativo categórico. Por ser autônomo e membro do reino dos fins, o homem é também o próprio legislador, devendo obedecer somente àquelas leis que ele se dá, dentro das quais as suas máximas ainda pertencem a uma legislação universal à qual ele também se submete:

Que é então que justifica tão elevadas pretensões dos sentimentos morais bons ou da virtude? Nada menos do que a possibilidade que proporciona ao ser racional participar da legislação universal e o torna, por meio disso, apto a ser membro de um possível reino dos fins, ao qual estava destinado já por sua própria natureza e, exatamente por isso, como legislador no reino dos fins, como livre a respeito de todas as leis da natureza, obedecendo unicamente àquelas que ele mesmo se dá, e segundo as quais as suas máximas podem pertencer a uma legislação universal (à qual ele simultaneamente se submete) (KANT, 2011, p. 66).

A partir de uma moral racional, Kant impõe a ideia de que somente o ser humano pode reger a Moral. Nesse contexto, o ser humano é a fonte do dever moral, dirigindo ele próprio a sua conduta. Dworkin (2012, p. 273) se apropria dessa ideia ao trabalhar o conceito de autonomia não como a liberdade de o ser humano fazer a sua própria vontade; mas como a ideia de o ser humano agir por respeito à lei moral kantiana, sem se preocupar com o fim particular. Os

conceitos de liberdade e igualdade, nessa perspectiva, encontram-se vinculados ao agir pela lei moral.

De igual modo, ao analisar a igualdade em Kant, Dworkin (2012, p. 175) entende que esse direito tem por finalidade impedir que um cidadão reivindique determinado direito que não possa ser atribuído a outro cidadão, ao mesmo tempo que não pode um cidadão exigir um dever de outro se não é capaz de aceitar que o mesmo dever também é obrigatório para a sua pessoa. Dworkin começa a desenvolver, fundamentando-se em Kant, uma relação entre a Ética e a Moral — que será mais bem aprofundada adiante —, mas entende que a proposta kantiana deve ser analisada como uma teoria essencialmente interpretativa:

Pretendo mostrar que as afirmações de Kant são mais convincentes quando compreendidas como uma teoria interpretativa que estabelece uma ligação entre a ética e a moral. Cada elemento desta estrutura de ideias morais e éticas contribui para a defesa de outros elementos. Quer comecemos na lei moral ou na ética do respeito próprio, criamos a mesma estrutura. É claro que Kant não pensava que agir por respeito à lei moral produzia, necessária ou até normalmente, uma vida boa. Mas pensava que significava viver bem, com respeito próprio e autonomia totais. Assim entendido, o sistema kantiano é um exemplo impressionante de holismo ativo (DWORKIN, 2012, p. 274-275).

Sem essa releitura de Dworkin, a teoria de Kant se apresenta individualista e vinculada à Filosofia da Consciência, na perspectiva de que a constituição dos sentidos consiste em uma obra isolada. A releitura de Gadamer sobre Kant e, posteriormente, de Dworkin sobre Kant contextualiza a proposta do autor no contexto da História e da tradição que determinam a experiência do homem na sua relação com o mundo (OLIVEIRA, 2006, p. 22).

A partir dessa releitura, Dworkin se apropria de um conceito moral kantiano, estabelece o “princípio de Kant” como elemento central de sua proposta e faz uma leitura própria da obra de Kant para superar a Filosofia da Consciência, de forma que toda interpretação deve fundamentar-se em uma íntima relação entre a Ética e a Moral³⁴:

³⁴ Os termos “ética” e “moral” são alvos de grande divergência na história da filosofia. Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha (2015, p. 19-23), ao analisar a problemática, apresenta algumas posições sobre o tema: para Jacqueline Russ, a Moral diz respeito à existência de padrões normativos de conduta obrigatórios e Ética guarda relação com uma reflexão sobre os fundamentos relativos à Moral; para Alasdair MacIntyre, a Moral possui uma proposta de multiplicidade (a moral cristã, a moral do poder, a moral de um povo, a moral de uma época, entre outros) e a Ética possui um ideal de unidade (a multiplicidade da moral se apresenta regulada por um ideal ético comum). Não obstante, ainda é possível a inversão conceitual da Ética e da Moral, em muito decorrente de uma confusão presente na etimologia das palavras. Em síntese, “[...] o desencontro no emprego dos dois termos é de tal ordem comum que qualquer estudo que não se instale no marco do esclarecimento dessas divergências poderá ser alvo de críticas por falta de rigor no seu uso” (CUNHA, 2015, p. 19). Por isso, uma observação feita por Ommati (2015b, p. 100) também encontra eco neste trabalho: “[...] um alerta é

Devemos mostrar respeito total pela igual importância objetiva da vida de todas as pessoas, mas também respeito total pela nossa própria responsabilidade de fazer algo de válido com as nossas vidas. Devemos interpretar a primeira exigência de maneira a deixar espaço para a segunda e vice-versa (DWORKIN, 2012, p. 280).

As duas exigências são expressão da Ética, responsável pelo “[...] estudo de como devemos viver bem”, e da Moral, responsável pelo “[...] estudo de como devemos tratar as outras pessoas” (DWORKIN, 2012, p. 25). Em outras palavras, ou seja, as pessoas possuem responsabilidade pessoal pela própria vida que não pode ser delegada ou ignorada, do mesmo modo que o “princípio de Kant” exige igual reconhecimento dessa responsabilidade na vida dos outros.

A Ética não se apresenta com um viés individualista, mas em uma dimensão concreta no âmbito do que é bom para “nós”³⁵, pois “[...] devemos reconhecer, como fundamental entre nossos interesses privados, uma ambição para tornar as nossas vidas autênticas e válidas, em vez de más ou degradantes” (DWORKIN, 2012, p. 25). Não significa a possibilidade de fazer tudo o que uma pessoa de fato quer, mas é “[...] uma questão de nossos interesses vistos criticamente — os interesses que deveríamos ter” (DWORKIN, 2011b, p. 611). A ideia de viver bem se apresenta como uma proposta, como um caminho a ser percorrido para criar uma vida boa, sujeita aos limites da dignidade da pessoa humana³⁶, que se apresenta como vetor central para identificar o significado de viver bem para além da vontade ou do interesse de um indivíduo (DWORKIN, 2011b, p. 611-612).

A Moral possui uma pretensão de universalização, que foca na compreensão do que é igualmente bom para todos. Dworkin (2015, p. 26) baseia-se principalmente “[...] na tese de Immanuel Kant, segundo a qual só podemos respeitar adequadamente a nossa humanidade se respeitamos a humanidade dos outros”. Busca-se uma universalização da dignidade da pessoa humana, capaz de nortear o tratamento a ser dado às outras pessoas, em uma relação

importante para que eu não seja mal compreendido: tratarei da relação entre moral e ética a partir de uma determinada leitura da história da filosofia sobre essa relação, a de Ronald Dworkin”. Igualmente, Dworkin explica: “[...] uso os termos ‘ético’ e ‘moral’ de um modo que pode parecer especial. Padrões morais prescrevem como nós devemos considerar os outros; padrões éticos, como nós devemos viver. [...] Podemos usar — muitos usam — tanto ‘ético’ como ‘moral’ ou ambos em um sentido mais amplo que apaga essa distinção, de um modo que moralidade inclui o que chamo de ética e vice-versa. Mas teríamos então de reconhecer a distinção que estabeleço, a fim de perguntar se nosso desejo ético de viver vidas boas por nós mesmos provê uma razão moral justificável para nossa preocupação com o que devemos aos outros” (DWORKIN, 2011b, p. 607, grifos do autor).

³⁵ Como coloca Dworkin (2011b, p. 610), viver tendo como referência o interesse próprio não se apresenta como condição suficiente para viver bem.

³⁶ A dignidade da pessoa humana será trabalhada na quarta seção.

incindível da Ética. Assim compreendido, o desejo ético de viver uma vida boa provê uma razão moral justificável sobre o que devemos aos outros e sobre como devemos tratar os outros (DWORKIN, 2011b, p. 607-608).

No âmbito do estudo da Moral, o autor confere especial atenção para o estudo da Moral política, dentro do qual se insere o estudo do Direito. De acordo com Dworkin (2012, p. 336), a Moral política “[...] estuda aquilo que todos nós devemos aos outros enquanto indivíduos, quando agimos em nome dessa pessoa coletiva artificial”. Esse conceito outorga uma responsabilidade ao Estado, ou melhor, uma responsabilidade vinculada à sua atuação e ao exercício do seu poder coercitivo. A preocupação não está centrada no indivíduo, mas em um ambicioso projeto que torne a vida de todos a melhor possível, com o respeito pela importância objetiva da vida das pessoas de toda uma comunidade.

Assim, o autor propõe a construção de uma relação entre comunidade de pessoas livres e iguais e imposição de obrigações aos seus cidadãos, cujos conceitos são estruturados a partir do “princípio de Kant”, que relaciona a Ética e a Moral:

Uma comunidade política só tem força moral para criar e impor obrigações aos seus membros, se os tratar com preocupação e respeito iguais, ou seja, se as suas políticas tratarem as vidas dos seus membros como igualmente importantes e respeitarem as suas responsabilidades individuais sobre as próprias vidas (DWORKIN, 2012, p. 338).

Mesmo que apareça de forma sutil, o “princípio de Kant” se apresenta como o fundamento para compreensão da amplitude das duas exigências a fim de que se consolide a relação entre comunidade de pessoas livres e iguais e imposição de obrigações aos seus membros: de um lado, com um viés moral e fundamentado no direito à igualdade, o Estado deve dar a mesma importância à vida de todos os cidadãos; por outro lado, com um viés ético e fundamentado no direito à liberdade, o Estado deve respeitar as responsabilidades individuais dos cidadãos ao construir uma vida boa (DWORKIN, 2012, p. 338-339).

A ideia central de Moral política, portanto, está estruturada a partir da relação entre direitos da igualdade e da liberdade, concebidos interpretativamente no âmbito do conceito de Direito em estudo. Mostra-se inviável o estabelecimento de critérios com a finalidade de delimitar o seu alcance, em especial porque suas corretas concepções baseiam-se em uma construção à luz da história de determinada comunidade. Esse raciocínio para a construção da ideia de Moral

política é repetido quando o autor busca expor os direitos da igualdade e da liberdade no âmbito de sua teoria.

No âmbito da Moral política, Dworkin (2012, p. 360) trabalha o direito à igualdade para o exercício do poder coercitivo pelo governo, afirmando que um “[...] governo coercivo só é legítimo quando tenta mostrar preocupação igual com os destinos de todos aqueles que governa e respeito total pela responsabilidade pessoal dessas pessoas pelas suas próprias vidas[...]”. Mostra-se imprescindível compreender o raciocínio que subjaz a tal afirmativa, uma vez que se fundamenta na natural relação entre a Ética e a Moral, proposta essa que será repetida para compreender, mais à frente, o direito à liberdade.

Ao afirmar que um “[...] governo coercivo só é legítimo quando tenta mostrar preocupação igual com os destinos de todos aqueles que governa [...]”, Dworkin retrata a atuação do Estado Social, que se fundamenta na busca de um tratamento homogeneizado a todas as pessoas, de modo a existir uma preponderância do aspecto moral. É por isso que as esferas privadas, até então marcadas por um “não agir” do Estado Liberal, passaram por uma sensível modificação em razão da materialização unilateral dos direitos, consubstanciada em um ideal de justiça social. Durante esse período histórico, a igualdade tinha por finalidade a inclusão de grupos que foram historicamente deixados à margem da sociedade, cenário evidenciado pela necessidade de o Leviatã mostrar preocupação igual com os destinos de todos aqueles que governa (DWORKIN, 2012, p. 362-363). Ao contrário, ao afirmar que um “[...] governo coercivo só é legítimo quando tenta mostrar respeito total pela responsabilidade pessoal dessas pessoas pelas suas próprias vidas [...]”, Dworkin evidencia um modelo de atuação presente durante o Estado Liberal, com nítida preponderância dos chamados direitos civis e políticos, evidenciado um aspecto ético. Assim, existia uma prevalência do Direito privado sobre o Direito público, tanto que as esferas de atuação estatal eram mínimas, de modo a se garantir a responsabilidade das pessoas por suas próprias vidas. Em síntese, o Direito tinha por função garantir o direito à liberdade do particular, caracterizando uma não atuação estatal (DWORKIN, 2012, p. 360-361). O paradigma do Estado Democrático de Direito fundamenta-se na relação entre essas duas premissas, sem que ocorra a preponderância de um dos mencionados modelos de Estado e se preserve o “princípio de Kant”, para se manter, igualmente, uma relação harmônica entre a Moral e a Ética (DWORKIN, 2012, p. 369-371).

No que diz respeito ao direito à liberdade, Dworkin (2012, p. 374) estrutura o seu conceito com base nas duas liberdades que, historicamente, sempre foram concebidas filosoficamente

como concepções rivais para o exercício desse direito. De um lado, na liberdade positiva, “[...] as pessoas devem poder desempenhar um papel na sua própria governação coerciva” (DWORKIN, 2012, p. 374). Trata-se de uma concepção que se situa no âmbito da Moral, que se concretiza na ideia de autogoverno inerente a um modelo de poder democrático. Já na liberdade negativa, “[...] as pessoas devem estar livres do governo coercivo em relação a um nível substancial das decisões e atividades” (DWORKIN, 2012, p. 374). Determinadas leis, de forma equivocada, rejeitam o poder de as pessoas serem responsáveis por aspectos éticos da sua vida, como é o caso da decisão relativa à escolha (ou não) de uma religião, sobre o exercício da cultura, sobre o modo de se vestir, sobre o uso de uma tatuagem, em muito relacionado com a amplitude da dignidade da pessoa humana, tema que será aprofundado na próxima seção. Tal como ocorreu no estudo da igualdade, a compreensão dos dois modelos de liberdade, à luz da relação entre a Ética e a Moral (“princípio de Kant”), apresenta-se como imprescindível para definir a amplitude desse direito fundamental no Estado Democrático de Direito. Assim definida, a base moral de Dworkin possui uma leitura própria de Kant, capaz de relacionar (e não tensionar) em todos os níveis a Moral e a Ética, vistas como necessárias para a adequada interpretação e a compreensão dos direitos fundamentais.

Essa inevitável relação entre a interpretação e a Moral, compreendida à luz dos exemplos acima, é duramente criticada por Maus, sob o argumento de que essa proposta levaria o Poder Judiciário (ou qualquer intérprete) à função de superego da sociedade:

A razão pela qual tal teoria — a despeito de suas melhores intenções — é capaz de encobrir moralmente um decisionismo judicial situa-se não só na extrema generalidade da ótica da moral, em oposição às normas jurídicas, mas também na relação indeterminada entre a moral atribuída ao direito e as convicções morais empíricas de uma sociedade. Assumindo o pressuposto explícito de que nenhum grupo social possui mais do que os juízes a capacidade moral de argumentação, Dworkin está convencido de que se pode resolver o dilema fazendo do próprio entendimento do juiz acerca do que seja o conteúdo objetivo da moral social (“community morality”) o fator decisivo da interpretação jurídica. Deste modo, porém, a moral que deve dirigir a interpretação do juiz torna-se produto de sua interpretação. A inclusão da moral no direito, segundo este modelo, imuniza a atividade jurisprudencial perante a crítica à qual originariamente deveria estar sujeita. Ela dispõe sempre de um conceito de Direito que é produto da extensão de suas ponderações morais (MAUS, 2000, p. 186-187).

Bahia (2005) responde à crítica da autora, ponderando que se trata de uma leitura equivocada de Dworkin. De acordo com ele, Maus ignora a distinção que Dworkin faz entre argumentos de política e argumentos de princípio como característica essencial do Direito como integridade.

Dworkin demonstra que argumentos morais, éticos e pragmáticos desempenham um papel importante no processo legislativo, mas, após sua incorporação ao Direito, sua reivindicação jurisdicional apenas se pode dar por meio de argumentos de princípio (jurídicos) e não (mais) por argumentos de política (BAHIA, 2005, p. 11).

Em que pese a análise da diferença entre argumentos de princípio e argumentos de política ainda nesta seção, deve-se ressaltar que Dworkin não aceita a utilização de argumentos exclusivamente morais como válidos para a interpretação do Direito. Ao contrário, o Direito como integridade trabalha com argumentos jurídicos à luz das práticas jurídicas de determinada comunidade que possuem uma estrutura que relaciona Ética e Moral, que, de modo algum, importa decisionismo ou subjetivismo por parte do intérprete. Ademais, a crítica de Maus foi feita a Dworkin antes da publicação da obra *Justiça para ouriços*, na qual efetivamente o autor reformula o tema trabalhado. Nessa obra, existe uma real preocupação de Dworkin em resgatar a moral kantiana da Filosofia da Consciência e inseri-la na Filosofia da Linguagem, de modo que essa moral não se apresenta como a moral pessoal do juiz (um “eu” autônomo), mas como uma moral centrada na dignidade da pessoa humana e mediada por processos históricos, culturais e institucionais que limitam e condicionam a sua ação.

Em razão do que foi exposto, o Direito como integridade se fundamenta em uma relação entre a Ética e a Moral, o que condiciona a compreensão e a interpretação do Direito a uma proposta que não se limita a uma análise meramente histórica da legislação ou das decisões tomadas no passado, limite natural do Positivismo Jurídico. O interpretativismo moral dworkiniano representa uma ruptura paradigmática no âmbito da hermenêutica jurídica e esse reconhecimento, como se colocará a seguir, acarretará na superação de outra característica do Positivismo Jurídico, qual seja, a liberdade de escolha entre as possíveis interpretações pelo aplicador da norma.

3.6 O PROBLEMA DA RESPOSTA CORRETA E A IRREPETIBILIDADE DOS CASOS CONCRETOS: SOMOS TODOS HÉRCULES?

O Positivismo Jurídico é qualificado como uma vertente teórica desprovida de um valor, marcado por uma pureza do Direito em relação aos demais ramos. Se não existe um valor central capaz de reger o Direito, é possível falar na existência de múltiplas respostas para o caso concreto, já que todas elas são igualmente aceitáveis dentro dessa proposta metodológica. Em uma certa ótica, o conteúdo de uma decisão positivista pode ser considerado interessante — apesar do pressuposto teórico se apresentar problemático —, pois

se analisa, nesse momento, o ponto de chegada (a tomada de decisão) e não o percurso feito (o conceito de Direito subjacente à decisão). No entanto, não é porque um relógio quebrado eventualmente acerta a hora do dia que ele não necessita ser consertado.

A proposta aqui defendida caminha em sentido oposto ao Positivismo Jurídico, em razão da existência do valor como condição para a aplicação do Direito, o qual foi explicitado no tópico anterior. Essa imprescindível defesa do valor leva, necessariamente, à existência de respostas corretas para o caso que se analisa. Afinal, se cada resposta possui um impacto diferente na rede de valores que subjazem a decisão, é impossível aceitar que todas as respostas possuam o mesmo grau de legitimidade em relação aos direitos envolvidos. Como coloca Dworkin (2012, p. 161), se a rede de valores não for corretamente compreendida, o resultado será catastrófico.

Antes de se avançar no estudo, um ponto deve ser mais bem trabalhado: a unidade do valor como pressuposto da rede de valores na sua relação com a resposta correta e o motivo por que o autor se intitula um ouriço ou porco-espinho³⁷. Essa compreensão remete a uma frase do antigo poeta grego Arquíloco e de que modo Isaiah Berlin se apropriou dela:

O ponto de partida do livro é uma frase do filósofo grego Arquíloco — *“The fox knows many things, but the hedgehog knows one big thing”* (A raposa sabe de muitas coisas, mas o ouriço sabe de uma grande coisa) —, tornada conhecida pelo filósofo moral Isaiah Berlin, que tratou do assunto em 1953, num ensaio sobre Tolstói. Sinteticamente, o objetivo de Berlin, então, foi o de apresentar o ouriço como um monista, ou seja, como um pensador movido por uma ideia central, que explica a diversidade do mundo por referência a um único sistema. Já a raposa, por sua vez, é mostrada como um pensador pluralista, que entende que a diversidade do mundo, com seus fins vários e incompatíveis, não autoriza um único sistema explicativo (MOTTA, 2017, p. 21).

Dworkin (2012, p. 14-15) acredita na unidade do valor e em um sistema peculiar que centra na relação entre a Ética e a Moral — o “princípio kantiano” — para o seu funcionamento, daí se intitular como um ouriço. Não existem, portanto, dois sistemas, um relativo ao Direito e outro relativo à Moral, já que o Direito só pode ser corretamente compreendido como uma vertente da Moral política, centrada no valor, decorrendo daí o caráter monista de sua teoria. Berlin (1953, p. 452-481) afirma que o monismo se apresenta perigoso, sintoma de uma imaturidade moral e política, uma vez que tiranos têm tentado abonar determinados crimes,

³⁷ Uma observação aqui é relevante, uma vez que as obras presentes no Brasil fazem referência ora a ouriços, ora a porco-espinho. Isso ocorre porque, na tradução portuguesa da obra *Justice for Hedgehogs* (título original em inglês), referenciada ao final desta tese, o tradutor optou pelo título *Justiça para ouriços*, ao passo que, na tradução brasileira, o tradutor optou pelo título *Justiça para porcos-espinhos*.

recorrendo à ideia de unidade de valores morais e políticos, de modo a justificar, inclusive, um assassinato quando a finalidade for garantir tal unidade. Dworkin reconhece válida a crítica que Berlin faz às teorias monistas, mas compreende que ela decorre do contexto histórico no qual o crítico estava inserido:

Em meados da década de 1950, quando ele escreveu seu famoso texto, o stalinismo estava em pleno vigor e o cadáver do fascismo ainda exalava mau cheiro. Portanto, pode muito bem ter parecido, na época, que a civilização tinha mais a temer o ouriço. Contudo, nos Estados Unidos de nossos dias e em outras prósperas democracias ocidentais, tal conclusão não parece ser assim tão clara: a raposa pode ser o animal mais ameaçador (DWORKIN, 2010, p. 152).

De fato, existe um perigo real no monismo, tal como exposto por Berlin, mas ele está igualmente presente no pluralismo, uma vez que essa vertente tem justificado outros crimes morais ao conceber a possibilidade de valores entrarem em conflitos, cabendo a escolha de um valor em sacrifício de outro (DWORKIN, 2010, p. 150-151). Esse necessário sacrifício de um dos valores possui relevante impacto social:

Milhões de pessoas neste país extraordinariamente próspero não têm vidas ou perspectivas decentes. Não têm plano de saúde, moradia adequada nem emprego. Quantas vezes já se ouviu dizer, em resposta à acusação de que devemos fazer alguma coisa a respeito de tal situação, que não podemos fazer demais porque a igualdade conflita com a liberdade? Que, se aumentássemos os impostos no nível necessário para atacar a pobreza com seriedade, estaríamos violando a liberdade? (DWORKIN, 2010, p. 151).

A partir da unidade do valor, Dworkin refuta a possibilidade de colisão de direitos fundamentais, tão defendida ainda hoje, por exemplo, por Robert Alexy e a sua teorização da proporcionalidade. Em outras palavras, a melhor leitura de um valor, de um direito ou de um princípio deve levar em conta que a rede de valores compreende uma relação incindível entre todos os valores, todos os direitos e todos os princípios:

Esse projeto deve encontrar o lugar ocupado por cada valor em uma rede de convicção maior e mutuamente comprobatória que demonstre as conexões concludentes entre os valores morais e políticos em termos gerais e que, em seguida, os situe no contexto ainda mais amplo da ética. Essa imagem da filosofia política não é apenas extraordinariamente ambiciosa — só pode, inclusive, ser imaginada em sentido cooperativo —, mas também, como admiti, profundamente contrária à tendência contemporânea. Seu espírito não é aquele do desprezioso pluralismo de valores (DWORKIN, 2010, p. 239).

Trata-se de uma percepção holística do Direito, que mostra desde a sua estrutura mais basilar (a relação entre a Ética e a Moral anteriormente exposta) uma relação de harmonia e não de conflito. Essa proposta se projeta para mostrar a relação também harmoniosa, por exemplo, da

liberdade e da igualdade³⁸ para que seja possível responder adequadamente os questionamentos feitos por Ronald Dworkin. Do contrário, a colisão pode até, aparentemente, acertar uma tomada de decisão, mas terá sempre como resultado a diminuição (ou mesmo exclusão) de um direito, de modo a tratar injustamente algum grupo por ela afetado³⁹.

Essa relação incindível e harmoniosa entre os direitos no âmbito da rede de valores resulta na compreensão de que cada decisão possui um impacto que deve ser compreendido e mensurado, ou mesmo abandonado, se o resultado se mostrar inadequado. É por isso que duas respostas supostamente legítimas para o positivismo não terão o mesmo grau de legitimidade no âmbito do Direito como integridade e uma delas se mostrará mais adequada ao levar em conta os direitos envolvidos no caso e subjacentes à tomada de decisão. Dito de outro modo, se não existe uma resposta correta, significa deixar na mão do juiz um poder discricionário, pois qualquer escolha, seja qual for o fundamento, deverá ser considerada igualmente legítima. Sendo todas igualmente legítimas, os valores, os direitos e os princípios que naturalmente subjazem a cada decisão perdem relevância. Por isso, se cada caso concreto é único e irrepitível, se cada caso concreto lida especificamente em determinado grau com a rede de valores, se cada caso concreto possui uma maneira específica de relacionar com o paradigma a ele subjacente, via de consequência, cada caso deve possuir uma “resposta correta”.

O tema da resposta correta, no entanto, passa pela análise de quatro pontos essenciais para a sua adequada compreensão: a) é possível encontrar a resposta correta? b) como se alcança

³⁸ Uma proposta, a partir de Ronald Dworkin, da relação entre liberdade e igualdade foi apresentada nesta tese. Para aprofundar o tema, recomenda-se a leitura do livro *A virtude soberana*, do mesmo autor (DWORKIN, 2013). De todo modo, Macedo Junior (2010) apresenta uma breve resenha da questão tratada, uma vez que Ronald Dworkin “[...] procura mostrar como a influente versão do liberalismo (presente de maneira forte e paradigmática na obra de Isaiah Berlin) de que Igualdade e Liberdade são conceitos metafisicamente incomensuráveis e bem descreve a inconciliabilidade entre algumas concepções de liberdade e de igualdade. Contudo, não bem descrevem as concepções que [Dworkin] defenderá de ambos conceitos (liberdade e igualdade) que permitem, autorizam e recomendam uma compreensão integradora e reconciliadora dos mesmos. Dworkin, assim, procura reconstruir uma filosofia política integradora, expor uma concepção de liberalismo igualitário que concilie igualdade com responsabilidade individual”.

³⁹ “Se admitimos que a igualdade é um valor e entendermos que igualdade significa que todo cidadão deve ter acesso a uma assistência médica decente, acharemos que, quando uma comunidade próspera permite que alguns de seus cidadãos morram, está agindo mal. Se admitirmos a liberdade como um valor e pensarmos que a liberdade é violada quando os ricos são tributados para que haja mais dinheiro para os pobres, acharemos que essas tributações não são apenas um inconveniente para os ricos, mas também um erro. Se admitirmos tanto a igualdade quando a liberdade e entendermos que elas têm essas implicações, então devemos pensar que, a despeito do que uma comunidade política faça ou deixe de fazer, ela estará infringindo suas responsabilidades. E outras palavras, ela não deve decidir se vai ser injusta com algum grupo, mas qual grupo tratará injustamente. Esse é o tipo de conflito de valores políticos que Berlin tinha em mente: a inevitabilidade não da decepção, mas da mácula moral irreparável” (DWORKIN, 2010, p. 155).

essa resposta correta? c) qual o conteúdo dessa resposta correta? d) qual a longevidade dessa resposta correta? A primeira pergunta, apesar de se mostrar como a central no tema exposto, e todas as demais dela decorrerem; é, na verdade, o ponto de chegada da análise das outras três perguntas. Por isso, faz-se necessário aprofundar o estudo do tema com base nos demais questionamentos para, só então, retomar a pergunta que inicia a problemática exposta.

O alcance da resposta correta, a partir de Dworkin, passa necessariamente pela aceitação do intérprete como pessoa integrante de uma sociedade personificada, capaz de aceitar o Direito como integridade e entender que o abandono da plenipotenciariade das regras é um caminho sem volta. O que define a proposta de Dworkin (2007, p. 492), portanto, é a atitude do intérprete:

O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. [...] É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância (DWORKIN, 2007, p. 492).

A atitude do intérprete não se limita a uma análise do passado ou a uma visão prospectiva da sociedade, mas compreende que é a exata relação entre esses dois contextos de que depende a integridade do Direito. A interpretação conceitual ocupa importante lugar nesse debate por concretizar uma proposta holística de compreensão e aplicação do Direito. Não existe um método pré-concebido capaz de buscar essa resposta correta, em muito por causa da natureza essencialmente interpretativa e argumentativa do Direito. É por isso que a busca da verdade — ou da resposta correta — para o caso concreto requer o reconhecimento do caráter interpretativo dessa verdade — ou dessa resposta correta (DWORKIN, 2012, p. 181). A fundamentação passa a ocupar um lugar de destaque na construção do caminho que leva à decisão final. A proposta de Dworkin é centrada na preocupação em se majorar a legitimidade das decisões, cujo cerne agora não parte mais da autoridade de quem as profere, mas sim da fundamentação a ser arquitetada com base na democratização dos procedimentos, cujo filtro necessariamente passa pelas normas constitucionais e pelos direitos fundamentais. Como consequência, todo ato proferido importa, necessariamente, a interpretação e a análise da fundamentação à Constituição Federal.

Em síntese, ao propor o Direito como integridade, Dworkin entende que o aplicador do Direito não possui poder discricionário (conveniência e oportunidade ao decidir), como tradicionalmente pensado, mas um poder vinculado ao Direito como integridade, no sentido

de que sua ação somente pode ter um resultado: o resultado que se mostre mais adequado ao caso concreto, construído a partir de um sistema aberto de regras e princípios, que tem como premissa a Constituição e os direitos fundamentais. Esse é o seu fundamento de legitimidade, pois deve ter a sensibilidade para perceber que nenhum dos seus atos é isolado no tempo, uma vez que deve analisar o passado e projetar a repercussão de cada ato no futuro. Se as instituições existem e inúmeras decisões já foram tomadas no passado, elas devem ser utilizadas como base para a decisão, reconstruindo o romance, a fim de proferir o próximo capítulo, que fará parte de uma obra mais complexa chamada Direito. Esse romance tem por base um fio condutor valorativo, que se apoia em uma relação entre a Ética e a Moral, capaz de dar fundamento à rede de valores.

Esse é o conteúdo da resposta correta, que nunca é previamente definido, mas construído individualmente a cada novo caso concreto e que nunca se repete, em razão das especificidades e da irrepetibilidade dos casos. A preocupação, portanto, não reside na decisão final, mas sim em como a decisão final foi alcançada, ou melhor, no prólogo silencioso do veredicto. Por isso, mesmo que a resposta seja a mais adequada para o caso concreto, ela só se mantém diante da argumentação construída a partir do respectivo caso concreto, no contexto do Direito como integridade:

Isso não significa dizer que qualquer resposta é satisfatória ou que não há nenhum controle do conteúdo da decisão judicial ou, ainda, que se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. É preciso uma argumentação coerente do ponto de vista jurídico e do ponto de vista externo ao direito (COURA, BEDÊ, 2013, p. 690).

Ademais, em razão da própria estrutura lógica do romance em cadeia, a resposta correta alcançada para determinado caso concreto nada mais do que um precedente para as futuras tomadas de decisão. Trata-se de mais um capítulo que outorgará ao intérprete a responsabilidade de compreender a relação dessa decisão com as futuras decisões:

Deve-se procurar superar a tentação de sempre acreditar em uma resposta universal e definitiva sobre as grandes questões do direito. É de se aceitar que as respostas levam a novas perguntas, em um ciclo que viabiliza a evolução do conhecimento e, ainda, compreender que não haverá a última verdade, porque não existe a última pergunta. (COURA, BEDÊ, 2013, p. 688).

A resposta correta, portanto, apresenta-se como uma resposta final para um caso concreto, naturalmente temporal e datada, sem a pretensão de resolver em definitivo as grandes

questões que envolvem o Direito e a sua aplicação⁴⁰. A resposta correta, além de pensada para o caso concreto, é vinculada, entre outros, ao paradigma na qual está inserida, podendo variar a depender da evolução da história, do local em que foi proferida, das premissas do intérprete ou mesmo do tempo despendido para analisar o caso concreto.

Portanto, uma única resposta correta para cada caso só poderia ser admitida recorrendo a cinco idealizações, a saber: 1) tempo ilimitado, 2) informação ilimitada, 3) clareza linguística conceitual ilimitada, 4) capacidade e disposição ilimitada para mudança de papéis e 5) conhecimento amplo dos preconceitos (ALEXY, 1998, p. 151, tradução nossa).⁴¹ Exatamente por causa das questões levantadas por Alexy que Dworkin cria a figura mítica de Hércules, o qual possui a árdua tarefa de reconstruir o ordenamento jurídico e buscar no horizonte de possibilidades o Direito sob a melhor luz. Trata-se de um “[...] juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade” (DWORKIN, 2007, p. 287). Várias críticas foram feitas a esse juiz Hércules e três merecem destaque.

A primeira crítica foi elaborada por Habermas, uma vez que esse juiz se apresenta solitário na construção da interpretação. A integridade, de acordo com esse autor, impõe a Hércules uma construção teórica empreendida de forma monológica:

As objeções até aqui levantadas contra o sentido e a viabilidade de uma teoria do direito ideal, capaz de proporcionar a melhor interpretação judicial dos direitos e deveres, da história institucional, da estrutura política e de uma comunidade constituída segundo o direito do Estado constitucional, partiram da premissa de que essa teoria possui um único autor — o respectivo juiz, que escolheu Hércules como seu modelo. Ora, as próprias respostas que Dworkin deu ou poderia dar a seus críticos levantam as primeiras dúvidas com relação à possibilidade de se manter esse princípio monológico. [...] Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos que legitimam os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que a sua interpretação diverge de todas as outras (HABERMAS, 2003a, p. 276).

⁴⁰ “O direito fundamental a uma resposta correta (constitucionalmente adequada à Constituição) não implica uma elaboração sistêmica de respostas definitivas. Como já referido à saciedade, a hermenêutica filosófica não admite respostas definitivas, pois isso provocaria um congelamento de sentidos. Respostas definitivas pressupõem o sequestro da temporalidade. O tempo é o nome do ser. Ou seja, a pretensão a respostas definitivas (ou verdades apodíticas) sequer teria condições de ser garantida” (STRECK, 2012c, p. 620).

⁴¹ “Por tanto, una única respuesta correcta para cada caso sólo podría admitirse recurriendo a cinco idealizaciones, a saber: 1) tiempo ilimitado, 2) información ilimitada, 3) claridad lingüística conceptual ilimitada, 4) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y 5) carencia de prejuicios ilimitada.”

Habermas (2003a, p. 277), ao formular a crítica, compreende que Dworkin já trabalhava, teoricamente, uma resposta para o problema levantado, de modo a retirar o juiz Hércules da sua solidão, uma vez que “[...] o próprio Dworkin reconhece esse núcleo procedimental do princípio da integridade garantida judicialmente, quando vê o igual direito às liberdades subjetivas da ação fundadas no direito às mesmas liberdades comunicacionais”. De fato, essa crítica a Dworkin não procede, uma vez que a prática da argumentação é inerente a todos os sujeitos do processo e não só ao juiz, e isso fica nítido nas obras do autor, que constantemente resgata os argumentos das partes e dos juízes para análise da decisão mais adequada ao caso concreto. Nos livros *Justiça para ouriços* e *Is Democracy possible here?*, existe uma constante preocupação em ampliação da interpretação para além do magistrado, de modo a consolidar uma proposta teórica que abranja qualquer potencial intérprete da norma, tema esse que será aprofundado adiante.

Aliás, a despeito de entendimentos do Supremo Tribunal de Justiça⁴², consiste em consequência direta do contraditório e da ampla defesa no Direito brasileiro a capacidade de influência da decisão final do procedimento, devendo o magistrado, nos termos do art. 489 do novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Ademais, existem instrumentos como a audiência pública e o *amicus curiae*, que ampliam o debate para além das partes no âmbito do processo.

A segunda crítica, elaborada por Ost (2007, p. 109-115), argumenta que Hércules é um juiz assistencialista (vinculado ao Estado Social) e que será chamado a decidir sobre todas as (grandes e pequenas) questões do Direito, exigindo extrema força e sabedoria, sendo que, devido ao excesso de trabalho e tempo exíguo, apresentar-se-á lento, decisionista, arbitrário e até solipsista. De acordo com Ost (2007, p. 111-112), Dworkin inverte a estrutura de pirâmide do Direito para um modelo de funil (pirâmide invertida) que direciona todo o Direito para o caso concreto, isto é, não existe Direito nas leis ou nas decisões judiciais pretéritas, gerando o problema de que o único lugar de existência do Direito é na decisão singular para determinado

⁴² “Não constatada a alegada violação ao artigo 535 do CPC/73, porquanto todas as questões submetidas a julgamento foram apreciadas pelo órgão julgador, com fundamentação clara, coerente e suficiente, revelando-se desnecessário ao magistrado rebater cada um dos argumentos declinados pela parte” (AgRg no AREsp 720.905/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, julgado em 08/08/2017, DJe 18/08/2017). “A jurisprudência desta Corte é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar a conclusão da decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte” (AgInt no AREsp 1048590/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017).

caso concreto; em contrapartida, uma vez tomada essa decisão, com o exaurimento do Direito nesse caso concreto, o Direito irremediavelmente deixa novamente de existir. Em síntese, o Direito só existe no caso concreto, no ínfimo momento em que a decisão é proferida.

Streck (2012c, p. 381-387) responde às críticas de Ost. Primeiro, mostra-se equivocado o esforço de Ost em enquadrar o juiz Hércules como um modelo decorrente do Estado Social, como uma antítese do Estado Liberal, pois Hércules não se apresenta como um juiz solipsista (refém da Filosofia da Consciência), já que foi criado no paradigma da Filosofia da Linguagem. Segundo, Ost parece ignorar a fala de Dworkin de que o juiz Hércules seria meramente imaginário e que sua criação se deu somente para ajudar os demais magistrados a compreenderem a busca da resposta correta. Terceiro, Ost não trata dos efeitos colaterais para o constitucionalismo, caso o Poder Judiciário seguisse um modelo “não-intervencionista”, em especial nos casos envolvendo violação de direitos fundamentais. Quarto, a excessiva crítica de Ost ao Direito, pensado a partir do caso concreto, parece evidenciar que o autor defende a interpretação a partir da legislação, como se fosse possível cindir interpretação e aplicação e como se o Positivismo Jurídico já não estivesse teoricamente superado no Estado Democrático de Direito.

Uma terceira crítica pontua que nenhum intérprete deve confiar em suas convicções pessoais sobre determinados conceitos, como a liberdade, a igualdade ou a justiça, como Hércules faz. Concluem que o juiz deve ser neutro como se fosse possível se despir do paradigma no qual todos estão inseridos. Ao contrário, qualquer proposta hermenêutica, inclusive a de Hércules, estará sempre impregnada por alguma Moral política e por alguma vertente dos conceitos apresentados, uma vez que o paradigma necessariamente constitui o intérprete (DWORKIN, 2007, p. 310).

De todo o exposto, a proposta de Dworkin — e, portanto, a própria figura do juiz Hércules — se apresenta como vinculada à Filosofia da Linguagem, naturalmente impregnada por concepções de equidade e justiça do paradigma no qual está inserido. De forma mais incisiva,

[...] é preciso compreender que, do mesmo modo que Gadamer, em seu *Wahrheit und Method*, Dworkin não defende qualquer forma de solipsismo (a resposta correta que defende não é fruto de um *selbstsüchtiger*). É preciso entender que Dworkin superou — e de forma decisiva — a Filosofia da Consciência. Melhor dizendo, o juiz ‘Hércules’ de que fala Dworkin é apenas uma metáfora para demonstrar que a superação do paradigma representacional (morte do sujeito solipsista da Modernidade) não significou a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto. Isto é, o *linguistic-ontological-turn* ocasionou a morte do sujeito do esquema sujeito-objeto (o sujeito da consciência de si do pensamento

pensante). Mas isso não quer dizer que não tenha permanecido nada no lugar desse sujeito. Uma leitura apressada de Dworkin (e isso pode ocorrer também com quem lê Gadamer como um filólogo, fato que ocorre principalmente no campo jurídico) dá a falsa impressão que Hércules é o portador de uma “subjetividade assujeitadora”. Esse equívoco é cometido, inclusive, por François Ost, ao falar nos “três modelos de juiz” (STRECK, 2009, p. 367-369, grifos do autor).

É importante salientar que o fato de Hércules ser um mito não torna o Direito como integridade mais difícil de ser aplicado ao caso concreto ou mesmo de ser adequadamente compreendido. Tanto é assim que Dworkin confirma a sua origem mitológica, sendo que não visualiza essa questão como um *deficit* em sua teoria, uma vez que o magistrado (e qualquer intérprete) que adotasse o Direito como integridade necessitaria, na verdade, de eficiência e capacidade de administrar com prudência. Assim, qualquer intérprete decidirá de forma menos metódica, já que a figura mitológica somente expõe o seu modo de pensar e a estrutura oculta (o conceito de Direito) presente em suas sentenças (DWORKIN, 2007, p. 316).

É por isso que a questão central gira em torno da postura que a pessoa deve possuir de modo a aceitar o Direito como integridade, mostrando-se precisa a ideia de que Hércules “[...] é representativo, não de um modelo ou de fórmula de julgamento, mas sim de uma postura hermenêutica que Dworkin espera de um juiz ideal” (PEDRON; OMMATI, 2016, p. 241). Talvez pareça extremamente difícil encontrar a resposta correta⁴³, contudo tal situação majora o dever do intérprete em buscar essa resposta, tendo um ônus muito maior na sua argumentação e fundamentação. Nesses casos, cabe ao intérprete a tarefa de voltar ainda mais na história das instituições para estruturar um romance em cadeia mais adequado ao caso concreto, de modo a manter uma consistência material com as práticas jurídicas, como as decisões judiciais e legislativas do passado.

Afinal, como a resposta encontrada é só mais um capítulo do romance, um novo caso concreto deverá refletir em uma relação de continuidade de tal romance a fim de trazer um novo horizonte hermenêutico para os textos com uma nova resposta igualmente correta:

Verifica-se, então, que a resposta correta de hoje será um ponto de partida para a resposta correta do caso de amanhã, e assim sucessivamente, a circularidade (espiral) do conhecimento é inesgotável e há um compromisso com essa atitude,

⁴³ “[...] os teóricos do Direito têm um impulso aparentemente irresistível de insistir que a tese de uma resposta correta deve significar alguma coisa além do que é percebido pela opinião comum [...] Para esses teóricos, devo estar afirmando não apenas que existem respostas corretas em algum sentido comum, como diria a um jurista inconsciente, mas que realmente existem respostas corretas ou respostas corretas realmente verdadeiras, ou respostas corretas em algum lugar, ou qualquer coisa do gênero na escalada verborrágica” (DWORKIN, 2010, p. 61-62).

pois, como os eventos são inesgotáveis, sempre há a possibilidade da atribuição de novos sentidos ao texto e da formulação de uma nova resposta, igualmente correta, só que formulada para o novo (velho) caso (COURA; BEDÊ, 2013, p. 688).

À luz do Direito como integridade, a ideia de resposta correta se apresenta como um dever outorgado ao intérprete, que majora o grau de responsabilidade que dele se espera ao fundamentar a sua decisão. Nas palavras de Streck, existe uma necessária relação entre fundamentação e resposta correta, de modo que

[...] é possível afirmar que, do mesmo modo que há o dever fundamental de justificar/motivar as decisões, existe também o direito fundamental à obtenção de respostas corretas/adequadas à Constituição. Há uma ligação umbilical entre esse dever fundamental e esse direito fundamental (STRECK, 2012c, p. 619).

Só é possível afirmar que uma resposta se apresenta a mais adequada para um caso concreto se a fundamentação for racionalmente construída de modo a se demonstrar como essa resposta correta foi alcançada. A interpretação do sistema constitucional vigente importa sua concretização a partir das peculiaridades fáticas, sem pretensão de respostas definitivas, uma vez que resultaria no sequestro da temporalidade e no congelamento dos sentidos. A ideia de resposta correta (ou fundamentação adequada) representa, portanto, uma postura a ser perseguida pelo aplicador da norma, que não se preocupa com o resultado (mas como ele foi construído), que não se apresenta como um dado *a priori* (mas como uma proposta interpretativa e estruturada a partir do caso concreto) e que não pode ser concebida de forma solipsista pelo julgador (mas que deve ser pensada intersubjetivamente):

Deve ser levada a sério a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. A resposta correta não é um dado *a priori*, que se encontra num julgado, livro ou nas convicções do julgador, mas sim um processo que leva em conta as peculiaridades do caso concreto e do direito, não a compreensão solipsista do julgador, mas sim a intersubjetividade da comunidade de juristas. Não é fácil limitar a si mesmo, mas o juiz deve reconhecer os limites de sua interpretação e aceitar que nem todas as suas legítimas compreensões do mundo serão validadas pelo direito. É fundamental reconhecer a diferença entre o que direito deveria ser para aquilo que o direito realmente é (naquele instante do caso), não se pode, a pretexto de fundamentar ou argumentar, admitir que o direito seja aquilo que o julgador quer que ele seja, pois há uma distinção entre o juiz e o direito (COURA; BEDÊ, 2013, p. 693).

Compreendido o alcance conceitual da resposta correta, adapta-se o prólogo silencioso das decisões, consertando, assim, a engrenagem do relógio, na medida em que o ponteiro passa a mostrar em todos os momentos a hora certa. Somente dentro do contexto apresentado é que as decisões deixam de ser uma mera escolha para ganhar coerência e integridade com o ordenamento jurídico vigente, devendo o intérprete trabalhar com a imprescindível restrição

aos argumentos de política no momento da construção da decisão final, a fim de efetivamente compreender essa nova proposta de aplicação do Direito.

3.7 OS LIMITES DA ARGUMENTAÇÃO: A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE ARGUMENTO DE PRINCÍPIO E ARGUMENTO DE POLÍTICA

Como se colocou ao longo desta seção, o ponto central do Direito como integridade gira em torno do caráter interpretativo do Direito. Ocupam importante destaque os argumentos que serão utilizados na fundamentação em busca da resposta correta. Dworkin (2011a, p. 36) afirma que os juristas, em especial nos casos difíceis, recorrem a padrões que funcionam distintamente das regras, como os princípios e a política, todavia não é qualquer argumento que pode compor a fundamentação a ser arquitetada.

A distinção entre princípio e política, ainda de forma bem superficial, foi examinada anteriormente. A política compreende um padrão que tem por finalidade estabelecer um objetivo a ser alcançado, buscando algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Já em relação ao princípio, consignou-se que consiste em um padrão que não tem por finalidade promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, pois o princípio é analisado como uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

O caso *Henningsen contra Bloomfield Motors Inc.*, julgado em 1969 pelo Tribunal de Nova Jérsei, demonstra a relevância prática dessa distinção. Henningsen havia comprado um carro e, no ato da compra, havia assinado um contrato com uma cláusula explicitando os termos da garantia, no sentido de que a responsabilidade do fabricante era limitada ao reparo das partes defeituosas, de modo que isso substituiria qualquer outra garantia, obrigação ou responsabilidade. Com apenas dez dias de uso do carro, enquanto trafegava a aproximadamente 35km/h, Henningsen ouviu um barulho alto e o volante se soltou em sua mão, ocasionando uma abrupta virada no veículo e a consequente colisão com um muro. O carro teve perda total.

Em juízo, a empresa argumentou que a garantia assinada por Henningsen era limitada apenas à reparação das peças defeituosas e que não era responsável por danos causados por peças defeituosas ao próprio veículo ou a pessoas. Henningsen, sem conseguir indicar qualquer lei ou regra que afastasse o fabricante de cumprir os exatos termos do contrato, alegou que a

empresa teria responsabilidade pelos danos, incluindo despesas médicas. O Tribunal de Nova Jérsei poderia argumentar que a sua função era decidir favorável a Henningsen porque ele possuía uma função de buscar a redução dos acidentes, já que a responsabilização da fabricante acarretaria a ela uma maior fiscalização da produção do bem (DWORKIN, 2011a, p. 36). Esse argumento seria um argumento de política por fomentar um aspecto social da sociedade.

No entanto, a linha adotada pelo Tribunal de Nova Jérsei foi outra. Ele reconheceu a liberdade das partes como um fator essencial para o funcionamento dos contratos, mas impôs a existência de limites a essa liberdade contratual, podendo-se destacar os seguintes:

[...] (d) Em uma sociedade como a nossa, na qual o automóvel é um acessório comum e necessário à vida cotidiana e na qual seu uso é tão cheio de perigos para o motorista, os passageiros e o público, o fabricante tem uma obrigação especial no que diz respeito à fabricação, promoção e venda de seus carros. Consequentemente, os tribunais devem examinar minuciosamente os contratos de compra para ver se os interesses do consumidor e do público estão sendo tratados com equidade. (e) Existe algum princípio que seja mais familiar ou mais firmemente inscrito na história do direito anglo-americano do que a doutrina basilar de que os tribunais não se permitirão ser usados como instrumentos de inequidade e injustiça? (f) Mais especificamente, os tribunais em geral recusam a prestar-se a garantir a execução de uma 'barganha' na qual uma parte aproveitou-se injustamente das necessidades econômicas da outra. (DWORKIN, 2011a, p. 38-39, grifo do autor).

Trata-se de argumentos principiológicos. O Tribunal reconhece a existência de uma obrigação especial — afastando a regra geral das obrigações —, situação que demanda uma atenção diferenciada. Esse argumento, por si só, não resulta em uma demanda favorável a Henningsen, mas torna possível a reanálise do contrato sem violar a liberdade contratual. No entanto, o argumento presente na história do constitucionalismo norte-americano, que institui a impossibilidade de os tribunais serem usados como instrumento de inequidade e injustiça diante da hipossuficiência do consumidor, traz em si um princípio central da prática daquele povo. Como se observou pelo exemplo narrado, a distinção entre política e princípio inicialmente apresentada resulta na distinção entre argumento de princípio e argumento de política, com suas relevantes distinções e aplicabilidade no mundo do Direito:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fornece ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. [...] Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito ou garante o direito de um indivíduo ou de um grupo. (DWORKIN, 2011a, p. 129).

O argumento de política não é um argumento do Direito e a sua utilização acarreta no necessário poder de criação pelo intérprete — o juiz, o administrador etc. —, atuando como se legislador fosse. E, ao criar a regra então inexistente, ressurge o poder retroativo inerente à discricionariedade, de modo a incidir na relação jurídica após a ocorrência do fato. É por isso que o argumento de política possui como *locus* adequado o momento da criação da lei (DWORKIN, 2011a, p. 132-134). Essa distinção é importante porque o intérprete não é um legislador, não podendo criar um direito, de modo a possuir a árdua tarefa de utilizar somente argumentos de princípio. Mesmo que, no momento da criação da lei, preponderem argumentos de política no âmbito do Poder Legislativo, a lei, ao ser interpretada, se desprende das intenções do autor, cabendo ao intérprete verificar se a decisão respeita ou garante algum argumento de princípio.

Dworkin ressalta que, também nos casos difíceis, em que a lei inexistente, o intérprete não pode fazer uso do argumento de política. Não constitui função do Poder Judiciário (e do administrador) a criação da regra para o caso que julga, mas sim recorrer à integridade do ordenamento jurídico e decidir com base em argumento de princípio. Como exemplo, Dworkin trata do caso da *Spartan Steel*. Havia uma fábrica de aço inoxidável em Birmingham, que obtinha a sua eletricidade por um cabo direto da central elétrica. Uma outra empresa (Martin & Co Ltd) estava trabalhando por perto e, ao usar uma escavadeira, danificou o cabo. Como consequência, a fábrica foi privada de energia elétrica por 15 horas, o que causou danos físicos aos fornos e metais da fábrica, perda de lucro no metal danificado e perda de lucro no metal que não foi derretido durante o tempo em que a eletricidade estava desligada.

Ao julgar o caso, o Tribunal deveria decidir se a *Spartan Steel* seria indenizada pela Martin & Co Ltd por negligência decorrente de seus funcionários. Lord Denning utilizou como argumento central a ideia de que seria economicamente sensato repartir a responsabilidade pelos acidentes, de modo que Martin & Co Ltd deveria ser indenizado pelos danos causados diretamente pelo corte da energia, não abarcando os lucros não recebidos por ocasião da venda do resultado da produção, por ser uma perda meramente econômica. Tal como formulado, trata-se de um argumento de política, pois assegurou um aspecto econômico da comunidade em dois momentos: ao afirmar que seria economicamente sensato repartir a responsabilidade pelos acidentes e que tal responsabilidade não abrangeria os lucros cessantes (DWORKIN, 2011a, p. 131).

Dworkin (2011a, p. 131-132) entende adequada a condenação de Martin & Co Ltd, mas os argumentos foram inapropriados para um ambiente judicial. O tribunal deveria ter analisado se uma empresa na situação da *Spartan Steel* teria direito à indenização e não ponderar se seria economicamente sensato repartir a responsabilidade pelos acidentes sofridos pela *Spartan Steel*. São vertentes diferentes de análise do mesmo caso concreto. Ao aprofundar o estudo do tema, Dworkin (2011a, p. 141-142) entende que argumento de princípio é destinado a estabelecer um direito (objetivo político individuado), ao passo que o argumento de política é destinado a estabelecer um objetivo para a coletividade (uma meta ou objetivo político não-individuado):

Um direito político é um objetivo político individuado. ^[44] Um indivíduo tem um direito a uma oportunidade, a um recurso a uma liberdade se esse direito conta a favor de uma decisão política que promove ou protege o estado de coisas no qual ele desfruta tal direito, mesmo que com isso nenhum outro objetivo político seja servido e algum objetivo político seja desservido (...). Uma meta é um objetivo político não-individuado, isto é, um estado de coisas cuja especificação não requer a concessão de nenhuma oportunidade particular, nenhum recurso ou liberdade para indivíduos determinados. (DWORKIN, 2011a, p. 142-143).

Concepções de igualdade, liberdade, justiça (objetivos políticos) podem ser trabalhadas pelos dois tipos de argumentos. A mesma expressão pode designar um direito ou uma meta, a partir de determinado pressuposto teórico (DWORKIN, 2011a, p. 145). Por exemplo, a liberdade pode ser trabalhada a partir de um argumento de princípio ou argumento de política. No argumento de princípio, a liberdade estabelece um direito ao cidadão, como o de não ser preso se um caso concreto preencher todos os requisitos do princípio da insignificância, exemplo que ainda será trabalhado nesta tese. Note-se que o argumento não tem por finalidade promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável para a coletividade, mas estabelece um direito como decorrência de justiça ou equidade. No argumento de política, a liberdade pode demonstrar que, nos mesmos casos de delitos de valores insignificantes, o custo do processo para o Estado não justificaria a prisão de qualquer pessoa, pois a liberdade assim pensada produziria um maior benefício econômico para a coletividade. Com essa redução de gastos, outras áreas mais relevantes (como a saúde) se beneficiariam com o possível investimento dos valores. Aqui está claro que o argumento tem

⁴⁴ A ideia trabalhada em “objetivo político individuado” não diz respeito ao fato de o direito ser individual, no sentido de contraposição a um direito coletivo. Talvez fosse mais apropriada a tradução trabalhar com “objetivo político particularizado”, por mais bem traduzir a ideia de que o direito deve estar delimitado a indivíduos determinados ou determináveis. Isso ocorre porque Dworkin entende que o conceito de meta não possui uma especificação direcionada a indivíduos determinados.

por finalidade estabelecer um objetivo econômico para uma quantidade imprevista de indivíduos.

Na hora de decidir, portanto, os casos (mesmo os casos difíceis) devem ser resolvidos por meio da confirmação ou negação de direitos concretos⁴⁵, mas tais direitos, de acordo com Dworkin (2011a, p. 158), devem possuir duas características: devem ser direitos institucionais jurídicos e não preferenciais. O direito institucional está presente em qualquer lugar, em um jogo de futebol, por exemplo. Em um campeonato de pontos corridos, existe um direito de receber os três pontos o time que termina a partida com um gol ou mais de diferença. As regras previamente estabelecidas estabelecem os direitos vigentes do Direito institucional. Nessa linha de pensamento, os direitos institucionais jurídicos são aqueles existentes no âmbito do Direito, interpretativamente construídos a partir do romance em cadeia e isso importa em uma singular diferença em relação ao direito institucional dos jogos, como o futebol. Tal como colocado acima, as regras dos jogos são propostas criteriosas, ao passo que a divergência teoria é inerente ao Direito.

Decorre daí a ideia de que o Direito é um “conceito contestado”, ou seja, está preocupado não sobre o que já foi previamente acordado (consenso de convenção), mas na interpretação que mostre a comunidade por uma melhor luz (DWORKIN, 2011a, p. 164; MACEDO JUNIOR, 2014, p. 212-213). Assim pensado, como um “conceito contestado”, os direitos institucionais jurídicos não se limitam a um mero conjunto de regras, transformando-se em um empreendimento que organicamente é capaz de ampliar-se com o reconhecimento da abertura do Direito aos princípios. Como consequência, a compreensão dos direitos institucionais jurídicos no contexto do Direito como integridade resulta na inexistência de uma preferência entre eles, tal como já explicado, na medida em que esses princípios ou direitos atuam no plano do valor e na rede de valores a eles subjacentes.

⁴⁵ Dworkin (2011a, p. 146) faz uma análise das teorias que diferenciam direitos abstratos de direitos concretos. Trata-se de uma distinção de grau. O direito abstrato consiste em um objetivo político geral, mas o enunciado não indica como esse objetivo deve ser harmonizado nas circunstâncias particulares. Por exemplo, quando um deputado federal fala de um direito à igualdade ou liberdade de expressão, sem sugerir o impacto de sua retórica em situações particulares. O direito concreto consiste em objetivo político de maior precisão, capaz de expressar com maior clareza o seu peso. Por exemplo, não se fala que alguém possui um direito à liberdade de expressão, mas se individualiza em um caso para defender a hipótese de um jornal publicar projetos de defesa do país classificados como secretos, salvo se colocar em risco as tropas. Em concreto, existe uma relação direta entre os direitos envolvidos na busca de uma resposta adequada, situação impensável quando analisado em abstrato o direito à liberdade de expressão. Os direitos concretos são, para todos os fins, um objetivo político individuado.

Essa distinção deve ser compreendida pelo aplicador da norma, já que a legitimidade da fundamentação das decisões passa por essa questão. Assim, retomando o caso da *Spartan Steel*, agora no tribunal de Hércules, verifica-se a existência do precedente *Macpherson vs. Buick Motors*, no qual uma mulher obteve reparação por perdas e danos devido à negligência na fabricação de um automóvel. Como um dos fundamentos levantados, encontra-se a meta coletiva da eficiência social, pois a irresponsabilidade da empresa poderia levar a uma queda nos testes de segurança e integridade do veículo, majorando um risco social (aumento do índice de acidentes). Acontece que, mesmo quando o precedente é fundamentado em argumento de política, a força gravitacional desse precedente define-se pelos argumentos de princípio (DWORKIN, 2011a, p. 177-180). No caso *Macpherson vs. Buick Motors*, a força gravitacional não gira em torno exclusivamente da indenização devida, mas o argumento central que transcenderá a causa deve considerar que outras pessoas no futuro sejam, em situação similar, igualmente indenizadas no caso de negligência. Esse é um argumento de princípio que garante um direito de indenização a uma pessoa ou grupo, que é fortalecido pela existência de um romance que faz referência a leis e outras decisões e que se projeta sobre o futuro, no sentido de que essa sociedade se mostrará com mais clareza se cada um for responsável por seus respectivos atos, inclusive se praticados por negligência (DWORKIN, 2011a, p. 184-187).

Ao buscar o argumento de princípio na história das instituições, ele deve ser analisado a partir do novo caso concreto, cabendo ao intérprete a árdua tarefa de delinear a sua compreensão no contexto do holismo ativo da rede de valores. É por isso que, ao se voltar para o futuro, o argumento de princípio deve ser estruturado a partir de uma compreensão que correlacione a Ética e a Moral. Nesse contexto, a *Buick Motors*⁴⁶ deve não só ter responsabilidade pelo seu próprio funcionamento em busca de prosperidade (Ética), mas também reconhecer essa responsabilidade paralela na vida dos outros (Moral), de modo a ser obrigada a indenizar quando um ato seu, mesmo que por negligência, repercuta na esfera de outra pessoa. Desse modo estruturado, o argumento de princípio ganha força gravitacional pela teoria dos precedentes para ser utilizado no caso *Spartan Steel*, ao mesmo tempo que é estruturado com uma base valorativa, de modo a demonstrar a profunda diferença entre a construção da interpretação no Direito como integridade quando comparado ao Positivismo Jurídico.

⁴⁶ Em nota explicativa, Dworkin (2011a, p. 143) afirma considerar pessoas jurídicas como indivíduos, no sentido de que as corporações são detentoras de direitos.

Assim, com apoio da imprescindível relação entre os elementos centrais da teoria de Dworkin tratados nesta seção, verifica-se como possível a efetiva superação do Positivismo Jurídico, a fim de que a decisão não seja fruto do que os magistrados comeram no café da manhã⁴⁷ ou mesmo mera decorrência das decisões tomadas no passado. Acontece que o autor trabalha sua teoria principalmente no contexto da atuação do Poder Judiciário, como se comprova pela sua constante referência às decisões judiciais e exemplos da *common law*. A proposta deste trabalho, no entanto, coloca-se fora desse contexto, ou melhor, coloca-se na adequação dessa teoria ao agir da Polícia Judiciária, seja nos atos administrativos, seja nos atos de investigação.

Compreender que a Administração Pública não é detentora de poder discricionário, que a dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário se mostra equivocada, que todos os atos devem ser fundamentados em argumentos de princípio, que o agir administrativo está obrigatoriamente impregnado de valor, tudo isso passa pela necessidade de romper o paradigma atualmente em vigência, em muito decorrente da baixa carga teórica dos intérpretes e do senso comum dos juristas. Afinal, de que modo é possível superar o Positivismo Jurídico à brasileira e compreender a Administração Pública no âmbito do Direito como integridade?

⁴⁷ Trata-se de uma expressão de Ronald Dworkin (2007, p. 187), crítico do Positivismo Jurídico, ao qualificar a discricionariedade em sentido forte como “uma questão daquilo que os juízes tomaram no café da manhã”, ideia aplicável a qualquer aplicador do Direito, como o delegado de polícia ou Promotor de Justiça, quando adota uma postura que ele acredita ser a “melhor” para a sociedade, sem que seja capaz de compreender, por exemplo, que o Direito não possui poder de criar normas e também é regido por princípios.

4 UM NOVO PARADIGMA: SUPERANDO A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NOS ATOS DE GESTÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

4.1 A VIRADA LINGUÍSTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PROBLEMA DA CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS EM VINCULADO E DISCRICIONÁRIO

A atuação administrativa de qualquer dos poderes envolve a confecção de atos administrativos, necessários, por exemplo, para a abertura de concursos públicos e procedimentos licitatórios, para a remoção e a localização de servidores, para a instrução e a decisão de processos administrativos disciplinares. A teoria por trás desse agir administrativo, como visto na segunda seção, tem sido fundamentada à luz do Positivismo Jurídico. A neutralidade do Direito, o poder discricionário, a repercussão da classificação dos atos administrativos em discricionário e vinculado, o poder criativo do intérprete, a separação entre interpretação e aplicação do Direito, a inexistência de resposta corretas e a utilização de padrões extrajurídicos nos casos difíceis foram os pontos centrais abordados.

Verificou-se que, em muitos aspectos, o Direito Administrativo tentava trabalhar o ato discricionário tendo como referência exclusiva a atuação administrativa, observação feita por Campos (1958, p. 32-33) em meados do século passado, que ainda hoje está presente, como se o prólogo silencioso de toda tomada de decisão não se fundamentasse em uma teoria mais bem estruturada. Como consequência, *v.g.*, algumas obras de Direito Administrativo ainda defendem não ser necessária a fundamentação dos atos administrativos discricionários, salvo quando determinado expressamente pela legislação vigente, cenário, inclusive, confirmado por ocasião da pesquisa empírica. Uma segunda consequência consiste na distinção trabalhada pela doutrina entre ato administrativo vinculado e do ato administrativo discricionário. Essa distinção se apresenta como a base para todo o agir administrativo e a classificação está relacionada à margem de liberdade que o administrador possui. Por um lado, o ato administrativo vinculado consiste no chamado caso fácil, uma vez que a sua resposta decorre diretamente da convenção (sistema estrito de regras), resolvido pela subsunção da regra ao caso concreto. Por outro lado, o ato discricionário se aproxima do chamado caso difícil, de modo que a resposta não está pronta e necessita de uma atividade cognitiva por parte do

administrador, em razão da sua ampla margem de liberdade, tendo conveniência e oportunidade para escolher qualquer das interpretações que se apresente dentro da moldura.

Aliás, a dualidade envolvendo o ato vinculado e o ato discricionário lembra a peça de Shakespeare, do século XVII, intitulada *Medida por Medida*. O enredo se passa na Áustria, de modo mais específico em Viena. No caso, o Duque Vicêncio se ausenta por um tempo, anuncia que irá para a Polônia e transfere o controle do seu governo, temporariamente, ao Lorde Ângelo, tarefa que inclui também a atribuição de julgar. Durante o breve governo do Lorde Ângelo, ocorre uma situação envolvendo o cidadão Cláudio, o qual fornicava e engravidava sua namorada Julieta antes do casamento, de modo que o Lorde Ângelo o condena à morte. Com isso, Cláudio pede a sua irmã Isabella que interceda por ele junto ao Lorde, a fim de alterar o julgamento. Isabela tenta dialogar com o Lorde Ângelo, mas esse, categoricamente, afirma que Cláudio é um transgressor da lei, de modo que a morte é o único resultado plausível. Afinal, considera-se crime a relação sexual ocorrida antes do casamento. Nas palavras do Lorde Ângelo, “Encontre consolo, linda donzela, no fato de ter sido a lei, e não eu, a condenar o seu irmão. Fosse ele meu parente, meu irmão, ou mesmo meu filho, e seria a mesma coisa: ele deve morrer amanhã” (SHAKESPEARE, 2014, p. 55).

Devastada, Isabela vai para a sua casa, mas decide retornar no dia seguinte para suplicar clemência em favor do seu irmão. O Lorde Ângelo fica encantado com a noviça e se sente atraído por sua “virtude”, o que a faz justamente uma boa moça, e conclui que “essa donzela cheia de virtudes me tem por inteiro subjugado” (SHAKESPEARE, 2014, p. 59). No dia seguinte, durante o novo diálogo dos dois, o Lorde Ângelo propõe encontrar uma brecha na lei se Isabela com ele se deitasse e lhe entregasse o seu corpo. O Lorde Ângelo, com tal proposta, acaba por cometer o mesmo crime pelo qual Cláudio foi condenado. Verifica-se, pela narrativa, a existência de dois modelos de juízes, de dois modelos de aplicadores da lei, de duas propostas que, guardadas as devidas proporções, relacionam-se ao ato vinculado e ao ato discricionário, no que diz respeito a seus limites e suas possibilidades.

O primeiro Lorde Ângelo está limitado pela lei, ele não pode ir além daquilo que está dado e colocado nas convenções da sociedade na qual ele está inserido, existindo uma vinculação direta entre o seu poder e a literalidade da lei. Por outro lado, o segundo Lorde Ângelo traz uma concepção subjetivista, sendo a lei mera referência para o julgamento, que pode ou não ser utilizada de acordo com o seu juízo discricionário, apresentando-se quase como um senhor da lei. Diante dessa dualidade, questiona-se: qual o modelo de aplicador da lei melhor se

adequa ao Estado Democrático de Direito? A dualidade apresentada no texto narrado está representada no questionamento, podendo induzir a ideia de que a escolha por um dos modelos apresentado se mostra como o único caminho. Nem a vinculação “cega” à lei, como subsunção positivista do fato à norma, nem a completa desconsideração do Direito são propostas que se apresentam como adequadas ao atual paradigma.

No que diz respeito à discricionariedade como fundamento para o exercício do poder estatal, presente no segundo Lorde Ângelo, o tema já foi amplamente abordado, de modo a evidenciar a necessidade de sua superação. Seja em seu aspecto judicial, seja em seu aspecto administrativo, a discricionariedade não se mostra de acordo com as premissas de um Estado Democrático de Direito, tanto que a margem de liberdade se aproxima mais de arbitrariedade e subjetividade do que de uma teoria adequada a fundamentar qualquer ato de poder. O Positivismo Jurídico, com isso, recai em um perigoso decisionismo. Como se colocou, a discricionariedade deve ser abandonada, ainda que isso não signifique o fim da indeterminação do Direito ou o retorno da subsunção, cabendo ao aplicador da norma a busca de uma legitimidade que não se limite na autoridade jurídica de quem profere a decisão.

O problema da classificação, em contrapartida, não se limita aos atos discricionários, uma vez que outro tipo de *deficit* metodológico está presente nos atos vinculados, evidenciado no agir do primeiro Lorde Ângelo. A simples existência dessa classificação demonstra que determinados atos administrativos — os atos vinculados — seriam desprovidos de interpretação pelo aplicador da norma, como se o ordenamento jurídico, por si só, fosse capaz de apresentar a resposta para o caso, sem que o próprio intérprete se fizesse presente.

Um caso que correntemente é usado para exemplificar o cenário apresentado no âmbito do Direito Administrativo é o ato de aposentadoria, uma vez que o preenchimento dos requisitos legais obriga o administrador a conceder a aposentadoria ao servidor público, não possuindo qualquer liberdade de atuação. O preenchimento no mundo dos fatos dos requisitos legais gera ao administrado o direito (e para a Administração Pública o dever) de que um ato vinculado seja produzido, a fim de que o servidor possa aposentar. O ato vinculado, portanto, dispensa a interpretação. A norma é vista como um ente abstrato, que existe independentemente do caso concreto, em uma teoria que se aproxima do silogismo (ABBOUD, 2014, p. 172). Assim, o ato vinculado se resolve pela subsunção, já que a resposta ao caso concreto é determinada previamente na lei.

Nesse contexto se apresenta o Positivismo Jurídico como uma teoria que se coloca antes do giro linguístico, ainda fundamentada na relação sujeito-objeto. A linguagem é um mero instrumento que está à disposição do sujeito e transporta essências e verdades, podendo (ou não) a interpretação ser utilizada de acordo com a compreensão desse sujeito (STRECK, 2009, p. 127), tal como ocorre no viés positivista da classificação que envolve o ato vinculado e o ato discricionário. Por exemplo, como o ato de aposentadoria é considerado um ato vinculado, a atividade do administrador se resume à subsunção da lei ao caso que se apresenta, sendo a interpretação desnecessária. Em outras palavras, os requisitos do ato administrativo de aposentadoria trazem em si uma essência projetada da razão humana, dispensando a interpretação.

Na Filosofia da Consciência, o estudo é focado no sujeito e na sua ação sobre objeto, que fundamenta as decisões na sua intencionalidade subjetiva. Essa intencionalidade subjetiva torna o sujeito autônomo e livre para as tomadas de decisão. A Filosofia da Consciência, portanto, é focada na razão humana (“penso, logo existo”), com uma necessária sistematização da ciência na busca pela verdade. A realidade e o mundo que cerca o sujeito são compreendidos pela razão humana (pela ciência e pelo método), existindo uma pretensão de dominação do mundo pelo sujeito, mas o sujeito é incapaz de compreender que sua ação é mediada por processos históricos, culturais e institucionais que limitam e condicionam a sua ação. Assim, existe um modo de ver o mundo (pela razão) e existe um “eu” autônomo a esse mundo (LUCHI, 1999, p. 449-451). A Filosofia da Consciência, portanto, tenta dominar o mundo e acredita que esse mundo esteja à disposição do sujeito, sem que a história se apresente como constitutiva desse mundo e desse sujeito. Um sujeito transparente, sem influência da história e da tradição, foi o mito criado por essa filosofia.

Nesse contexto, se apresenta a classificação de um ato como vinculado. Sua análise é feita pelo sujeito com fundamento único no objeto (o texto legal), sem considerar as peculiaridades do caso concreto e a história das instituições. Preso em uma Filosofia da Consciência, o ato vinculado oculta uma estrutura hermenêutica que se mostra, na verdade, como condição da própria existência de qualquer ato administrativo. Com o giro linguístico, ocorre a superação da relação sujeito-objeto e a superação da ideia de que a linguagem esteja à disposição do sujeito. De acordo com Gamboa (2009, p. 3, grifo do autor), o giro linguístico

[...] apresenta uma longa tradição e diversas interpretações (Saussure, Barthes, Derrida, Deleuze, White e Foucault), entretanto fundada numa mesma matriz: a reação à filosofia analítica, à lógica formal, ao mentalismo e ao primado das coisas

sobre as palavras. O “giro linguístico” desloca a centralidade do objeto ou das coisas representadas na mente (ponto de partida da lógica formal) para a linguagem e as palavras. Nesse caso, as palavras (a linguagem e o discurso) tornam-se a referência (o centro ou ponto de partida) das coisas.

A linguagem não é uma ferramenta que está à disposição do sujeito que poderia ou não utilizá-la de acordo com a sua necessidade. Tudo o que se pensa já se encontra na dimensão da linguagem e constitui condição de possibilidade para o sujeito fazer parte do mundo à sua volta, ou seja, para a imprescindível conclusão de que o mundo gira em torno da hermenêutica. Ganha destaque a Filosofia da Linguagem, em razão do reconhecimento do papel constitutivo da linguagem na relação do sujeito com o mundo,

[...] os aspectos filosoficamente relevantes desse “giro linguístico” podem ser assim detalhados: por uma parte, como consequência da superação da concepção de linguagem como instrumento e precisamente a causa da consideração da linguagem em sua dimensão constitutiva tanto para o pensamento como o conhecimento, a linguagem é vista como condição de possibilidade tanto da objetividade da experiência como da intersubjetividade da comunicação (STRECK, 2009, p. 146).

A hermenêutica é linguagem e, como tal, constitui condição de possibilidade da relação do homem com o mundo, não se apresentando como um instrumento, como uma ferramenta, cujo uso pode ser dominado, utilizado se necessário e depois descartado quando o serviço está finalizado (GADAMER, 2002, p. 176). Ao contrário, não há conhecimento sem a linguagem. Do mundo da linguagem todos fazem parte simplesmente por existirem. Tudo se apresenta como linguagem (e tudo é linguagem), que sofre influência da História e se projeta sobre o ser e sobre o conhecimento humano:

A partir daqui fica clara a preocupação fundamental do pensamento de Gadamer: a superação da filosofia da subjetividade. O que importa, acima de tudo, é vincular o sujeito que compreende à história, explicitar a precedência e a influência da história em todo o conhecimento humano, em última análise, no ser do sujeito. Nessa perspectiva, se revela ilusório o ideal de transparência plena do sujeito, articulado na filosofia moderna da consciência, como também o ideal do conhecimento pleno dos acontecimentos históricos como elaborou o historicismo moderno. A “onipotência da reflexão”, típica da filosofia moderna da consciência, é dobrada pela resistência de uma realidade que não se deixa mais absorver pela reflexão (OLIVEIRA, 2006, p. 229-230).

Esse mundo da linguagem impacta diretamente o Direito. Na interpretação jurídica, afirma Gadamer (2005, p.428), o jurista deve tomar o sentido da lei a partir do caso concreto, pois, quando assim não procede, sua análise seria meramente histórica, no sentido de que buscaria somente analisar a origem da lei e sua aplicação ao longo dos anos, sem levar em conta fatores determinantes e de distinção que só o caso concreto pode apresentar. Uma análise meramente histórica é aquela em que o historiador “[...]se movimenta numa contínua

confrontação com a objetividade histórica para compreendê-la em seu valor posicional na história” (GADAMER, 2005, p. 428). A interpretação jurídica, portanto, deve ir além. Isso não quer dizer que a História não seja um fator relevante na filosofia do autor; ao contrário, Gadamer (2005, p. 428-429) entende a interpretação jurídica próxima da interpretação feita por um historiador, no sentido de que ambas devem entender a história como constitutiva dos seus trabalhos.

Nessa linha de pensamento, as técnicas interpretativas presentes nos manuais de Direito Administrativo, como a *mens legis* e a *mens legislatoris*, perdem espaço. A busca pela intenção do legislador possui sua relevância para a hermenêutica, como parte da historicidade da linguagem, mas o intérprete jurídico deve admitir que as circunstâncias em torno da lei evoluem junto com a História, de modo a sempre buscar a nova função normativa da lei ou de uma decisão (GADAMER, 2005, p. 429). Gadamer (2005, p. 430), então, propõe a necessidade de o intérprete jurídico compreender cada decisão (v.g., legislativas e judiciais) tomada no passado como parte do conhecimento histórico, ou melhor, como História em movimento que se projeta até o presente:

Só existe conhecimento histórico quando em cada caso o passado é entendido na sua continuidade com o presente, e isto é o que realiza o jurista na sua tarefa prático-normativa, quando procura assegurar a sobrevivência do direito como um *continuum* e salvaguardar a tradição do pensamento jurídico (GADAMER, 2005, p. 430).

A linguagem, a partir da sua historicidade, constitui o próprio objeto e, em razão do caso concreto, projeta o resultado da interpretação de modo que tudo se apresenta na dimensão interpretativa do Direito:

A dimensão interpretativa do direito nos antecede e nos obriga a levarmos em conta toda a dimensão histórico-interpretativa que está por detrás de cada conceito jurídico. Em todo conhecimento de nós mesmo e do mundo, sempre já fomos tomados pela nossa própria linguagem; logo, em todo o conhecimento jurídico e toda criação de decisão jurídica, já somos tomados pela dimensão linguística do direito (ABBOUD, 2014, p. 59).

A linguagem assim compreendida supera a cisão existente no Positivismo Jurídico entre interpretação e aplicação, no sentido de que “[...] a tarefa de interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação [...]” (GADAMER, 2005, p.

432). A dogmática jurídica clássica é superada, sendo impossível falar em subsunção, seja para fins de se proferir uma sentença, seja para fins de se proferir um ato administrativo⁴⁸.

As vertentes teóricas do Positivismo Jurídico, tal como defendidas por Hans Kelsen e Herbert Hart, perdem espaço, uma vez que buscam a fetichização da norma, no sentido de que a simples constatação da sua validade se traduz como condição de verdade vista sob o prisma da obrigatoriedade silogística (vertente teórica que se limita ao “tudo ou nada”). Desse modo, Streck (2009, p.168-169) afirma que, no campo do Direito, a análise semântica encontra-se enraizada no normativismo kelseniano e no convencionalismo norte-americano.

Mais do que ocultar uma estrutura hermenêutica, o ato vinculado existe independentemente do caso concreto. Em razão da separação entre interpretação e aplicação, o Positivismo Jurídico tenta impor um significado às palavras sem considerar o contexto fático e social. Acontece que a linguagem é naturalmente ambígua, não possuindo uma significação definitiva, tanto que essa pretensa exatidão linguística tem por premissa a ideia de que a linguagem está à disposição do sujeito (relação sujeito-objeto). Se a linguagem não se apresenta exata e se o mundo é por ela constituído, mostra-se equivocado defender a dicotomia ontológica em ato vinculado e ato discricionário e, como consequência, defender a separação entre interpretação e aplicação:

Em toda leitura tem lugar uma aplicação, e aquele que lê um texto se encontra, também ele, dentro do sentido que percebe. Ele próprio pertence ao texto que compreende. [...] Assim, fica claro o sentido da aplicação que já está de antemão em toda forma de compreensão. A aplicação não é o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado a um caso concreto. É, antes, a verdadeira compreensão do próprio universal que todo texto representa para nós (GADAMER, 2005, p. 446-447).

É o caso concreto que torna possível a interpretação jurídica nas propostas de Gadamer, tal como citado, e na de Dworkin, tal como demonstrado na seção anterior. Até porque Dworkin parte da Filosofia da Linguagem para direcionar várias das críticas que faz ao Positivismo Jurídico, ocupando Gadamer lugar de destaque na sua construção teórica.

⁴⁸ Essa também é a crítica feita por Cunha (2008, p. 288), no sentido de que a proposta teórica de Kelsen evidencia uma “interpretação por etapas”. E mais, “[...] afirmar que há uma moldura prévia que limita o sentido possível da normatividade, cabendo ao intérprete encontrar essas fronteiras, deixaria para trás (ao menos) a questão da dinâmica do quadro. [...] É que não há um sentido prévio inerente ao texto normativo, que deva ser buscado, mas um uso concretizado pelos sujeitos, que se inserem em um contexto comunicativo interativo e dialético” (CUNHA, 2008, p. 288).

Em razão do exposto, o abandono da classificação do ato administrativo em vinculado e discricionário se apresenta como um caminho sem volta. Um exemplo no âmbito do Direito Administrativo pode demonstrar a relevância do impacto do giro linguístico também no agir administrativo. O art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro prescreve que, no caso de transferência de propriedade, o proprietário antigo deverá encaminhar ao órgão executivo de trânsito do Estado, dentro de um prazo de trinta dias, cópia autenticada do comprovante de transferência de propriedade, devidamente assinado e datado, sob pena de ter que se responsabilizar solidariamente pelas penalidades impostas e suas reincidências até a data da comunicação (BRASIL, 1997).

Em síntese, preenchidos os requisitos, o Departamento Estadual de Trânsito (DETRAN) registra o comunicado de venda no dossiê do veículo a pedido do antigo proprietário, com o escopo de imputar a responsabilidade por atos decorrentes da condução do veículo ao adquirente. A transferência, que se dá pela tradição, deve ser devidamente comprovada dentro do prazo de trinta dias pelo antigo proprietário, a fim de se eximir das eventuais penalidades impostas. Desse modo, enquanto não for comprovada a transferência, o antigo proprietário continuará responsável, por exemplo, pelas multas e pagamentos de impostos. O ato a ser praticado pelo DETRAN no art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro se apresenta como vinculado, no sentido de que o órgão só poderá alterar a responsabilidade pelos pagamentos das multas e dos impostos em razão do preenchimento dos requisitos do dispositivo legal.

Em situações envolvendo a aplicabilidade do mencionado artigo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁴⁹ pacificou o entendimento de que a regra prevista no mencionado artigo sofre mitigação quando restarem comprovadas na ação judicial que as infrações foram cometidas após a transferência, mesmo que essa transferência só seja comprovada no curso desta ação (ultrapassando em muito o prazo previsto no Código, que é de trinta dias da efetiva transferência). Diante do cenário apresentado, questiona-se: poderia o DETRAN, no curso de um processo administrativo, reconhecer, tal como faz o Poder Judiciário, a responsabilidade do novo proprietário do bem com a posterior (e intempestiva) comprovação da transferência do veículo?

⁴⁹ Nesse sentido, AgRg no REsp 1418691/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 05/02/2015, DJe 19/02/2015; e AgRg no AREsp 452.332/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 18/03/2014, DJe 21/03/2014.

A resposta é negativa para a vertente positivista, uma vez que o caso se apresenta como ato vinculado, em especial porque a Administração Pública é limitada pelo princípio da legalidade, tal como analisado na segunda seção desta tese. O texto se apresenta como o limite do agir administrativo e a regra, no contexto de um ato vinculado, impõe um natural limite que não se abre à interpretação. Esse cenário é facilmente perceptível pelas inúmeras ações sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça, demonstrando a constante negativa do órgão responsável nos casos similares que lhe são apresentados.

A Filosofia da Linguagem, por sua vez, dá um passo além dessa limitação intrínseca ao Positivismo Jurídico, de modo a colocar a linguagem e a hermenêutica como condição do homem no mundo, o qual se apresenta como ser histórico, datado e constituído linguisticamente. Se o mundo é linguagem, todo ato praticado pela administração requer uma estrutura interpretativa que não se esgota na subsunção, mesmo aquele que se apresente como supostamente vinculado. Como consequência, a classificação de um ato como vinculado deve ser abandonada, pois o seu limite hermenêutico não é definido *a priori*, mas tem como ponto de partida o caso concreto que se apresenta ao intérprete.

Essa abertura delineada impõe um novo modo de analisar o questionamento feito, pois, agora, o texto se apresenta como o ponto de partida para o agir administrativo, moldado pela linguagem e pela historicidade das instituições. As decisões tomadas pelas instituições no passado (leis, jurisprudências, entre outros) são, assim, incorporadas à condição de ser do agir administrativo e compreendem parte da estrutura da primeira etapa interpretativa do Direito como integridade. O intérprete deve buscar na história das instituições a interpretação que melhor se ajuste ao caso concreto, podendo o DETRAN, no curso de um processo administrativo, aplicar o Direito e reconhecer, tal como faz o Poder Judiciário, a responsabilidade do novo proprietário do bem, mesmo que a comprovação da transferência do bem ocorra fora do prazo legal.

Nessa linha de pensamento, tal como colocado na seção três, a justificativa geral identificada na regra mencionada no Código de Trânsito institui uma proteção ao patrimônio do vendedor. Isso porque, com a apresentação do comunicado de venda ao órgão executivo de trânsito, o vendedor do veículo deixará de ser responsável pelo uso do bem, passando este a ser de responsabilidade do comprador mesmo sem a sua efetiva transferência. A justificativa geral não se amolda à prática do DETRAN, mas está em consonância com os entendimentos do Poder Judiciário. Em outras palavras, ainda que o vendedor não tenha apresentado a

comprovação da transferência, a aplicação pura da regra, sem que ela atenda o escopo para o qual foi criada (a proteção do vendedor), representa conduta que foi superada pelo Direito como integridade, pois a interpretação de uma regra deve estar em consonância com os direitos e princípios que a fundamentam.

Por isso, no caso narrado e a partir do Direito como integridade, o DETRAN poderá reconhecer, tal como já faz o Poder Judiciário, a responsabilidade do novo proprietário do bem com a comprovação que a transferência foi efetivamente realizada, mesmo fora do prazo legal. Ademais, tal como foi tratado no caso Elmer, a classificação de um caso como fácil (sem a necessidade de interpretação) pode esconder, na verdade, um caso difícil (onde a interpretação se faz necessária), no sentido de que a confecção de um ato administrativo não se limita ao disposto na legislação (DWORKIN, 2007, 419-421), tal como demonstrando no exemplo do Código de Trânsito Brasileiro.

Com o abandono da proposta silogística inerente ao ato vinculado, a interpretação se apresenta como constitutiva para a prática de qualquer ato administrativo. Mesmo naqueles casos em que possa parecer que exista certa vinculação entre o ato praticado e a lei, por ser o ato quase uma reprodução da lei que o fundamenta, não se mostra adequado falar em ato vinculado. Como afirma Abboud (2014), o que existe é uma menor profundidade da dimensão hermenêutica na constituição desse ato administrativo:

Em suma, no instante em que se vislumbra a impossibilidade de qualquer agir administrativo sem que ocorra concomitantemente a interpretação, perde qualquer sentido a dicotomia ato vinculado e ato discricionário. [...] Na verdade, quando a aplicação é aparentemente mais simples porque o ato administrativo é quase uma tipicidade legislativa, não se está trabalhando com maior discricionariedade ou vinculatividade. Nesse caso, o que varia é a maior ou menor profundidade da dimensão hermenêutica, mas não a discricionariedade. (ABBOUD, 2014, p. 175).

Na mesma linha de argumentação, Dworkin (2007, p. 423) coloca que também os casos fáceis (como os atos vinculados) também possuem um complexo hermenêutico e uma teoria que os fundamenta. Em outras palavras, não são os casos que são fáceis, mas as perguntas feitas que possuem resposta evidente, mostrando, na verdade, uma menor profundidade da dimensão hermenêutica.

Assim, retomando a peça teatral *Medida por Medida*, de Shakespeare, nem o primeiro Lorde Ângelo — visto como expressão do ato vinculado —, nem o segundo Lorde Ângelo — visto como expressão do ato discricionário —, constituem modos de atuar que respeitam os pressupostos teóricos expostos. Pelo contrário, evidenciam dois modelos de atuação do

aplicador da norma que são incapazes de dar um passo além da relação sujeito-objeto, que ignoram o mundo constituído pela linguagem e a tratam como um instrumento pragmático, que supostamente é utilizada quando o sujeito assim deseja. O giro linguístico desconstitui a essência da prática administrativa no Brasil, que sempre se baseou na distinção entre ato discricionário e ato vinculado, de modo que não existem duas propostas teóricas para o agir da Administração Pública. Isso impacta, também, outras bases do Direito Administrativo, como o princípio da legalidade, o princípio da supremacia do interesse público e a sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

4.2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO CONTEXTO DO DIREITO COMO INTEGRIDADE: SUPERANDO A REGRA COMO O LIMITE DO AGIR ADMINISTRATIVO

A doutrina brasileira, tradicionalmente, compreende que o princípio da legalidade foi instituído como um limite à atuação administrativa. Como colocado na segunda seção deste trabalho, Celso Antônio Bandeira de Mello e Diogenes Gasparini, entre outros, asseveram que a Administração Pública só pode atuar quando autorizada pela lei, tratando-se de função subalterna à regra.

Odete Medauar tenta fugir dessa limitação ao afirmar que “[...] o sentido do princípio da legalidade não se exaure com o significado de habilitação legal [...]” (MEDAUAR, 2012, p. 137). Como consequência, a autora afirma que o princípio da legalidade possui quatro significados-chave para a sua compreensão no Direito Administrativo, não restringindo a atuação da Administração Pública ao que é autorizado pela lei. Primeiro, a Administração pode realizar atos que não sejam contrários à lei. Segundo, a Administração só pode editar atos previamente autorizados em normativa específica. Terceiro, a Administração só pode editar atos no qual seu conteúdo esteja em conformidade com um esquema abstrato existente na lei. Quarto, a Administração só pode realizar atos determinados pela lei.

A autora, no entanto, ainda trata da legalidade tendo como referência à lei (ou melhor, à regra), não tratando do impacto da normatividade dos princípios no âmbito da legalidade e da atuação da Administração Pública. Trata-se de um viés ainda positivista, pois o ato discricionário ainda se apresenta estruturado na multiplicidade de respostas corretas, que pensa o Direito no contexto da regra, excluindo as peculiaridades do caso concreto, a abertura principiológica, a jurisprudência e a Moral como também constitutivas do Direito. Impor a

regra como o limite para atuação da Administração Pública afasta o Direito Administrativo do paradigma da Filosofia da Linguagem, uma vez que o administrador se mostra incapaz de compreender que sua ação é mediada por aspectos morais e sociais, por processos históricos e culturais, pela jurisprudência e pelas normas constitucionais, os quais influenciam e condicionam a sua ação. A superação desse entendimento passa por diversas indagações relativas ao tema em análise, cabendo verificar se a regra realmente se apresenta como o limite para a atuação do administrador, se o princípio da legalidade possui estrutura principiológica e, ainda, de que forma a legalidade deve ser trabalhada no contexto do Direito como integridade.

O constituinte, em 1988, conferiu *status* constitucional ao princípio da legalidade, o qual foi prescrito no art. 37 do Diploma Maior. De acordo com o dispositivo, a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes deverá obedecer ao princípio da legalidade. A sua sistematização e estudo como princípio no Direito brasileiro, no entanto, não datam desse diploma. Campos (1958), nos dois volumes da sua obra *Direito Administrativo*, não abre um capítulo para abordar a principiológica desse ramo do Direito, inexistindo, portanto, um tópico para falar do princípio da legalidade, algo coerente com a proposta positivista por ele defendida. No entanto, o autor faz inúmeras menções ao limite legal da atuação da Administração Pública e uma, em especial, merece destaque.

Campos (1958, p. 35) faz uma distinção entre juízo discricionário e juízo arbitrário, conceituando o juízo discricionário quando um ato administrativo extrapola o seu limite externo ou interno do ato administrativo. Por um lado, o limite externo consiste nas leis responsáveis pela moldura do ato administrativo, ao passo que o limite interno se verifica na natural indeterminação de um conceito jurídico presente na lei. Seja no limite interno, seja no limite externo, a regra válida representa o limite da atuação da Administração Pública, de modo a colocar a indeterminação de um conceito jurídico presente nessas legislações como uma segunda limitação possível. Essa limitação é consequência de Francisco Campos trabalhar Hans Kelsen como um dos seus referenciais teóricos, tal como exposto na segunda seção.

Diego de Figueiredo Moreira Neto, quase duas décadas depois, dá uns passos além de Francisco Campos ao tratar da principiológica do Direito Administrativo, destacando a existência de catorze princípios responsáveis por regerem a Administração Pública, como é o caso do princípio da legalidade. Para Moreira Neto (1976, p. 74), o princípio da legalidade é

decorrência direta do Estado de Direito, que tem a lei como o precioso valor da certeza jurídica. Assim, “[...] o princípio da legalidade se apresenta como a sujeição da atividade administrativa à lei em sentido amplo”.

O sentido amplo da lei é compreendido no contexto da relação do princípio da legalidade com outro relevante princípio da Administração Pública, qual seja, o princípio da discricionariedade, que decorre da abertura da regra ao agir administrativo. A relação desses dois princípios confere ao administrador inúmeras hipóteses para a escolha dos seus caminhos, todos igualmente válidos:

A administração, para poder prosseguir o bem comum, não pode ficar confinada às atuações rigidamente definidas em lei, que se denominam por isto, atividades vinculadas, mas necessita de flexibilidade para enfrentar e solucionar toda vasta gama de situações em problemas que lhe surjam, atuando com liberdade de opção, o que caracteriza as atividades discricionárias (MOREIRA NETO, 1976, p. 74-75).

Apesar de Francisco Campos não trabalhar de modo específico com o princípio da legalidade, a teorização por trás de sua obra caminha bem próxima à de Diego de Figueiredo Moreira Neto, de modo que a regra se apresenta como a derradeira fronteira entre arbitrariedade e uma atuação correta da Administração Pública.

A abordagem do princípio da legalidade em Hely Lopes Meirelles passa por uma questão ainda mais interessante, uma vez que o tópico do seu livro que trata do assunto em 1991 é praticamente o mesmo da edição publicada pelos seus atualizadores em 2006, a qual não sofreu alteração por ocasião da edição de 2016. Apresenta, nas três edições, o mesmo conceito:

A legalidade, como princípio da administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. (MEIRELLES, 1991, p. 78; MEIRELLES, 2006, p. 87; MEIRELLES, 2016, p. 93).

Contudo, afirmou-se que as edições são praticamente a mesma. Existe uma diferença da edição de 1991 para as edições de 2006 e 2016, decorrente da publicação da Lei nº 9.784/99 (regulou o processo administrativo), que instituiu, em seu art. 2º, parágrafo único, a necessidade de a Administração Pública atuar “conforme a lei e o Direito”. Como consequência, houve a inserção de um novo parágrafo pelos atualizadores:

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e o Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 21 da Lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa igualmente a observância dos princípios administrativos. (MEIRELLES, 2006, p. 88. MEIRELLES, 2016, p. 93).

Ao voltar ao tema no capítulo do processo administrativo, os atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles fazem referência ao mencionado dispositivo legal para afirmar que foi instituída na Administração Pública o princípio da legalidade objetiva, imprescindível para garantir em seu funcionamento o império da lei e da justiça (MEIRELLES, 2006, p. 686. MEIRELLES, 2016, p. 822).

Em síntese, a abertura que a Lei nº 9.784/99 propiciou para a atuação da Administração Pública, de modo a não se limitar exclusivamente à regra, foi vista pelo prisma da observância dos princípios, a fim de garantir o império da lei e da justiça. Isso, por si só, já seria um avanço se a proposta do autor não estivesse limitada por um viés positivista que não é capaz de compreender a diferença básica que rege regras e princípios, nem de conceber a potencialidade hermenêutica que essa abertura propicia, temas que foram abordados na seção anterior.

A tímida ou praticamente inexistente evolução do princípio da legalidade na obra de Hely Lopes Meirelles constitui reflexo, em grande parte, da doutrina pátria, como se verificou em Celso Antônio Bandeira de Mello, Diogenes Gasparini, Odete Medauar e José dos Santos Carvalho Filho. Deve-se verificar qual é a regra válida, de modo que a validade de uma regra impõe um limite para a atuação administrativa. Em contrapartida, uma pequena corrente pátria defende a abertura do princípio da legalidade, a partir de sua análise no contexto da juridicidade. De acordo com Gustavo Binbenojm, a juridicidade foi pensada com a finalidade de aproximar a legalidade e o Direito Administrativo das normas constitucionais:

A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*); (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição) (BINENBOJM, 2008, p. 143).

Busca-se, com isso, a constitucionalização do Direito Administrativo, fenômeno observado recentemente no Direito Civil com o advento do atual Código Civil (BRASIL, 2002). De fato, a atuação da Administração Pública sempre foi pensada no limite da regra válida, mesmo que esse agir se apresentasse contrário à jurisprudência e à Constituição Federal, constituindo o chamado fetiche da coerência pela coerência. Avançar é necessário e como a legalidade possui assento constitucional, esse princípio deve, igualmente, dialogar no plano moral com outros princípios igualmente constitucionais, no contexto da rede de valores. Assim, Binenbojm (2008, p. 179-180) defende a incidência das normas constitucionais sem a necessidade de uma mediação legislativa (ou mesmo contra dispositivo legal) e fundamenta essa atuação administrativa com base na segurança jurídica, que possui também base constitucional.

Um exemplo de Binenbojm (2008, p. 181), devidamente adequado à atuação da Polícia Judiciária, mostra a abertura para além da regra que a sua proposta possibilita. Em uma determinada situação, a Polícia Civil contrata uma empresa para a realização de uma obra pública. Quase no termo final da construção, um órgão de controle identifica a existência de um vício de legalidade no edital de abertura, que contamina o contrato administrativo, sem que a empresa contratada tenha concorrido para tal nulidade. Ademais, nenhuma lei possibilita ao caso narrado uma convalidação. Diante do exposto, o que a Polícia Civil pode fazer em relação à situação narrada? Em outras palavras, o contrato deverá ser anulado ou as peculiaridades do caso concreto autorizam a sua manutenção e a conseqüente finalização da obra?

Uma resposta a partir do Positivismo Jurídico determina que o contrato seja declarado nulo, com a conseqüente paralisação da obra e abertura de novo procedimento licitatório, para que seja possível a sua conclusão, acarretando considerável atraso até a sua entrega e o aumento do custo-base inicialmente projetado para a obra. No entanto, de acordo com Binenbojm (2008, p. 181), a análise da legalidade no contexto da juridicidade apresenta uma resposta mais adequada para o caso exposto, de modo a possibilitar a manutenção do contrato sem que isso gere uma crise ao funcionamento do Estado de Direito. A juridicidade abre a atuação da Administração Pública também para os princípios constitucionais, de modo que não existe uma limitação *a priori* para as regras previstas no ordenamento jurídico. A partir do reconhecimento da colisão dos princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica, Binenbojm (2008, p. 186-187) aponta a proporcionalidade de Robert Alexy como o postulado necessário para resolver o caso narrado. Após analisar a adequação, a necessidade e

a proporcionalidade em sentido estrito no contexto apresentado, conclui que o agir administrativo pode basear-se exclusivamente em princípios constitucionais, tal como o da segurança jurídica, de modo a garantir a conclusão do contrato eivado de vício.

A proposta de Robert Alexy, tal como exposto na segunda seção da tese, possui problemas estruturais no trato entre regras e princípios. Acontece que tal cenário não é diferente com a estrutura e o funcionamento da proporcionalidade. Ralf Poscher formula uma crítica à proporcionalidade a partir da distinção entre regras e princípios:

No entanto, se princípios são meramente mandados de otimização, então, mesmo segundo a Teoria dos Princípios, os princípios também são simplesmente regras. Se, contudo, princípios são regras, colapsa o dualismo normativo no qual está baseada a Teoria dos Princípios. Então, há apenas normas que, a depender da interpretação, podem ter diferentes conteúdos. Esse conteúdo já não pode mais ser determinado teoricamente através da característica dos princípios (POSCHER, 2016, p. 89).

O dualismo normativo proposto por Robert Alexy, fundamentado na diferença qualitativa entre regras e princípios, perde a sua razão de ser. Um dispositivo legal ou constitucional não possui uma classificação como regra ou princípio, determinada *a priori*, pois existem somente normas, que, a depender do sistema normativo e da interpretação a partir do caso concreto, pode ser qualificada como regra ou princípio, crítica essa também endossada por Dworkin, tal como foi exposta na seção anterior. Com isso, um suposto princípio pode apresentar-se como uma regra e uma suposta regra pode apresentar-se como um princípio. O conteúdo de uma norma, de acordo com Poscher (2016, p. 89-90), não pode mais ser determinado a partir da proposta teórica de Robert Alexy: ou a proporcionalidade cresce para abarcar casos então não imaginados para ela, ou seu uso diminui para não mais incidir em hipóteses que supostamente reclamariam o seu uso. Afinal, a norma só pode existir no caso concreto e não está contida, por si só, em um mandamento legal.

Ladeur e Campos (2016, p. 114-117) concordam com essa crítica à teoria de Alexy e a reforçam com outro argumento. A maioria dos bens jurídicos (liberdade de expressão, direitos da personalidade, igualdade, dignidade da pessoa humana, entre outros) não são possíveis de serem mensurados na escala proposta por Robert Alexy e nem podem ter *a priori* uma preferência em relação a qualquer outro bem jurídico. Com isso, a proporcionalidade recai em dois graves problemas: primeiro, não existem contornos dogmáticos claros dentro da ponderação em todas as suas fases e em todos os seus aspectos, o que caracteriza a imprecisão e a vagueza do método; segundo (visto como decorrência do primeiro), a proporcionalidade majora o ativismo e o decisionismo, em razão da ausência de controle racional das decisões.

Lauder e Campos (2016, p. 122) lembram que a proposta de Robert Alexy advém da jurisprudência do Tribunal Alemão e encontra campo fértil nos Tribunais da América Latina. Tal cenário evidencia que uma alternativa teórica para a aplicação do Direito não pode ser pensada a partir da jurisprudência dos Tribunais. Ao contrário, uma alternativa complacente com a complexidade da atual sociedade deve ser pensada junto aos acadêmicos que pensam a ciência jurídica, conclusão que em muito se aproxima do resgate teórico do Direito proposto por Ronald Dworkin (ABBOUD; ROSSI, 2017, p. 7).

Faz-se necessário ressaltar, tal como exposto na seção anterior, que Dworkin não aceita a existência de colisão de direitos fundamentais em razão da defesa que faz da unidade do valor. Por isso, a leitura mais adequada de um direito fundamental deve ser pensada trazendo em si o outro direito fundamental que supostamente estaria em colisão, a fim de propiciar uma construção argumentativa fundamentada na harmonia da rede de valores e não na diminuição (e quase exclusão no caso concreto) de um dos direitos colidentes. Nas palavras de Dworkin (2010, p. 239), “[...] os valores políticos são integrados e não autônomos [...]”, de modo a possuírem uma relação de complementariedade e não de colisão.

A despeito das críticas feitas à própria teoria de Robert Alexy, outras podem ser trabalhadas em razão de uma importação à brasileira da proporcionalidade pelo Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal:

Mais do que isso, importamos técnicas — como a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy — e a descaracterizamos, ampliando seu espectro para além do sopesamento entre princípios eventualmente em colisão para abarcar, também, potencial conflito entre regras. Sem dizer que até hoje não vislumbramos nenhuma decisão judicial brasileira que tenha efetivamente aplicado a ponderação de Alexy, seguindo rigorosamente as instruções do próprio autor (ABBOUD; ROSSI, 2017, p. 4).

Essa utilização própria em terras brasileiras, de acordo com Morais (2016, p. 176-178), gerou graves equívocos na utilização da proporcionalidade pelo Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal. Sobre o tema, vale destacar quatro questões inerentes à ponderação brasileira. Primeiro, não existe uma uniformidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal quanto à utilização dos princípios em colisão, bastando, em regra geral, uma mera indicação genérica de algum princípio para que a proporcionalidade seja utilizada. Segundo, existem julgados em que não existe clareza no uso da adequação e da necessidade, hipóteses em que a medida que é utilizada na proporcionalidade falha ao passar por esses dois substratos, mas, mesmo assim, o juízo efetua o seu sopesamento. Terceiro, a ponderação feita

pelo Supremo Tribunal Federal, muitas vezes, não possibilita identificar a construção da lei de colisão, tendo como referência o caso concreto que se julga, de modo que eventual colisão entre os princípios acaba por se realizar em abstrato. Quarto, a nova ponderação deveria levar em consideração as decisões pretéritas relativas ao tema que se está julgando, por existir um ônus argumentativo que deve estar presente na nova decisão, para fins de concordância ou de refutação.

No mesmo sentido, Alexandre de Castro Coura e Lívia Avance Rocha analisaram inúmeros precedentes do Pretório Excelso que utilizaram a proporcionalidade, tendo como viés o direito fundamental ao meio ambiente. No que diz respeito à análise de inúmeros julgados no contexto da colisão entre meio ambiente e segurança jurídica, concluíram que, nesses julgamentos,

[...] as incompatibilidades identificadas foram as seguintes: (a) desconsideração de regra legislativa na realização da ponderação judicial (MS 25.284/ DF); (b) omissão do exame de proporcionalidade (ADIn 1.856); (c) associação da tese do suporte fático restrito com a técnica da ponderação (ADI 1.856); (d) defesa do emprego de elementos metajurídicos (REsp 1.094.873); (e) ponderação judicial sem o exame de proporcionalidade cabível na hipótese (ADPF 101); e (f) ausência de referência a precedentes judiciais na fundamentação da decisão (Suspensão de Liminar 223).

Portanto, inobstante a referência superficial à ponderação e à proporcionalidade, a maior parte das decisões analisadas não aplicou realmente a teoria nos moldes propostos por Robert Alexy, sendo fruto de metodologia decisória não sistematizada e aparentemente inconsistente (COURA; ROCHA, 2014, p. 52-53).

Apesar dessas críticas envolvendo a juridicidade no ponto específico da proporcionalidade, os demais aspectos teóricos dessa proposta representam um importante avanço em relação à leitura clássica do princípio da legalidade. Afinal, a regra como limite para a atuação da Administração Pública carrega em si os equívocos inerentes à Filosofia da Consciência, no sentido de acreditar que a linguagem é um instrumento à disposição do aplicador da norma, equivocadamente compreendendo a possibilidade de existir ato administrativo sem interpretação. De fato, como coloca Gustavo Binenbojm, mostra-se necessário pensar a atuação da Administração Pública tendo como referência o Direito e não só a regra, para que o conceito clássico de princípio da legalidade seja superado. A fim de compreender a amplitude da legalidade dentro da proposta de Ronald Dworkin, mostra-se imprescindível retomar um tema que foi abordado na seção anterior, qual seja, o estudo da dimensão do ajuste e da dimensão da substância, a partir das novas leituras que Dworkin faz ao responder o pós-escrito de Hart, concebendo a imparcialidade processual como a essência do ajuste e a justiça substantiva como a essência da dimensão da substância. Esse aprofundamento das

dimensões, no entender do Dworkin (2010, p. 243), decorrem de sua ideia do que seria a legalidade, apresentada a seguir, com a sua consequente inclusão na complexa rede de valores, majorando a responsabilidade do aplicador da norma na tarefa de interpretação do Direito.

Ronald Dworkin afirma existirem, na história das escolas da teoria do Direito, três concepções diferentes de legalidade, todas vinculadas ao modo de demonstrar como se daria a relação entre o Direito e a coerção. Essa questão foi inicialmente trabalhada em *O império do Direito*⁵⁰, mas Dworkin (2010, p. 242) reconhece que uma análise mais completa do tema passa pela necessidade de se estudar a legalidade como um dos principais valores de um Estado de Direito. Tal estudo só pode ser adequadamente feito se essa proposta da legalidade não se afastar do conceito de Direito que o autor trabalha, ou seja, a legalidade deve dar as bases para a legitimidade do poder de coerção estatal e deve igualmente (tal como o Direito como integridade propõe) conceber a ideia de que os direitos e as responsabilidades decorrem de decisões anteriores e possuem valor legal não só quando explícitos na decisão, mas também quando procedem de princípios e aspectos morais que as decisões pretéritas pressupõem a título de fundamento. Para compreender o alcance da legalidade tal como mencionado, observe-se que Ronald Dworkin trabalha a legalidade a partir das suas três diferentes concepções das escolas da teoria do Direito: exatidão, eficiência e integridade.

A exatidão consiste na “[...] capacidade de autoridades políticas de exercer o poder de coerção do Estado de maneira equivocadamente justa e criteriosa” (DWORKIN, 2010, p. 245). A legalidade apresenta-se conectada à exatidão se os atos oficiais forem mais criteriosos ou justos por serem regidos por critérios previamente estabelecidos, do que se representarem apenas uma nova avaliação de alguma autoridade a respeito do que seria supostamente justo ou criterioso (DWORKIN, 2010, p. 245). Em outras palavras, tal concepção de legalidade “[...] permite que os critérios para os padrões estabelecidos favoreçam, ou mesmo assegurem, esse resultado” (DWORKIN, 2010, p. 246).

A eficiência deve buscar um bem maior para o maior número de pessoas e, para que tal fim seja atingido, deve ser feito um estudo de esquemas políticos detalhados que resulte em

⁵⁰ Tal como exposto na seção anterior, três questionamentos guiaram o estudo do autor sobre o tema: a) Existe alguma relação entre Direito e coerção? Em outras palavras, faz algum sentido exigir que a força pública seja usada somente em conformidade com os direitos e responsabilidades que “decorrem” de decisões políticas anteriores? b) se tal sentido existe, qual é ele? c) que leitura de “decorrer” — que noção de coerência com decisões precedentes — é a mais apropriada?

grandes codificações, a serem aplicadas ao pé da letra sem qualquer influxo moral (DWORKIN, 2010, p. 247). Em síntese, “[...] o direito é tudo o que tenha sido decretado por um governante ou um Parlamento soberanos — e nada além disso” (DWORKIN, 2010, p. 247).

A integridade reconhece a relevância da exatidão, no sentido de o valor de tal proposta reclamar a necessidade de os critérios da legalidade serem previamente estabelecidos, do mesmo modo que reconhece a importância da eficiência pelo fato de tal valor indicar a necessidade de os governantes não abandonarem a legalidade por capricho ou terror (a legalidade se apresenta, em outras palavras, como necessidade para uma estabilidade institucional). No entanto, a esses dois valores deve ser agregada a ideia de integridade política, “[...] que significa igualdade perante o direito não apenas no sentido de que ele seja imposto conforme escrito, mas no sentido mais pertinente de que o Estado deve governar de acordo com um conjunto de princípios em princípio aplicável a todos” (DWORKIN, 2010, p. 250).

Essa nova proposta de conceito de legalidade constitui importante avanço em relação ao Positivismo Jurídico⁵¹, uma vez que o conceito positivista de Direito se fundamenta na aceitação e visualiza o Direito como uma simples questão de fato para outorgar coercitividade (ou seja, validade) à convenção, negando relevância às questões substanciais (morais e éticas) e ignorando às divergências teóricas.

A partir da integridade política, Dworkin redimensiona a legalidade no âmbito do Direito como integridade. O que o Direito é (e o que se apresenta coercitivo) depende da concepção de legalidade a ele subjacente, de modo que, no âmbito da integridade, “[...] a parte mais decisiva de um argumento jurídico é seu elemento moral” (DWORKIN, 2010, p. 253). Em síntese, Dworkin insere na legalidade — e, como consequência, na identificação da validade de uma regra — a premissa de que uma regra só é válida (no sentido de coercitiva) se estiver em conformidade com algum conteúdo moral que a fundamenta. E mais, não só as regras, mas também os princípios fazem parte da estrutura da legalidade e se apresentam como padrões jurídicos morais vinculantes (coercitivos).

⁵¹ Hart (2011, p. 111-121) vincula a ideia de validade jurídica da convenção à regra de reconhecimento e essa guarda relação exclusivamente com a aceitação de tais regras pela comunidade jurídica, independentemente do seu conteúdo ou aspecto moral.

A legalidade, assim compreendida, evidencia novos contornos para o ajuste e para a adequação, uma vez que essas duas dimensões da interpretação passam a ter como essência, respectivamente, a imparcialidade processual e a justiça substantiva. Afinal, conforme examinado no estudo da legalidade, “[...] uma reinterpretação muito abrangente dos valores políticos não deixa nada exatamente como era antes” (DWORKIN, 2010, p. 243). Esse estudo possibilita que a dimensão do ajuste seja vista de forma mais abrangente, com uma ideia de coercitividade (ou validade) que se vincula ao próprio conceito de Direito, capaz de impactar a construção da sequência entre os capítulos do romance. Do mesmo modo, na dimensão da substância, a coercitividade (validade) assim compreendida se vincula a um aspecto substancial para mostrar o Direito sob outra (e melhor) perspectiva.

Com isso, o princípio da legalidade se solta das amarras das regras presentes no positivismo, como se ela constituísse um limite transcendental colocado para a atuação administrativa e para a sua compreensão hermenêutica a partir do caso posto, que se apresenta como um caminho necessariamente interpretativo e baseado no “princípio de Kant”, outorgando uma especial responsabilidade ao intérprete. Dito de outra forma, “[...] somos moralmente responsáveis se as nossas várias interpretações concretas constituírem uma integridade geral, de modo a que cada uma suporte a outra numa rede de valor que é autenticamente por nós abraçada” (DWORKIN, 2012, p. 109). No caso mencionado, relativo à nulidade encontrada num contrato de construção já em seu termo final, é possível constatar que a complexidade da situação vai muito além do binômio de valores que envolvem a legalidade e a segurança jurídica. Não só esses dois princípios, mas também o princípio da eficiência, o princípio da continuidade do serviço público, o princípio da supremacia do interesse público, o princípio da razoabilidade, entre muitos outros, formam uma complexa rede de valores que impacta o caso concreto.

A interpretação une valores e a compreensão dessa interligação coloca-se como questão-chave no interpretativismo. No contexto apresentado, o intérprete possui a responsabilidade de uma tomada de decisão que não pode ser ignorada ou delegada, devendo ser reflexo da complexa rede de valores que circunda a interpretação em torno do caso concreto, sem uma pretensa limitação a dois princípios previamente escolhidos. Assim, a partir de um aspecto ético-moral, o princípio da legalidade perde a sua face estritamente pura — algo inerente ao Positivismo Jurídico — para ganhar densidade moral e outorgar ao intérprete uma responsabilidade interpretativa que não se esgota na regra, mas que se inicia no Direito e é fruto de uma complexa rede de princípios, de direitos fundamentais, enfim, de valores. Essa leitura do

princípio da legalidade provoca impacto em um dos aspectos mais complexos do ato administrativo, qual seja, o seu controle, em especial do “mérito” administrativo.

4.3 A FUNDAMENTAÇÃO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A VALIDADE E PARA O CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO

A fundamentação no âmbito da atuação da Administração Pública, como analisada ao longo da tese, é trabalhada de forma distinta pela doutrina brasileira, a depender de ser o ato classificado como vinculado ou como discricionário. Em relação ao ato vinculado, a fundamentação é obrigatória e guarda relação com a indicação do dispositivo legal relativo ao caso apresentado, como se a simples aplicação silogística resolvesse as complexas relações sociais, dispensando a interpretação. Em linhas gerais, Mello (2014, p. 404) supera a possibilidade de ausência de fundamentação dos atos e explica que essa fundamentação (motivação) consiste na exposição dos motivos, porquanto o ato administrativo deve conter, entre outros requisitos: a narração dos fatos, os fundamentos jurídicos e a relação de pertinência lógica entre os fatos narrados e esse ato. Como coloca o autor, em razão da interligação desses três requisitos, não basta, em razão da imensa variedade de hipóteses, apenas aludir ao dispositivo legal que tomou como base.

Em relação ao ato discricionário, ainda é possível, em caráter excepcional, a ausência de fundamentação em alguns poucos atos discricionários, sempre que tal ato não estiver presente no taxativo rol do art. 50, *caput*, da Lei nº 9.784 (BRASIL, 1999b). Dito de outra forma, a fundamentação do ato discricionário só é obrigatória por existir determinação legal nesse sentido; do contrário, se inexistisse a lei ou mesmo se o artigo fosse revogado, a fundamentação dos atos discricionários seria sempre facultativa e desnecessária. Ademais, quando a fundamentação se fizer necessária, os mesmos requisitos utilizados para o ato vinculado também devem ser preenchidos para a validade do ato discricionário, com a diferença de que, nesse ato, o administrador terá liberdade para atuação, podendo escolher qualquer das interpretações presentes na moldura.

No entanto, a distinção entre ato vinculado e ato discricionário, a linguagem como instrumento à disposição do intérprete, a hermenêutica como condição dispensável para confecção do ato administrativo, a suficiência da lei ou mesmo a discricionariedade se mostraram incompatíveis com um conceito de Direito que compreenda a ligação entre interpretação e aplicação, que saiba distinguir argumentos de política de argumentos de

princípio, que abra o Direito para além das regras e que seja, de fato, preocupado com a rede de valores que rodeia o intérprete. Como consequência, tal como defende Streck (2012a), a fundamentação do ato administrativo deve ser capaz de superar as tradicionais limitações do Positivismo Jurídico:

O que quero deixar assentado é que, por razões de baixa densidade, os intérpretes^[52] (tribunais etc.) lançam mão de ampla discricionariedade. Como os tribunais não estão acostumados a julgar por princípios e, sim, por política (s), acaba predominando um “jogo interpretativo *ad hoc*”; quando interessa, vale a palavra da lei, a sua sintaxe, o verbo nuclear etc.; quando não interessa, as palavras são fugidias, líquidas, amorfas... Aí então se busca a vontade da norma, a vontade do legislador, a ponderação de valores, enfim, os mais diversos álibis teóricos que visam a confortar a decisão (grifo do autor).

Essa visão equivocada, decorrente da baixa densidade teórica dos intérpretes, traduz uma falha da visão hermenêutica no contexto do Direito Administrativo que, por anos, impregnou a ideia de que a lei seria um limite para atuação da Administração Pública, tanto que a doutrina sempre trabalhou com um conceito de princípio de legalidade que inviabilizou o redimensionamento da atividade administrativa. Ao contrário, o novo modo de pensar o princípio da legalidade, conforme examinado, passa pela necessidade de entender que na fundamentação existe uma imprescindível relação unitária entre compreensão, interpretação e aplicação:

Mas a íntima fusão entre compreensão e interpretação acabou expulsando totalmente do contexto da hermenêutica o terceiro momento da problemática da hermenêutica, a aplicação. [...] Ora, nossas reflexões nos levaram a admitir que, na compreensão, sempre ocorre uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. Nesse sentido, nos vemos obrigados a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação, mas também a aplicação (GADAMER, 2005, p. 406).

Essa evolução para uma Filosofia da Linguagem ocorre também no âmbito do agir administrativo, que deve compreender essa estrutura unitária como condição de possibilidade de qualquer ato administrativo. A compreensão faz do administrador um ser histórico, ou seja, o aplicador da norma pertence a uma História e é por ela influenciada, e esse paradigma se apresenta como condição para a sua atuação. Gadamer (2005, p. 391) lembra que preconceitos e opiniões prévias do intérprete não estão à sua livre disposição, de modo que é impossível se despir desses paradigmas que necessariamente se projetam em cada ato produzido. Todo ato administrativo produzido não é, de algum modo, limitado às intenções do autor que o

⁵² “Numa sociedade aberta de intérpretes da Constituição, todos os cidadãos e órgãos estatais são potenciais intérpretes das normas constitucionais”. (HÄBERLE, 1997, p. 20-22.)

produziu. Ao contrário, a compreensão não é um comportamento meramente reprodutivo, mas se apresenta também como produtivo.

Essa diferença entre intérprete e autor ganha especial destaque no âmbito da Administração Pública, em especial por causa da imensa quantidade de portarias, circulares e instruções de serviços publicadas todos anos e algumas em vigência há mais de uma década. Entre o intérprete e o autor existe uma distância histórica, de modo que cada época deve compreender, a seu modo, cada texto, que nada mais é do que um dos aspectos da historicidade e da tradição (GADAMER, 2005, p. 391-392). A História, portanto, influencia e age em cada interpretação, que não se apresenta neutra. A interpretação não possui como pressuposto uma neutralidade do sujeito com o objeto a interpretar; ao contrário, inclui as pré-compreensões que possibilitarão a antecipação do sentido do texto, mesmo porque os conceitos prévios se mostram como condição para a compreensão. Aliás, o intérprete é resultado do paradigma em que está inserido, do mesmo modo que o paradigma sofre influência de cada ato praticado pelos intérpretes, em muito se aproximando do que Kuhn (2001, p. 219) chamou de caráter circular do paradigma.

Em síntese, “[...] compreender é sempre interpretar e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão[...]” (GADAMER, 2005, p. 406). Do mesmo modo, a interpretação só existe a partir da aplicação, ao mesmo tempo em que a aplicação tem como sua condição de possibilidade a interpretação (GADAMER, 2005, p. 408). Por isso, a adequada interpretação deve sempre ser pensada a partir de cada caso concreto único e irrepetível, ou seja, a partir da aplicação, fechando, assim, a estrutura unitária como delineada:

Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma forma, o texto de uma mensagem religiosa não quer ser compreendido como mero documento histórico, mas deve ser compreendido de forma a poder exercer o seu efeito redentor. Em ambos os casos, isso implica que, se quisermos compreender adequadamente o texto — lei ou mensagem de salvação —, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar (GADAMER, 2005, p. 408).

Ganha relevância para o administrador conhecer cada detalhe relativo ao caso concreto que analisa para poder fundamentar a sua decisão e, nesse ponto, a participação dos afetados mostra-se imprescindível, em especial porque a mera tarefa de subsunção, a utilização de fundamentações genéricas ou mesmo a ausência de fundamentação não se mostra adequada às

premissas até aqui trabalhadas e, para esse contexto, a Polícia Judiciária do Estado do Espírito Santo aparece como um modelo de atuação administrativa que deve ser abandonado.

No Estado do Espírito Santo, historicamente, o ato administrativo de remoção do delegado de polícia sempre foi desprovido de fundamentação, situação compartilhada por outros Estados da federação. Como consequência, houve a publicação da Lei nº 12.830/13 e a determinação de que a remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado (BRASIL, 2013). Essa exigência consiste em requisito de validade desse ato administrativo e possibilita seu controle administrativo, popular e judicial. Como consequência, conforme exposto na segunda seção desta tese, a administração da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo alterou a estrutura do ato de remoção e passou a utilizar fundamentações genéricas, como a referência à seguinte motivação: “*ex-officio*, no interesse do serviço”, sem demonstrar as peculiaridades de fato e de direito que justificaram a remoção.

Da inexistência da fundamentação, a Administração buscou suprir o requisito de validade do ato de remoção com a mera menção ao poder que possui na Lei Orgânica da Polícia Civil em fazer remoções de ofício, fundamentando no interesse do serviço, mas sem declinar quais seriam esses interesses, mantendo a completa inexistência de uma fundamentação fática e voltada ao caso concreto. Tal postura, longe de resolver o problema apresentado, acaba por fraudar expectativas legais legítimas, tanto do delegado de polícia quanto de todos que sofrerão pelo impacto da sua remoção, como a vítima, o investigado, as testemunhas, o promotor, o juiz, entre muitos outros, prejudicando a linha investigativa traçada.

A situação narrada no Estado do Espírito Santo se insere no que Abboud (2014, p. 138) chama de discricionariedade performática, uma vez que o uso de terminologias abertas e genéricas, desvinculadas de casos concretos, por si só não dizem ou significam qualquer coisa. De igual modo, exatamente pela falta de concretude, tais atos são praticamente impossíveis de serem refutados ou submetidos a testes de validade e de argumentação:

Os termos interesse público e conveniência e oportunidade são os enunciados performáticos por excelência no que se refere à discricionariedade. Na maior parte das lides, o Judiciário nega-se a adentrar no exame do mérito do ato administrativo com fundamento em que o ato teria sido pautado em critérios de conveniência e oportunidade. Frise-se: nada mais performático do que essa afirmação: o julgado que diz que o ato administrativo está embasado em critério de conveniência e oportunidade, na realidade, não diz nada, não diz se o ato é ou não legal/constitucional, limita-se apenas a afirmar que se pauta em critério de conveniência e oportunidade. (ABBOUD, 2014, p. 138-139).

Esses conceitos são dotados de vagueza e abstração, cabendo dentro deles praticamente qualquer situação, por mais contraditória que possa parecer, ou seja, o “interesse do serviço” pode justificar tanto a remoção quanto a manutenção do delegado de polícia, mostrando ser inviável contra tal ato qualquer tipo de questionamento no âmbito da legalidade ou constitucionalidade. Isso se apresenta como um problema decorrente do viés positivista que está presente na Administração Pública.

Por exemplo, no julgamento do paradigmático HC nº 85203⁵³, o Supremo Tribunal Federal consignou que o ato final do procedimento que acarreta a expulsão do estrangeiro consiste em ato discricionário do Presidente da República, uma vez que, de acordo com o art. 66 da Lei nº 6.815/80, que regulava o Estatuto do Estrangeiro, “[...] caberá exclusivamente ao Presidente da República resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou de sua revogação”. Como ato discricionário, ainda de acordo com a decisão, seria vedado ao Poder Judiciário imiscuir-se no mérito da decisão, apresentando a “conveniência e a oportunidade” como um exemplo de discricionariedade performática, capaz de inviabilizar qualquer tipo de controle, seja internamente ao órgão que proferiu a decisão, seja externamente, tal como o próprio Poder Judiciário. Igualmente performática é a decisão do Superior Tribunal de Justiça no AgRg no REsp 252083⁵⁴. Com fundamento no princípio da harmonia e na independência entre os poderes, o Tribunal decidiu que o Poder Judiciário não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário, ou seja, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como a compra de ambulâncias e as obras de reforma de hospital público.

O tema da fundamentação ganha maior relevância por causa do positivismo à brasileira, cuja existência foi comprovada em pesquisa empírica sobre o ato de remoção do delegado de polícia, devidamente detalhada na segunda seção, seja pela completa ausência de fundamentação, seja pelo uso de fundamentação genérica (conceitos jurídicos indeterminados) e sem vínculo com o caso concreto. Verificou-se que a Polícia Judiciária do Estado do Espírito Santo, após rejeitar a fundamentação como condição de validade do ato administrativo por muito anos, considerou ser suficiente, na maioria dos casos, fundamentar o ato de remoção do delegado de polícia na expressão genérica (e performática) “no interesse do serviço”, concebida como decorrência do princípio da supremacia do interesse público. Ao

⁵³ HC 85203, Relator(a) Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2009.

⁵⁴ AgRg no REsp 252.083/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Segunda Turma, julgado em 27/06/2000, DJ 26/03/2001, p. 415.

contrário, a fundamentação deve ser construída a partir de cada caso concreto único e irrepetível, para que seja reflexo das singularidades que cada situação apresenta.

A fundamentação deve ser pensada a partir de um complexo romance em cadeia, que se volte tanto ao passado quanto ao futuro e não seja limitado pela regra, mas aberto aos princípios, à jurisprudência, aos influxos ético-morais presentes na sociedade e nas normas constitucionais, tal como visualizado no novo conceito de legalidade. Afinal, aceitar que um ato administrativo não tenha fundamentação (ou que tenha fundamentação performática ou que tenha fundamentação genérica) e seja válido significa, via de consequência, que esse ato é inviável de controle, uma vez que a possibilidade de qualquer forma de controle consiste exatamente na análise e na refutação da fundamentação apresentada. Se um ato é desprovido de interpretação, tal como o ato sem fundamentação, o seu controle se revela quase como algo impossível de ser feito.

Sem linguagem, fruto da interpretação, não existe compreensão e aplicação. A interligação entre compreensão, interpretação e aplicação é o que possibilita a superação da Filosofia da Consciência, a fim de compreender que o mundo é linguagem, de modo que o controle que se faz de qualquer decisão (como a judicial e a administrativa) é também um controle operado hermeneuticamente:

O “controle” das decisões é um controle que se opera hermeneuticamente. Aquele que interpreta deve (de)mo(n)strar que sua construção é a melhor segundo o direito da comunidade política. Aqueles que são destinatários da interpretação, por sua vez, têm o dever de questioná-la, apontando os fracos argumentos e as construções mal alicerçadas (STRECK, 2012b, grifo do autor).

De igual modo, admitir a existência de discricionariedades significa dizer que todas as interpretações presentes na moldura sejam legítimas para o caso concreto, tornando impossível o controle de qualquer interpretação escolhida, pois todas são igualmente admitidas, mesmo que, em tese, uma das interpretações não escolhida se mostre mais adequada ao caso concreto. Por isso, a discricionariedade deve ser abandonada, mesmo que isso não signifique o fim da indeterminação do Direito ou o retorno da subsunção, cabendo ao aplicador da norma a busca de uma legitimidade que não se limite na autoridade jurídica de quem profere a decisão. O abandono da discricionariedade, portanto, possibilita o efetivo controle dos atos administrativos, superando a ideia de que o mérito (objeto e motivo) não seja suscetível de controle. O mérito, também, deve ser construído e controlado hermeneuticamente, cabendo tanto ao administrador que confecciona o ato administrativo

quanto àquele (dentro ou fora da Administração Pública) que fará o seu controle demonstrar que a construção dos argumentos está de acordo com o direito da comunidade política na qual estão inseridos.

Em razão da utilização de conceitos vagos e abertos como traço característico da fundamentação do ato administrativo, verifica-se como imprescindível aprofundar o estudo do tema no contexto do princípio da supremacia do interesse público. A releitura desse princípio é necessária, pois ele frequentemente se apresenta como fundamento para qualquer agir administrativo, como é o caso da sua variante “no interesse do serviço”, contexto imprescindível para análise, a seguir, da fundamentação do ato de remoção do delegado de polícia.

4.4 SUPERANDO O PRINCÍPIO DA “SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO” COMO UM CONTEXTO PERFORMÁTICO: O SEU REDIMENSIONAMENTO NO CONTEXTO DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

O princípio da supremacia do interesse público não possui previsão na Constituição Federal de 1988. Talvez, por isso, Meirelles (1991, p. 77-84) não havia trabalhado especificamente sobre o tema, de modo a não fazer qualquer menção à existência do princípio em estudo e de que modo ele impactaria a atuação administrativa. Limita-se a falar que a finalidade da Administração Pública se resume ao bem comum da coletividade, devendo o administrador se orientar por esse objetivo. Não obstante, por diversas passagens, sem trabalhar mais a fundo o tema, o autor dá a entender que existe uma necessária desigualdade entre a Administração e o administrado, devendo este abrir mão de direitos em prol da coletividade. A sua inserção como princípio na obra pelos atualizadores (MEIRELLES, 2006, p. 103) ocorreu posteriormente, em razão da publicação da Lei nº 9.784/99, uma vez que somente nesse ano houve a previsão legal do interesse público como um princípio a ser seguido pela Administração Pública. Essa supremacia seria o motivo da desigualdade jurídica entre a Administração e o administrado.

Em que pese a lacuna principiológica inicialmente existente na obra de Meirelles, Diego de Figueiredo Moreira Neto já tratava do assunto alguns anos antes em seu livro. O princípio da supremacia do interesse público, também conhecido como princípio da finalidade, apresenta-se como a “[...] supremacia do bem comum, do interesse coletivo sobre o individual [...]” (MOREIRA NETO, 1976, p. 73), consubstanciando uma desigualdade entre a Administração

e o administrado. Apesar de trabalhar de forma superficial o tema, Moreira Neto (1976, p. 73) entende que tal princípio se afigura como o de maior relevância no âmbito do Direito Administrativo, uma vez que constitui o fundamento de qualquer manifestação administrativa, tendo como exclusivos limites o uso distorcido do próprio princípio e o princípio da legalidade.

Carvalho Filho (2016, p. 34) pontua que a origem do princípio da supremacia do interesse público remonta ao crescimento do Estado Social, uma vez que era necessário subjugar uma extremada visão individualista até então presente no Direito. Por isso, no caso de conflito entre o interesse privado e o interesse público, deve sempre ocorrer a prevalência do interesse público, uma vez que o que está em jogo tem como pressuposto a coletividade e essa lógica ainda hoje deve ser a premissa da atuação do Estado. Por isso, o Carvalho Filho (2016, p. 35) critica aqueles que sustentam a supressão do princípio em estudo ou mesmo aqueles que tentam desconstruí-lo em face de outros direitos fundamentais, ao argumento de que o que está em jogo é o funcionamento da própria democracia e do próprio Estado. Não obstante, o autor compreende que seja possível, em certos casos, a harmonização entre interesses públicos e coletivos ou mesmo a superação desse confronto, sem apontar qual seria o caminho para que isso aconteça.

Gasparini (2005, p. 19) partilha de uma visão muito próxima de Carvalho Filho, no sentido de que há de prevalecer o interesse público sempre que esse colidir com um interesse particular, sem trabalhar ou expor formas específicas de controle desse princípio. Nas palavras do autor (2005, p. 19), “[...] nem mesmo se pode imaginar que o contrário possa acontecer, isto é, que o interesse de um ou de um grupo possa vingar sobre o interesse de todos”.

Mello (2014, p. 99) afirma que tal princípio possui guarida constitucional, sem uma previsão específica, mas distribuída em vários dispositivos, tais como na previsão constitucional da desapropriação (art. 5º, inciso XXIV) e da requisição (art. 5º XXV). Esse princípio constitui a base para a oposição da vontade unilateral da Administração Pública, além de fundamentar a imperatividade, a exigibilidade, a autoexecutoriedade e a presunção de legitimidade dos atos administrativos. Também como decorrência de tal princípio, Mello (2014, p. 99) sustenta o poder de revogação dos atos, abalizado exclusivamente na conveniência e na oportunidade da Administração Pública. No mesmo sentido, encontra-se o poder de anulação dos atos, sempre que eivados de ilegalidade. Nessa linha de pensamento, Mello (2014, p. 100) entende ser possível o controle do princípio em estudo pelo Poder Judiciário, já que ele não pode violar a

legislação ou a Constituição Federal. Por sua vez, esse controle parte de uma proposta neutra sem qualquer ingerência de aspectos valorativos.

É lógico, de outra parte, que sob a perspectiva da Sociologia, da Ciência Política ou da Moral sua configuração far-se-ia por outros critérios, os quais, é bem verdade, teriam que ser sacados da própria Sociologia, da Política ou da Moral, respectivamente, pois a Ciência do Direito não teria como fornecê-los, eis que seu critério é aduzido exclusivamente pelas próprias normas postas (MELLO, 2014, p. 100). Do mesmo modo que ocorre no controle dos atos discricionários, o controle também é possível por meio da razoabilidade, devendo o abuso ou o seu excesso ser controlado pelo Poder Judiciário (MELLO, 2014, p. 102).

Como apresentado, em linhas gerais, o princípio da supremacia do interesse público constitui um fim em si mesmo, na medida em que ele se apoia em uma premissa que praticamente não comporta refutação, qual seja, de que o agir administrativo — por ser fundamentado na coletividade — subjuga o interesse privado, praticamente desconsiderando a influência que esse pode e deve ter na Administração Pública. Mesmo quando se fala no seu controle, pouco se aprofunda no tema, sem contar que esse controle também se faria no contexto de uma proposta positivista, haja vista o senso comum que permeia aqueles que são responsáveis por esse controle e pela teorização do tema. Em síntese, trata-se de um dos fundamentais princípios do Direito Administrativo, considerado como uma das pedras de toque da Administração Pública por Mello (2014, p. 99), sem o qual o seu funcionamento se torna inviável. Esse princípio, no entanto, não recebeu, por esses autores, uma proposta de aplicação que não se esgote em si mesma, com uma estruturação valorativa e real possibilidade de controle, capaz de superar as limitações inerentes ao Positivismo Jurídico e se abrir ao Estado Democrático de Direito.

Pelo cenário apresentado, mostra-se ainda presente a influência de Themístocles Cavalcanti no estudo do Direito Administrativo. No início do século passado, Cavalcanti (1938, p. 141-142), ao fazer referência direta a Hans Kelsen, compreendia o agir administrativo como uma doutrina própria e autônoma em relação aos direitos privados. Tanto que os privilégios da Administração Pública seriam natural decorrência da proteção dos interesses coletivos, vistos como de imperiosa necessidade para o poder público alcançar os seus fins. Existe, portanto, uma primazia do princípio da supremacia do interesse público, consubstanciando uma relação de superioridade do Direito público em relação ao Direito privado, o qual possui as diretrizes

pré-estabelecidos pelo Estado e pela Administração Pública. Essa relação verticalizada e unilateral em muito se aproxima do Leviatã Estatal inerente ao Estado Social, uma vez que

[...] essa relação se transforma num dilema, quando as regulamentações do Estado do bem-estar social, destinadas a garantir, sob o ponto de vista de igualdade do direito, uma igualdade de fato a situações de vida e posições de poder, só conseguem atingir esse objetivo em condições ou com a ajuda de meios que reduzem significativamente os espaços para a configuração de uma vida privada autônoma dos presumíveis beneficiários (HABERMAS, 2003b, p. 155).

A leitura da supremacia do interesse público apresentada, na verdade, possibilita ampla interferência da Administração Pública, já que pode justificar qualquer tomada de decisão a partir do princípio estudado. Isso diminui e praticamente anula a interferência dos direitos fundamentais — vistos como direitos privados do cidadão — no Direito público, em especial porque a Administração Pública passa a tratar todos os direitos, inclusive os privados, como se públicos fossem. Reforça-se, com isso, o argumento de que a supremacia do interesse público, como apresentada, constitui em resquício do Estado Social, no qual a relação entre Direito público e Direito privado perde a sua razão, já que tudo é visto pelo prisma do Direito público. Nesse período, “[...] todo o Direito é público, imposição de um Estado colocado acima da sociedade, de uma sociedade amorfa, carente de acesso à saúde ou à educação, massa pronta a ser moldada pelo Leviatã onisciente sobre o qual recai essa imensa tarefa” (CARVALHO NETTO, 1999, p. 480).

Ademais, o caráter performático da supremacia do interesse público aproxima o seu uso de um argumento de política. Não só o problema da sua utilização desvinculada ao caso concreto, sem o devido aprofundamento da argumentação, mas a ideia de que sua vagueza e sua abstração tornam cabível qualquer tipo de argumentação pelo administrador, na tentativa de expor qual seria o interesse público, em especial quando determinado ato é questionado no âmbito do Poder Judiciário. Como exemplo, o julgamento da SL 1053⁵⁵ versou sobre o fornecimento, pelo Estado do Acre, de um medicamento de alto custo a uma pessoa portadora de uma doença rara, causada por uma mutação genética das células-troncos da medula óssea. Entre os argumentos apresentados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Estado do Acre pontuou que não havia interesse público no fornecimento dos medicamentos em razão do seu alto custo em um caso de pretensão meramente individual, de modo a subjugar direitos fundamentais ao interesse da coletividade. Caso o Estado do Acre não arcasse com o custo do medicamento, outras áreas (como a segurança ou mesmo a própria saúde) se beneficiariam

⁵⁵ SL 1053, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 24/02/2017.

com o possível investimento dos valores, redistribuindo um custo individual em benefício de outras pessoas (maior benefício econômico para a coletividade).

Tal como no caso da *Spartan Steel*, estudado na seção anterior, o Estado do Acre deveria analisar se o autor da ação teria direito ao medicamento de alto custo e não ponderar se seria economicamente sensato arcar com os custos advindos do uso do medicamento. Ao Estado do Acre caberia o ônus de argumentar que o cidadão não teria o direito, discutido com base em argumentos de princípio, argumentação essa que já deve estar presente desde eventual solicitação administrativa do medicamento. Aqui está claro que o argumento presente na ação tem por finalidade estabelecer um objetivo econômico para uma quantidade imprevista de indivíduos, gerando um bem-estar geral comum, de modo a demonstrar o uso de um argumento de política no contexto da supremacia do interesse público. Não se conclui, com esse exemplo, que esse problema sempre estará presente, mas que o caráter performático da supremacia do interesse público possibilita e, de certa forma, até potencializa o uso de um argumento de política.

Desse modo, faz-se necessário ir além. A dignidade da pessoa humana, de acordo com Dworkin (2012, p. 377), apresenta-se como um aspecto central de qualquer outro princípio ou direito fundamental, de modo que o seu estudo também deve ser feito no contexto do Direito Administrativo, para integrar a dignidade à supremacia do interesse público. A concepção da dignidade da pessoa humana, para Dworkin (2012, p. 211), é formada por dois vetores centrais, quais sejam, o princípio do respeito próprio e o princípio da autenticidade. Em breve síntese, no princípio do respeito próprio⁵⁶, cada pessoa deve levar a sua vida a sério, ou seja, “[...] tem de aceitar que é importante que a vida seja uma realização bem sucedida e não uma oportunidade perdida” (DWORKIN, 2012, p. 211), devendo cada pessoa empreender esforços em criar uma vida boa, sujeita apenas a certas restrições essenciais à dignidade humana. Já no princípio da autenticidade⁵⁷, “[...] cada pessoa tem a responsabilidade especial e pessoal de criar essa vida por meio de uma narrativa ou de um estilo coerente que ela própria desenvolva” (DWORKIN, 2012, p. 211).

O princípio do respeito próprio requer de cada pessoa o reconhecimento de que toda decisão é importante e possui influência na vida que leva, devendo cada uma dessas decisões ser

⁵⁶ Na obra *Is Democracy possible here*, Dworkin (2006, p. 9) chama o princípio da autenticidade de princípio do valor intrínseco (*principle of intrinsic value*).

⁵⁷ Na obra *Is Democracy possible here*, Dworkin (2006, p. 9) chama o princípio da autenticidade de princípio da responsabilidade pessoal (*principle of personal responsibility*).

direcionada a outorgar à vida uma importância objetiva (DWORKIN, 2012, p. 264). A importância subjetiva é baseada em gostos, crenças, desejos ou mesmo em propriedades pessoais, como o talento de cantar ou de escrever, sendo que nada disso torna a vida de uma pessoa importante (DWORKIN, 2012, p. 264-265). Ao contrário, a importância objetiva impõe algumas limitações, independentemente do que qualquer pessoa pense sobre elas. Por exemplo, a escravidão e a prática de tortura em bebês por divertimento são erradas em si mesmas e ainda assim seriam erradas mesmo que uma maioria em determinado lugar ou tempo pensasse de forma distinta, uma vez que tais práticas deterioram o reconhecimento do respeito próprio na vida do outro, tal como exigido pelo “princípio de Kant” (DWORKIN, 2012, p. 268; OMMATI, 2015b, p. 99-100). Isso não se apresenta como um conceito criterial ou uma opinião, mas como uma argumentação moral e interpretativa, decorrente da estrutura apresentada para a dignidade da pessoa humana. A importância objetiva, portanto, não consiste no livre arbítrio para uma pessoa seguir os seus desejos e as suas inclinações; na verdade, a importância objetiva se aproxima da autonomia kantiana, no sentido de que as pessoas devem ser tratadas como fins e não como meios (DWORKIN, 2012, p. 274).

Um exemplo de Dworkin (2012, p. 265) é capaz de ilustrar uma aplicação prática do princípio do respeito próprio. Richard Hare, nazista, entende ser correto que qualquer pessoa poderia matá-lo se descobrissem que ele fosse judeu. Tal entendimento, na verdade, traz um aspecto mais relevante, no sentido de que autoriza o Estado nazista a agir da mesma forma. Mesmo que ele integre a sua proposta a um conjunto de valores presente no contexto social em que vive naquele momento, sua opinião jamais sobreviveria a uma maior expansão da integridade. Ademais, ao trabalhar o exemplo no contexto da dignidade da pessoa humana, o pensamento nazista igualmente perde espaço, em especial por fundamentar-se em uma propriedade particular (ser judeu) como forma de distinção de vida boa de uma pessoa para outra. Com isso, viola-se a relevância objetiva que se espera do princípio do respeito próprio, não podendo um cidadão ou um Estado empreender condutas no sentido defendido por Richard Hare.

Essa proposta possui reflexos, inclusive, no modo de atuação da Administração Pública no Brasil, uma vez que se baseia na incorporação de direitos fundamentais como modeladores do interesse público, vistos não como antagônicos, mas como coexistentes, de modo que o adequado agir administrativo será o resultado dessa natural relação. Por exemplo, a Polícia Judiciária dá início à desapropriação de um imóvel para a instalação de uma Delegacia de Polícia em determinado bairro. O imóvel foi escolhido ao analisar-se a planta da cidade, por

estar em uma quadra na qual a Administração Pública julgou por estratégica e, assim, iniciou-se o procedimento necessário para a desapropriação do bem. Os proprietários embargaram o procedimento, argumentando (a) que existem imóveis igualmente estratégicos na mesma quadra ou em quadras próximas que respondem às necessidades da delegacia; (b) que se trata do único bem, qualificado, portanto, como bem de família; (c) que residências próximas são usadas para fins de aluguel pelo proprietário, sendo que algumas estão desocupadas; (d) que a residência passou por recente reforma, a fim de adequar o imóvel às necessidades inerentes ao casal de idoso que nela vive; (e) que o casal de idosos viveu naquele imóvel toda a vida, havendo uma grande perda para a identidade e personalidade dos dois, caso tenham que sair do local. A supremacia do interesse público, à luz do Direito Administrativo apresentado, não daria relevância às argumentações expostas, em especial porque não parte do caso concreto para analisar a sua repercussão. Ademais, por possuir uma primazia definida *a priori* em face dos demais direitos, o princípio sequer considera como relevantes direitos fundamentais presentes no caso apresentado, negando-se a dialogar com eles. O direito à propriedade (potencializado por tratar-se de bem de família e existirem outros bens igualmente aptos no local), o direito à moradia (potencializado pelas reformas recentes a fim de adequar o imóvel às necessidades inerentes ao casal de idosos), o direito à intimidade (potencializado pelo fato de o casal ter morado toda a vida naquele local e desenvolvido com a residência uma relação de identidade), o direito à igualdade (potencializado por existirem pessoas em condições de passarem pelo desgaste de uma desapropriação sem serem tão afetadas pela perda do bem) e muitos outros direitos aplicáveis ao caso devem ter o devido impacto no procedimento relativo à desapropriação.

Às pessoas devem ser reconhecidos direitos fundamentais, com capacidade de diálogo direto com a supremacia do interesse público. Em razão do reino dos fins desenvolvido por Kant (2011, p. 66 e 67), ao qual Dworkin concede especial atenção, a Administração Pública deve compreender que qualquer pessoa existe como fim em si mesmo e não apenas como meio para uso arbitrário dessa ou daquela vontade. Em outras palavras, não se encontra à disposição do Estado qualquer bem para ser desapropriado, devendo o administrador compreender que existe uma rede de valores que circunda todo ato por ele praticado e que a pessoa afetada por sua decisão possui direitos que devem ser refletidos nesse ato. O próprio conceito de legalidade conforme analisado reclama esse tipo de análise, não se contemplando em uma visão estrita da regra presente na lei.

Ao lado do princípio do respeito próprio, Dworkin afirma que a dignidade também é formada pelo princípio da autenticidade. O princípio da autenticidade outorga a cada pessoa uma responsabilidade especial, que não pode ser delegada ou ignorada e que diz respeito à necessidade de essa pessoa ser verdadeira e coerente consigo mesma. De acordo com Dworkin (2012, p. 217), se uma pessoa é capaz de se levar a sério, deve expressar-se em vida e procurar uma forma de vida que considere certa para si próprio e para as circunstâncias que a cercam, vivendo — não contra, mas de acordo — com os valores que estão ao seu redor. Nesses termos, ser autêntico se traduz na ideia de que, apesar dos obstáculos e das dificuldades naturais da vida (como as questões sociais, financeiras e culturais), a pessoa sempre será capaz de tomar as suas próprias decisões e fazer suas próprias escolhas, sem se submeter à vontade alheia (e aos valores alheios), se essa não for a sua decisão (DWORKIN, 2012, p. 220).

Por isso, uma pessoa só pode submeter-se à vontade da outra se tal decisão decorrer de sua convicção pessoal ou decorrer da coerção presente no Direito (DWORKIN, 2012, p. 220). No âmbito do Direito Administrativo, regido por uma relação de Direito público, tal cenário se apresenta constantemente, já que todo representante da Administração Pública está regido por regras de hierarquia e disciplina e o administrado está limitado por regras e princípios que regem esse ramo do Direito, tal como a supremacia do interesse público. No entanto, no princípio da autenticidade dois filtros devem ser respeitados: toda pessoa deve possuir responsabilidade e independência como pressupostos que o outro e o Estado devem observar.

A responsabilidade acarreta a consequência de que toda pessoa deve fazer escolhas durante a vida, que não podem ser ignoradas ou delegadas, como também deve conviver com as consequências dessas escolhas. São consequências civis, criminais, religiosas, profissionais, financeiras, entre muitas outras, que podem impactar questões políticas importantes, como a justiça distributiva a ser utilizada pelo Estado (DWORKIN, 2012, p. 218-219).

Já a independência, como corolário do princípio da autenticidade, instrui toda pessoa a lutar por sua independência, ou seja, “[...] não vive autenticamente, por muitas opções que lhe sejam oferecidas, se os outros lhe proibirem algumas opções, que, de outro modo, estariam disponíveis, porque as consideram inválidas” (DWORKIN, 2012, p. 219). Dworkin (2012, p. 219) ressalta que a indignidade reside nesse tipo de usurpação, mas admite eventuais limitações à independência, como é o caso da existência de uma tributação fiscal que impede

determinada pessoa de viver como gostaria, ou mesmo por viver em uma comunidade tecnologicamente atrasada em relação ao que considera ideal.

A independência é violada quando uma pessoa se submete ao juízo de outra, em vez do seu próprio, de modo a colocar em segundo plano valores e objetivos que a sua vida deveria mostrar. Por isso, no caso das regras de cortesia antes analisado, a manutenção ou não da prática de tirar o chapéu para outra pessoa deve ser reflexo dos valores e objetivos que deseja expressar por meio desse ato, não podendo derivar de uma ordem estática, pré-estabelecida e desprovida de valores, decorrente de uma pessoa ou grupo de pessoas.

Por exemplo, no RE nº 898450⁵⁸, o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade de um edital de concurso público que limitava o acesso ao cargo a pessoas que possuíam tatuagem que não estivesse dentro de um tamanho ou parâmetro estético previamente definidos. Ora, a tatuagem se materializou de modo a alcançar os mais diversos e heterogêneos grupos, com as mais diversas idades, sendo ainda considerada verdadeira obra artística, capaz de configurar instrumento de exteriorização da liberdade de expressão, da manifestação do pensamento e do direito de autonomia e autodeterminação do corpo.

Não cabe ao Estado o poder de considerar aprioristicamente como parâmetro discriminatório para o ingresso em uma carreira pública o fato de uma pessoa possuir tatuagens. Afinal, a existência da tatuagem não quer dizer que a pessoa seja desprovida de capacidade e idoneidade para o desempenho das atividades de um cargo público. Essa imposição em abstrato mostra-se violadora da autenticidade por considerar inválida uma opção para a vida das pessoas que deveria estar à disposição delas, de modo a usurpar a dignidade. Ao contrário, a admissibilidade (ou não) do uso da tatuagem tem que ser analisada a partir de cada caso concreto, uma vez que determinadas opções de tatuagens podem mostrar-se violadoras de direitos fundamentais, sendo possível, nesses casos, eventuais limitações à independência.

Ostentar uma tatuagem que seja meramente discriminatória, que faça apologia ou que incite a prática de violência é capaz de impedir o acesso de uma pessoa ao cargo público, como uma tatuagem que transmita valores relativos ao *hate speech* ou *fighting words*: “morte aos criminosos”, “viva o holocausto”, “viva a escravatura dos negros”, entre outros. Assim, do mesmo modo que os editais de concurso público não podem estabelecer esse tipo de restrição prévia, absoluta e pensada em abstrato, tais documentos poderão estabelecer regramentos que

⁵⁸ RE 898450, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/08/2016.

possibilitem o controle excepcional do uso da tatuagem, em especial quando o seu conteúdo violar valores constitucionais. Nesse sentido foi a decisão do Supremo Tribunal Federal no mencionado Recurso Extraordinário que, em síntese, declarou inconstitucional a cláusula de edital que restringiu a participação do candidato em concurso público exclusivamente por ostentar tatuagem visível, sem qualquer simbologia que justificasse a restrição de participação no certame.

A postura da Administração Pública, no caso da tatuagem, constitui decorrência de uma visão da supremacia do interesse público, que se apresenta como um fim em si mesmo, despreocupada com os valores constitucionais e com os direitos fundamentais, de modo a justificar qualquer intervenção do Estado sobre o particular, violando questões relativas à importância objetiva da vida:

Algumas leis coercivas violam a independência ética, porque negam às pessoas o poder de tomarem as suas próprias decisões sobre questões de essência ética — sobre a base e o caráter da importância objetiva da vida humana, declarada pelo primeiro princípio da dignidade. Estas incluem escolhas no âmbito da religião e dos compromissos pessoais da intimidade e relativamente a ideais éticos, morais e políticos (DWORKIN, 2012, p. 377-378)

Outro exemplo, Dworkin (2012, p. 379) cita a postura de alguns governos em proibir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, proposta que visa a proteger algumas convicções de viver bem e limitar (e anular) outras. Por outro lado, “[...] a independência ética não é ameaçada quando uma questão não é essencial e o constrangimento do governo não assume uma justificação ética” (DWORKIN, 2012, p. 379), como a imposição legal de as pessoas usarem cinto de segurança ao conduzir um veículo ou mesmo a criminalização do roubo e da lesão corporal. Em contrapartida, o autor ressalta que essas conclusões são construídas argumentativamente a partir dos casos concretos apresentados e à luz dos valores presentes na história de determinada sociedade.

Nesse contexto, a mencionada decisão da Administração Pública revela que a restrição ao uso da tatuagem não apresenta uma justificação ética, porquanto a supremacia do interesse público deve ter limites. Por isso, não é possível falar em uma primazia *a priori* de um princípio ou direito, de modo que a supremacia do interesse pública deve ser entendida como mais um entre os vários princípios e direitos presentes na rede de valores que constitui o paradigma do Estado Democrático de Direito, mostrando-se preponderante no caso, como regra geral, os direitos à liberdade de expressão, à manifestação do pensamento e à autonomia e à autodeterminação que cada pessoa tem sobre o seu corpo. Por outro lado, aquele que

ostenta uma tatuagem violadora de valores ou direitos deve ter em mente que essa escolha gerou uma responsabilidade, devendo conviver com as consequências, tal como a exclusão de um concurso público. Isso demonstra o diálogo direto entre os dois aspectos da dignidade, pois responsabilidade e independência caminham juntas na construção da autenticidade de cada pessoa.

Assim, a proteção de um direito privado também deve constituir um fim público, uma vez que esse fim não pode se esgotar no interesse exclusivo da coletividade, situação que se mostra violadora de direitos fundamentais, como os mencionados, ou mesmo de direitos das minorias. Por isso, no Estado Democrático de Direito, a relação entre Direito público e Direito privado sofre sensível alteração. O Direito público não se restringe à atuação do Estado e a uma cega primazia dos direitos coletivos, do mesmo modo que o Direito privado não se restringe a uma relação entre particulares pensada em uma leitura mais individual. O interesse público e a suposta supremacia que possui, portanto, constituem-se em uma constante relação entre o interesse da coletividade no contexto do respeito e, inclusive, proteção de direitos fundamentais, sempre construído a partir do caso concreto e dos valores envolvidos, não podendo a dignidade da pessoa humana reclamar, igualmente, um primado *a priori* em relação aos demais direitos da rede de valores⁵⁹.

Uma nova proposta do agir administrativo, sem necessidade de recorrer a discricionariedades, passa por essa leitura do princípio da supremacia do interesse público e do princípio da legalidade, ambos impregnados pela Moral e pela Ética. O Direito público, portanto, passa a ter influência de influxos valorativos presentes nas práticas jurídicas, o que repercute diretamente no ato de remoção do delegado de polícia, tal como será agora analisado.

4.5 O ATO DE REMOÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA E A INFLUÊNCIA DE UM NOVO PARADIGMA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.5.1 O ato de remoção do delegado de polícia no contexto do Direito como integridade

⁵⁹ “Sem dúvida alguma, como demonstra Dworkin em sua obra mais recente, a dignidade humana é o princípio fundante de todo o Direito democrático e das próprias dimensões ética e moral da existência humana, mas isso não leva à conclusão de que tal princípio seja um antecedente lógico em relação aos demais princípios ou um princípio superior aos demais do ordenamento jurídico, como pretende a doutrina majoritária do Direito brasileiro” (PEDRON; OMMATI, 2016, p. 241).

O ato de remoção de delegado de polícia se insere, historicamente, como um ato discricionário, com todos os predicados inerentes ao Positivismo Jurídico à brasileira. O ato constitui atribuição do Chefe da Polícia Judiciária,⁶⁰ o qual possui conveniência e oportunidade na remoção e na nova localização do delegado de polícia, em muito decorrente da ausência de fundamentação do ato ou utilização de fundamentação genérica por meio de conceitos jurídicos indeterminados, sem vinculação com questões fáticas.

A ditadura recente pela qual o Brasil passou possui relatos que apontam a utilização das Polícias Cíveis e Federal para fins de combater determinada ideologia, direcionar a investigação em face de certos grupos ou mesmo beneficiar alguma pessoa⁶¹. O agir da Chefia das instituições era fundamentada em suposto interesse público que, em razão do poder discricionário, pautava escusos interesses da Administração, sempre em detrimento de direitos fundamentais. A história da investigação criminal brasileira mostra que esses instrumentos à disposição do Estado foram utilizados como mecanismos de perseguição. A promulgação da Constituição Federal de 1988 representou um importante passo para tentar superar esse modelo nocivo de administrar a coisa pública, mas esse ideal foi asfixiado por uma doutrina administrativista que compreendeu — e compreende — a atuação da Administração Pública a partir de uma visão ultrapassada da legalidade e da supremacia do interesse público e de um entendimento sobre a discricionariedade como condição de existência do agir administrativo.

Dessa forma, ganharam espaços o interesse público como um fim em si mesmo, a pureza do Direito impregnada ao Direito Administrativo, a questão da (des)necessidade da fundamentação dos atos do Poder Público, a desvinculação com o caso concreto, a inexistência de respostas corretas, a utilização de padrões extrajurídicos nos casos difíceis e o consequente poder criativo do intérprete. Esses predicados do Positivismo Jurídico no Direito Administrativo, por conseguinte, também estão espelhados no ato de remoção do delegado de polícia, que, por anos, sequer possuía fundamentação, por ser visto como decorrente do poder discricionário da Administração Pública. Até a publicação da Lei nº 12.830/13, era comum a remoção de delegados de polícia sem o seu conhecimento ou consentimento, sob o argumento de que tal ato seria um poder discricionário da Administração Pública, sem a necessidade de expor os fundamentos que justificassem tal remoção, muitas vezes acobertando algum tipo de influência externa a fim de retardar, impedir ou direcionar alguma investigação em curso.

⁶⁰ Em alguns Estados, o ato é atribuição do Secretário de Segurança Pública.

⁶¹ Sobre o tema, cf. as obras *Autoritarismo e processo penal brasileiro*, de Antonio Pedro Melchior e outros, e *Guia politicamente incorreto da história do Brasil*, de Leandro Narloch.

A autoridade policial tomava conhecimento de sua remoção por meio da publicação do seu ato no Diário Oficial, sem ter qualquer capacidade de influenciar a decisão final da Administração Pública. E mais, o ato existia completamente isolado de um contexto fático, sendo que tal contexto, se existisse, não se projetava sobre o fundamento necessário para a sua publicação, em especial porque presente exclusivamente no mundo das ideias do Chefe da Polícia Judiciária sem nunca ganhar a concretude esperada e necessária. Dentro desse modelo nocivo de administração, por exemplo, um simples pedido direcionado ao Chefe da Polícia Civil ou ao Secretário de Segurança Pública era suficiente para retirar, sumariamente, o presidente da investigação, o qual tomava conhecimento de sua remoção por meio do Diário Oficial. Essas atitudes espúrias apareciam e a ingerência política, muitas vezes acompanhada da corrupção, tomava corpo de tal modo que a investigação policial era não só interrompida, como, em muitos casos, concluída pelo arquivamento e sem qualquer indiciamento, além da possibilidade de se utilizar o inquérito policial como instrumento de perseguição daquele que era investigado.

Em que pese a Lei nº 12.830/13 determinar que toda a remoção do delegado de polícia fosse precedida de fundamentação, o paradigma positivista ainda impregnava o modo de pensar e condicionava o agir do Chefe da instituição. A existência de previsão legal sobre o tema, portanto, está longe de resolver o problema que se coloca na compreensão do prólogo silencioso de cada decisão. Por isso, a pesquisa empírica evidenciou que a ausência de fundamentação no ato de remoção do delegado polícia foi suplantada, em meados de 2014, por uma fundamentação genérica, calcada em conceitos jurídicos indeterminados, de modo a, supostamente, cumprir a determinação legal. Ao final da pesquisa, observa-se que a Administração Pública alternava entre a ausência de fundamentação ou uso de fundamentação genérica do ato administrativo, sem apresentar algum critério ou fundamento para tal cenário.

Faz-se necessário lembrar que os atos de nomeação ou exoneração para ocupar um cargo em comissão foram excluídos da amostra, uma vez que não necessitariam de fundamentação em uma perspectiva teórica no âmbito do Direito Administrativo brasileiro⁶². Acontece que esses atos também devem ser fundamentados. Sobre o tema, assim estabelece o art. 37, inciso II, da Constituição Federal:

⁶² As metodologias utilizadas na pesquisa e os fundamentos que justificaram a exclusão de determinados atos foram apresentadas na introdução.

Art. 37. [...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos [...], ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988).

Deve-se ter muito cuidado para não confundir a liberdade em nomear e exonerar com ausência de fundamentação. De fato, o dispositivo constitucional afasta a necessidade do concurso público para a investidura no cargo comissionado, mas não torna a fundamentação desnecessária. Ao contrário, mesmo nessas hipóteses, a fundamentação deve ser racionalmente construída, inclusive de modo ainda mais rigoroso para demonstrar efetivamente porque a Administração Pública não estaria utilizando a regra geral do concurso público como pressuposto geral para a investidura em um cargo. A exposição que será feita a seguir, guardadas as devidas peculiaridades (já que a Lei nº 12.830/13 não regula especificamente tal tema), aplica-se aos cargos em comissão, em especial porque, nos termos do art. 50 da Lei nº 9.374/99, tais atos devem ser fundamentados, seja porque afetam direitos ou interesses, seja porque impõem encargos a pessoa determinada.

A ausência de fundamentação ou a utilização de fundamentações genéricas com referências exclusivas a conceitos jurídicos indeterminados fraudam expectativas legais legítimas, já que está presente *in caso* a discricionariedade performática, mesmo se for hipótese de cargo comissionado. A simples determinação legal de fundamentação desses atos administrativos, portanto, não resolveu o cenário, tal como constatado pela pesquisa empírica. A esperança de superar um problema que se manifesta como paradigmático por meio de uma previsão legal se encaixa em um conceito de Direito que entende ser a regra a sua única condição de ser e funcionar. Em outras palavras, à luz do Positivismo Jurídico, a plenipotenciabilidade da regra se apresenta como fonte e pressuposto do sistema jurídico vigente, limitando o Direito para a amplitude normativa dos princípios.

Esses pressupostos compartilhados, que impregnam a atuação dos administradores, constituem o que Kuhn (1998, p. 235-237) vai chamar de conhecimento tácito coletivo. Cada intérprete utiliza modelos de agir previamente utilizados em soluções anteriores, vinculado ao modo de ser do paradigma no qual está inserido. O conhecimento tácito coletivo impede, inclusive, de visualizar-se os equívocos do próprio paradigma, constituindo um limite natural imposto ao ser humano.

Um exemplo fora do Direito demonstra a força do paradigma nas relações humanas (A QUESTÃO..., 199?). A Suíça, nas décadas de 60 e 70, dominava não só a produção de relógios no mundo, como também os lucros do mercado, contudo, dez anos depois, não detinha mais nem 10% do mercado, gerando desemprego de inúmeros relojoeiros. Essa mudança ocorreu em razão da invenção do relógio de quartzo, que ocorreu nas oficinas da própria Suíça (em 1967), sendo que a invenção não foi bem vista pelos relojoeiros suíços que estavam presos ao paradigma anterior. Afinal, um relógio sem ponteiros e sem mola mestra não poderia ser o futuro dos relógios. Tamanha foi a confiança nessa conclusão que a invenção nem sequer foi patenteada. No mesmo ano da invenção, os pesquisadores apresentaram-na ao mundo em um Congresso Anual de Relojoaria e uma empresa dos Estados Unidos e outra do Japão verificaram o enorme potencial dos relógios de quartzo, acarretando a decadência da Suíça no mercado que até então dominava. Os relojoeiros suíços estavam impregnados pelo paradigma anterior e não compreenderam que tal paradigma estava destinado ao fracasso. O paradigma limita a visão daqueles que estão nele inseridos, mesmo que ele não mais se mostre como o adequado para o novo contexto fático. Como a nova proposta não se adequava ao modo de pensar até então vigente, ocorreu uma ruptura com o sistema, o que desencadeou uma crise e o conseqüente fim do relógio de ponteiro suíço como o paradigma de referência dos relógios no mundo.

De igual modo, no Direito, o paradigma positivista representa um modelo de ver o mundo que foi pensado para o Estado Social e que não mais se ajusta ao Estado Democrático de Direito, representando a sua utilização como uma proposta arbitrária e violadora de direitos fundamentais, incompatível com a irrepetibilidade dos casos concretos e a pluralidade de uma sociedade complexa. Não basta, portanto, a promulgação de uma nova Constituição ou mesmo a publicação de uma nova lei, sendo imprescindível superar o paradigma positivista até então existente. Kuhn (1998, p. 225) afirma que a transição de um paradigma para outro não ocorre necessariamente por crises traumáticas; na verdade, essa transição (ou essa crise) precisa “[...] apenas ser o prelúdio costumeiro, proporcionando um mecanismo de autocorreção, capaz de assegurar que a rigidez da ciência normal não permanecerá para sempre sem desafio [...]”.

Cada vez mais o Positivismo Jurídico é colocado em xeque, sendo incapaz de responder problemas que dizem respeito ao seu funcionamento e à sua estruturação. Desafios não faltam para esse paradigma, conforme tem sido examinado ao longo desta tese; o que faltam são respostas desse paradigma para os graves problemas apresentados. De igual modo, não basta

inserir a fundamentação como um requisito de validade do ato de remoção, em especial porque mostra-se comum a utilização de fundamentações com referências exclusivas a conceitos jurídicos sem vinculação com questões fáticas. É preciso repensar o conceito de Direito subjacente ao administrador a partir de uma proposta que não se limite na plenipotenciariade da regra e garanta à sociedade o respeito aos direitos constitucionais, ao mesmo tempo que majore o controle popular e judicial do seu conteúdo e torne possível combater o subjetivismo sem depender de boas intenções do aplicador da norma.

No Positivismo Jurídico, as remoções se afiguram arbitrárias e, mesmo quando não decorrentes de qualquer influência política, trazem inúmeros problemas para a investigação policial. Questões como o atraso na condução das diligências até que o novo delegado de polícia tome conhecimento da situação, a perda de possíveis informações, que seriam documentadas pelo fato de eventuais testemunhas ou colaboradores ficarem receosos acerca da condução do procedimento por uma nova autoridade policial, e a possibilidade de um equivocado direcionamento de novas diligências em razão de premissas teóricas e práticas distintas são só alguns exemplos dos riscos para a investigação desse “modelo de administração” que admite uma pluralidade de respostas corretas, todas legitimamente aceitas, cujos influxos citados não são levados em consideração como questões pertinentes ao caso concreto, mas que deveriam influenciar a tomada de decisão.

Assim, uma Constituição consagradora de direitos fundamentais não pode ver em simples fundamentações como “interesse público” a pauta de atuação da Administração Pública, não se apresentando tal argumento como suficiente para o motivo do ato administrativo de remoção do delegado de polícia. A fundamentação do ato de remoção do delegado de polícia deve impor ao administrador a compreensão que ela se insere em uma sensível rede de direitos fundamentais envolvidos, tanto do delegado de polícia, quanto da vítima, dos investigados, das testemunhas e da sociedade como um todo.

Sendo assim, ao contrário do que preconiza grande parcela da doutrina administrativista, a condição de existência e legitimidade do Estado Constitucional passa necessariamente pela submissão do interesse público aos direitos fundamentais. Tal submissão deve ocorrer, justamente, porque eles possuem natureza constitucional e não são meros interesses privados, ficando, desse modo, vedada toda restrição a eles, com justificativa no interesse público. Essa submissão, no plano constitucional, significa vincular a atuação do Poder Público aos parâmetros constitucionais, conseqüentemente, é vedado ao Estado agir controla direitos fundamentais do cidadão, sob a alegação de que estaria perseguindo interesse público. (ABBOUD, 2014, p. 202).

Para aprofundar o tema, mostra-se necessário trabalhar com um exemplo. Imagine que um delegado de polícia, localizado em uma Delegacia com atribuição para investigação de crimes fazendários, presida um inquérito policial envolvendo tráfico de influência, corrupção, prevaricação e concussão por uma organização criminosa enraizada na estrutura do Estado. No curso da investigação, já com diversas pessoas presas e com o receio de envolvimento de políticos, é publicado no Diário Oficial do Estado o ato de sua remoção, localizando-o em outra Delegacia. Como fundamento, a Chefia da instituição colocou que era esse o interesse público, sem especificar detalhes, mas fazendo uso de fundamentação genérica.

Apesar de poder ser utilizado um ou outro argumento na fundamentação, esse cenário é mais corriqueiro do que se possa imaginar e a simples necessidade de fundamentação do ato não exaure o problema colocado, até porque o ato discricionário, em regra, também possui a sua devida fundamentação. O desafio que se coloca é compreender os pressupostos e o contexto fático que circunda o caso concreto. Por isso, uma questão mostra-se deveras relevante: qual o peso da Lei nº 12.830/13 no romance em cadeia envolvendo o ato de remoção do delegado de polícia?

O precedente do *snail darter* (1978), do Direito norte-americano, trabalhado por Dworkin, pode trazer uma luz sobre o questionamento levantado. No caso, foi publicada a Lei das Espécies Ameaçadas em 1973, que autorizava o Ministro do Interior a designar as espécies que, em sua opinião, estariam correndo o risco de desaparecer em razão da destruição de alguns *habitats*, cabendo ao governo, de acordo com a mencionada lei, tomar “[...] as medidas necessárias para assegurar que as ações autorizadas, financiadas ou executadas por eles não ponham em risco a continuidade da existência de tais espécies ameaçadas” (DWORKIN, 2007, p. 25-29). Já na fase final da construção de uma barragem, com mais de 100 milhões de dólares gastos, os preservacionistas descobriram que essa barragem ameaçava destruir o único *habitat* do *snail darter*, um pequeno peixe de 7,5cm.

De posse dessa informação, os preservacionistas convenceram o Ministro do Interior a inserir o peixe na lista das espécies ameaçadas de extinção e a tomar as medidas necessárias a fim de paralisar a obra. A empresa que administrava a obra se posicionou de forma contrária ao Ministro do Interior e argumentou que “[...] as ações autorizadas, financiadas ou executadas [...]” faziam referência a um projeto em seu início e não já em fase de conclusão, como no caso exposto. Argumentaram ainda que o Congresso havia publicado várias leis — posteriores ao ato do Ministro do Interior em inserir o peixe na lista das espécies ameaçadas de extinção

— que dotavam de recursos financeiros a empresa para a continuidade da obra e demonstravam o interesse de toda a sociedade no projeto em curso.

O caso, então, chegou à Suprema Corte norte-americana, que ordenou a interrupção da construção da barragem. Por um lado, o Ministro Warren Burger foi o juiz que proferiu o voto vencedor e seu argumento central se baseou na premissa de que, se a redação da lei é clara, não caberia à Corte recusar a sua aplicação, de modo a rejeitar a relevância das intenções do Congresso, posteriores ao ato do Ministro do Interior, em inserir o peixe na lista das espécies ameaçadas de extinção. Argumentou, ainda, que não é tarefa da Corte especular se o Congresso teria alterado sua posição se pudesse prever o ocorrido nesse caso (sacrifício da barragem para preservação do *snail darter*), em especial porque era claro o alto grau de proteção que o Congresso desejava dar às espécies ameaçadas. Por outro lado, o juiz Lewis Powell também considerava necessário aplicar a lei, mas no sentido de que o caso a ser julgado não era contemplado pela Lei das Espécies Ameaçadas. Não caberia ao Poder Judiciário corrigir políticas emanadas do Poder Legislativo, devendo a Corte adotar uma interpretação compatível com o bom senso e com o bem-estar público.

As intenções da legislatura, em especial com a publicação das leis que dotavam a empresa de recursos financeiros, afetavam a lei por detrás do texto e garantiam a conclusão da obra. Observa-se que os dois juízes não divergem acerca de questões de fato histórico, já que ambos consideram a existência da Lei das Espécies Ameaçadas e das leis relativas aos recursos financeiros. Tanto que os dois reconhecem que a Corte deve aplicar a Lei das Espécies Ameaçadas, mas divergem sobre o sentido da lei e discordam sobre a norma jurídica produzida a partir da lei e que deve incidir no caso. O precedente do *snail darter* coloca em debate a relação entre todos os atos que envolvem o romance em cadeia e o peso que cada um possui na busca do valor que subjaz à interpretação final do caso. Dworkin (2007, p. 28-29) discorda da decisão da Suprema Corte, uma vez que a preservação do peixe ignora as leis orçamentárias aprovadas após a inserção do peixe pelo Ministro do Interior na lista de espécies ameaçadas. A decisão do Ministro do Interior, nesse contexto, representava uma decisão isolada em uma história mais complexa.

Esse peso da legislação possui singular relevância no ato de remoção do delegado de polícia, que, sempre vale a pena lembrar, foi historicamente visto pela Administração Pública como um ato que nem mesmo de fundamentação precisava, cenário ao qual também foram relegados os atos relativos à nomeação e à exoneração de cargos em comissão pelo Direito

Administrativo brasileiro. A Constituição Federal de 1988 não foi suficiente para mudar esse quadro, a Lei nº 8.112/90 também não, do mesmo modo que a Lei nº 9.784/99 não conseguiu alterar o cenário apresentado, sendo necessária uma lei específica para o cargo de delegado de polícia, qual seja, a Lei nº 12.830/13 para, ao final, a Administração Pública fazer uso de fundamentação genérica sem contextualização fática e manter os equívocos até então existentes, vistos como legítimos pelo Positivismo Jurídico. Essa proposta de fundamentação, tal como o ato do Ministro do Interior, representa uma tentativa de desrespeito a uma história que deveria refletir a ideia de que foi escrita por um único autor, a comunidade personificada, violando preceitos democráticos decorrentes de atos do Poder Legislativo e que devem influenciar a prática jurídica. Mesmo porque a preservação do *snail darter* poderia ocorrer com a sua adaptação em outro *habitat* similar ao que morava, sem que ocorresse violação dos valores protegidos pela Lei das Espécies Ameaçadas, ao mesmo tempo em que os direitos gerados com o fim da construção da barragem seriam preservados.

Do mesmo modo, seja no caso do ato de remoção do delegado de polícia, seja no caso de cargos em comissão, a ausência de fundamentação ou o uso de fundamentação genérica sem contextualização fática burlam expectativas inerentes a um romance em cadeia que tem por fundamento pelo menos três relevantes valores: a democracia como fruto das reiterações legislativas e constitucionais, o princípio da publicidade, a autonomia da investigação e os direitos fundamentais dos afetados pela investigação policial. E tal cenário também incide na questão relativa aos cargos em comissão e se torna indispensável observar que a necessidade de fundamentar tais atos administrativos não se apresenta como decorrente única e exclusiva das normativas presentes na Lei nº 9.784/99 e dos diplomas que a antecedem. Dito de outro modo, a liberdade de escolha presente na determinação constitucional (art. 37, inciso II, da Constituição Federal) sobre o tema não confere um suposto poder de não fundamentar o ato pelo administrador, de modo que essa associação feita pelo Direito Administrativo entre a norma constitucional e a ausência de fundamentação se mostra artificial e decorrente de um Positivismo Jurídico à brasileira. A questão assim concebida revela-se paradigmática, ou seja, como uma questão relativa à postura do administrador, de modo que a sua superação perpassa pela compreensão — e adoção — dos pressupostos teóricos trabalhados desde o início nesta tese.

Ao aprofundar o estudo da necessidade de se fundamentar o ato de remoção dos delegados de polícia, entende-se necessário trabalhar o tema no âmbito das estruturas interpretativas do romance em cadeia. Em outras palavras, as três etapas da interpretação devem ser analisadas a

partir da responsabilidade decorrente da personificação da sociedade. Dessa forma, a Lei nº 12.830/13 representa um importante capítulo no romance que se está construindo. Retomando o exemplo citado do delegado de polícia, o ato de remoção da autoridade policial deve ser fruto dos quatro vetores principiológicos já mencionados (a democracia como fruto das reiteraões legislativas e constitucionais, o princípio da publicidade, a autonomia da investigação e os direitos fundamentais dos afetados pela investigação policial), os quais estão intrinsecamente conectados. O direito fundamental dos afetados a uma investigação isenta e não previamente direcionada por um propósito inconstitucional reflete o caráter autônomo e imparcial da investigação, que demanda a fundamentação íntegra e coerente do ato de remoção do delegado de polícia à luz do exigido pelo princípio da publicidade.

Esses são os valores que refletem a história das instituições desde a Constituição Federal de 1988, de maneira que a fundamentação deve ser racional e juridicamente construída a partir do caso concreto, envolvendo argumentos que levem em consideração os mencionados princípios, a fim de superar as limitações inerentes ao Positivismo Jurídico. Assim, fundamentação genérica implica ausência de fundamentação, já que ignora as peculiaridades do caso concreto, os valores e os direitos fundamentais envolvidos, a construção de uma argumentação racional e as expectativas decorrentes do romance em cadeia subjacentes à tomada de decisão.

Duas observações finais são imprescindíveis. Primeiro, a necessidade de uma fundamentação racional e íntegra não se confunde com a inamovibilidade que os membros do Ministério Público e Magistrados possuem. Nos termos do art. 95, inciso II, da Constituição Federal, além da necessária fundamentação (no interesse público), o ato de remoção do magistrado deve preceder de decisão do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, por voto da maioria absoluta, assegurada ampla defesa. A necessidade de oitiva do delegado de polícia antes do ato de remoção pode ser concebida como decorrência do aspecto procedimental do Direito como integridade, a fim de que possa influenciar a decisão final (o ato de remoção), se ver como autor dessa decisão e melhor aceitar o poder coercitivo do Direito, tema que será aprofundado na próxima seção. A efetiva consolidação da inamovibilidade, não obstante, exigiria que o ato de remoção fosse tomado por um órgão colegiado, requisito legal ainda inexistente, na medida em que a atribuição atual, em regra, é do Chefe da Polícia Judiciária. Ademais, uma fundamentação racional à luz do Direito como integridade não impede que o delegado de polícia seja removido por ato da Chefia de Polícia, mas outorga a esse um ônus argumentativo (uma espécie de *accountability* institucional) que possibilita não só o controle

da veracidade dos motivos de fato, mas também a verificação da constitucionalidade dos pressupostos jurídicos expostos no ato de remoção. Segundo e sob o mesmo raciocínio, a exigência de uma fundamentação adequada não corresponde à necessária existência do princípio do delegado Natural⁶³. Buscou-se somente demonstrar que o fundamento do ato de remoção deve seguir critérios de racionalidade e estar em conformidade com outros princípios administrativos, como a impessoalidade e a eficiência, exigências constitucionais à luz do art. 37 da Constituição Federal⁶⁴.

Superada essas questões, é o respeito ao cenário apresentado que mostra o Direito por uma melhor luz e possibilita o efetivo controle de qualquer ato administrativo. Em outras palavras, o controle do ato administrativo é um controle que se opera hermeneuticamente em cima de sua fundamentação, que não pode ser discricionária, genérica ou mesmo inexistente. Busca-se, com isso, superar o senso comum de que o administrador não possui uma responsabilidade política, uma responsabilidade que se apresenta como verdadeira qualidade para o seu agir e que se coloca como condição para a validade do próprio ato. Abandona-se, desse modo, a subjetividade como característica da postura do administrador, questão que será mais bem analisada a seguir.

⁶³ Esse tema tem ganhado repercussão em razão de dois dispositivos legais presentes na Lei nº 12.830/13: o art. 2º, §5º da lei, que determina a necessidade de fundamentação do ato de remoção do delegado de polícia, e o art. 2º, § 4º da Lei nº 12.830/13, o qual prescreve que o inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação. Távora e Alencar (2016, p. 148-149) afirmam que os mencionados dispositivos legais suscitam a ideia de um princípio do delegado natural, conceito trabalhado no âmbito do princípio da autoridade natural (juiz natural, promotor natural e defensor natural). No mesmo sentido é a defesa de Nucci (2016), quando afirma que uma das garantias individuais mais importantes, previstas na Constituição Federal, “[...] é o juiz natural (previamente designado em lei, antes do cometimento do crime, para julgar o delinquente); com isso, assegura-se o juiz imparcial, que, escolhido aleatoriamente para julgar o caso, não tem nenhum interesse na causa. Debate-se, igualmente, a existência e a legitimidade do princípio do promotor natural, para que uma acusação imparcial possa ser produzida. Pela edição da Lei 12.830/2013, busca-se encontrar a similitude necessária no tocante à autoridade policial. Diante disso, assegura-se, neste dispositivo, a fixação de atribuição, que não é a ideal, mas pode ajudar a resolver alguns problemas [...]”. Barbosa (2015) segue essa linha de pensamento: “Mais do que existente é uma necessidade fundante de um dispositivo democrático no sistema de Justiça penal. Não é por outro motivo que a observância do delegado natural implica necessariamente em vedação à retirada da presidência do procedimento investigatório por avocação, também consagrado na lei 12.830/13. Para garantir o princípio do delegado natural, os critérios devem ser objetivos, eletrônicos e formalmente instituídos pelo órgão da administração da polícia judiciária, seja por órgão da administração superior ou correccional da Polícia Civil do respectivo estado e da polícia judiciária federal, pela União”.

⁶⁴ A ideia de juiz ou promotor natural vai muito além da necessidade de fundamentação dos respectivos atos de remoção e uma análise mais profunda da existência de tal princípio foge do tema acima trabalhado e demandaria a análise de precedentes judiciais da matéria e outros dispositivos legais e constitucionais, tais como o art. 2º, § 4º da Lei nº 12.830/13 e o art. 5º, incisos LIII e XXXVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

4.5.2 Esse novo paradigma importa subjetivismo?

Uma das características centrais do Positivismo Jurídico consiste no subjetivismo inerente ao poder de decidir do aplicador da norma. Esse subjetivismo decorre do poder discricionário, o qual concede uma multiplicidade de respostas igualmente legítimas, que serão criadas para o caso que se apresenta, tal como sempre esteve presente no ato de remoção do delegado de polícia e no agir da Administração Pública (via de consequência, na atuação administrativa da Polícia Judiciária). Por isso, Kelsen (2003, p. 393) identifica como extrajurídico o problema relativo à busca da “resposta correta” para cada caso concreto, em especial porque essa busca não se apresenta como um problema para a teoria do Direito. O fato de Kelsen não ver tal questão como um problema denota que ele não está preocupado com as premissas que subjazem à tomada de decisão para a escolha dessa resposta.

De igual modo, nos casos difíceis, Hart (2011, p. 335) compreende como característica inerente ao Direito o fato de ele ser parcialmente indeterminado ou incompleto, inexistindo outra postura para o magistrado que não seja o exercício do seu poder discricionário com a criação do direito para o caso. Apesar das pesadas críticas de Dworkin, Hart (2011) afirma que, nos casos difíceis, regularmente os juízes fazem referência a qualquer princípio geral ou propósito geral para tomar a sua decisão e que tal cenário em praticamente nada se distingue da proposta apresentada por Dworkin, pois a referência a tais princípios ou propósitos também encontram lugar na interpretação construtiva:

Isto, na verdade, constitui o próprio núcleo da ‘interpretação construtiva’ que assume uma feição tão proeminente da teoria de Dworkin. Mas embora este último processo, seguramente, o retarde, a verdade é que não elimina o momento da criação judicial do direito, uma vez que, em qualquer caso difícil, podem apresentar-se diferentes princípios que apoiam analogias concorrentes, e um juiz terá frequentemente que escolher entre eles, confiando, como um legislador consciencioso, no seu sentido sobre aquilo que é melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida e prescrita pelo direito relativamente a ele, juiz (HART, 2011, p. 338).

Para Hart (2011, p. 334-339), a proposta de Dworkin importa igualmente no poder discricionário do juiz, tendo como consequência o seu poder criativo. Com essa conclusão, a mesma crítica que é dirigida ao Positivismo Jurídico se voltaria contra o Direito como integridade, o qual seria igualmente subjetivista. O ato de remoção do delegado de polícia, mesmo no contexto do Direito como integridade, decorreria, igualmente, do subjetivismo do administrador. A proposta de Dworkin, sem embargo, é permeada de diversos pontos centrais

que superam a crítica apresentada por Hart, de modo a se apresentar como uma teoria que, na verdade, busca superar o subjetivismo que impera no Positivismo Jurídico.

Como ponto de partida, Dworkin reconhece em Gadamer a relevância das esferas de pré-compreensões que influenciarão cada tomada de decisão, pois esse paradigma se mostra constitutivo do próprio aplicador da norma. Enquanto Dworkin compreende que essas esferas limitam o subjetivismo, outro é o entendimento de Sarmiento e Souza Neto (2012, p. 342:.

Autores ligados à corrente da nova hermenêutica ressaltam o papel central da pré-compreensão na interpretação do Direito. Não discordamos desse juízo, que se assenta na própria natureza humana do intérprete. Contudo, há quem veja a fidelidade à pré-compreensão como caminho para busca da melhor resposta para as questões de interpretação constitucional, recusando qualquer recurso ao método. Na literatura jurídica nacional, o principal representante desta corrente é Lenio Streck, que articula seus argumentos a partir da hermenêutica filosófica de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

Sarmiento e Souza Neto (2012, p. 342-343) apresentam três argumentos para tal conclusão. Primeiro, nas sociedades contemporâneas existem concepções de mundo diferentes e conflitantes, com múltiplas visões que habitam o mesmo tempo e o mesmo espaço. Segundo, as práticas sociais estão impregnadas de opressão e tirania, de modo que na pré-compreensão também terá lugar a hierarquização social e a estigmatização do diferente. Terceiro, a falta de um método torna impossível controlar o paradigma do intérprete.

A fim de responder as críticas do autor, mostra-se necessário recorrer novamente ao *case* do Direito norte-americano anteriormente citado, qual seja, a evolução constitucional do termo “Nós, o Povo” (*We, The People*) e a reconstrução lenta e gradual da sociedade em razão da imprescindível inserção dos negros no convívio com as demais raças. No que diz respeito aos precedentes da Suprema Corte, destacam-se o *Plessy vs. Ferguson*, que consubstanciou a doutrina do *separate but equal*, e o *Brown vs. Board of Education of Topeka*, responsável por superar o precedente anterior ao declarar inconstitucional a segregação até então existente.

Durante toda a evolução do que significaria a expressão “Nós, o Povo” (*We, The People*), conceitos como igualdade e liberdade foram sendo trabalhados. Certamente, em todas as tomadas de decisão existiam diversas práticas sociais que se colocavam de forma contrária aos direitos dos negros, justificando por parte desse paradigma uma hierarquização social e a respectiva estigmatização. No entanto, de igual modo, existiam diversas práticas sociais que buscavam superar a situação histórica até então consolidada (superar, em especial, a questão da escravatura e a doutrina do *separate but equal*).

No Direito brasileiro, de igual modo, pode-se destacar a decisão relativa ao reconhecimento da união homoafetiva como família a partir do texto constitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4277⁶⁵. Ao tomar essa decisão, o paradigma no qual os julgadores estavam inseridos certamente era composto por concepções de mundo diferentes e conflitantes, com múltiplas visões que habitavam o mesmo tempo e o mesmo espaço. Afinal, até a presente data ainda existem práticas sociais que aceitam e que refutam a união homoafetiva.

Seja no caso da evolução da expressão “Nós, o Povo” (*We, The People*), seja no caso do reconhecimento da união homoafetiva como família, essas visões conflitantes não se apresentam, de modo algum, como um problema para o papel que a pré-compreensão possui na Filosofia da Linguagem. Ao contrário, essas visões conflitantes fazem parte da argumentação que circunda cada uma dessas decisões, em especial porque o intérprete não é capaz de despir-se do paradigma no qual está inserido.

Nesse contexto, o romance em cadeia proposto por Dworkin outorga ao intérprete uma dupla responsabilidade que não pode ser delegada ou ignorada, cabendo a ele reconstruir a história das instituições que precedem o novo caso concreto único e irrepetível e projetar a sua decisão que mostre aquela sociedade por uma melhor luz. As três etapas da interpretação e as duas dimensões do romance fornecem a estrutura basilar em que se fundamenta o romance em cadeia, delineando de que modo a Moral e os direitos fundamentais integrarão o resultado dessa interpretação, a ser construída no contexto de uma comunidade de pessoas livres e iguais.

Diferente do Positivismo Jurídico, onde a interpretação se apresenta desvinculada do caso concreto, sem uma preocupação com a história das instituições ou com os valores subjacentes à sociedade, o Direito como integridade está preocupado não só com a superação dessas distorções, mas, especialmente, com a inserção do intérprete na história e na tradição da sua sociedade. O paradigma, portanto, apresenta-se como o reconhecimento da própria humanidade do intérprete, uma vez que seu ser e o seu conhecimento estão vinculados ao mundo, que se projeta em cada decisão que toma.

Com isso, as duas primeiras críticas de Sarmiento e Souza Neto perdem consistência. Arbítrio não possui qualquer relação com as esferas de pré-compreensões do intérprete e, nas palavras de Gadamer (2005, p. 388), “[...] a antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de

⁶⁵ ADI 4277, julgada em 05/05/2011, Rel. Min. AYRES BRITTO.

um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição [...]”. Em outras palavras, o problema não está no reconhecimento (inevitável) do paradigma no qual o intérprete está inserido, mas na tentativa de ignorar ou manipular a sua existência pela linguagem ou algum método, como tanto fez a Filosofia da Consciência .

No que diz respeito à terceira crítica de Sarmiento e Souza Neto, os autores parecem acreditar que seja possível controlar o paradigma que constitui o intérprete por meio de um método (o uso da proporcionalidade). Ao sistematizar o princípio da proporcionalidade, Alexy também acreditava na racionalidade de seu método, ou seja, na crença de um método neutro que fosse suficiente para, por si só, assegurar a racionalidade do processo de ponderação e, com isso, evitar a discricionariedade e a arbitrariedade.

Tal crença se aproxima do mito formado pelo Positivismo Jurídico na Modernidade. Nenhum método, tal como pretendeu Kelsen, é capaz de eliminar todos os riscos, uma vez que o conhecimento é sempre condicionado às ideias de pré-conceitos e de experiência, além de ser influenciado por questões sociais, por questões econômicas, pela Moral, entre outros. Tal problemática é abordada por Coura (2009, p. 151):

Logo, a crença de que a prática da ponderação pode ser racionalizada exclusivamente por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade acentua o perigo de que o juiz se exonere da responsabilidade de fundamentar a sério suas decisões, que não podem ser consideradas decorrência silogística da aplicação de um método.

Em outras palavras, a proporcionalidade não pode ser admitida como um método adequado para a resolução de colisão de princípios ou direitos fundamentais, ao perigo de repetirem-se equívocos inerentes ao Positivismo Jurídico, mesmo porque um olhar mais aprofundado sobre tal questão, a partir da unidade do valor, exige uma relação de harmonia e complementariedade entre eles. A depender dos pré-conceitos e das experiências do julgador, o mesmo caso concreto, se submetido exclusivamente à proporcionalidade por magistrados diferentes, pode resultar em decisões diferentes. Esse é o problema de acreditar-se na eliminação dos riscos e de crer-se que critérios previamente estabelecidos (como os critérios dos subprincípios da proporcionalidade) são suficientes para retirar dos juízes a difícil tarefa de interpretar, fundamentar e analisar os casos concretos:

A pretensiosa tentativa de eliminar os riscos, reduzindo a complexidade da interpretação jurídica pelo recurso a critérios previamente estabelecidos, não deve

retirar dos ombros dos magistrados a tarefa hercúlea de levar a sério as situações concretas que se apresentem, juntamente com todo o conjunto de normas em princípio aplicáveis, reconstruindo coerentemente à luz do caso, isto é, de forma dinâmica, tendo em vista a unicidade e irrepetibilidade que marcam cada situação de aplicação (COURA, 2009, p. 152).

De igual modo, Streck (2014, p. 92) afirma que método não é sinônimo de racionalidade, não se podendo utilizar qualquer método com a finalidade de “filtrar” a pré-compreensão. Na verdade, o próprio paradigma se apresenta como o limite do decisionismo e da discricionariedade, na medida em que direciona o intérprete para a decisão mais adequada ao caso concreto. Por isso, não se pode admitir que a decisão final seja fruto exclusivo da pretensa racionalidade de um método, tal como seu deu no Positivismo Jurídico e se busca novamente com a proporcionalidade:

Parece, assim, que o equívoco recorrente acerca da compreensão das teses de Gadamer e Dworkin — em especial, a aversão de ambos à discricionariedade (que, semanticamente, é atravessada, a todo momento, pela arbitrariedade dos sentidos) — reside no fato de se pensar que a derrocada do esquema sujeito-objeto significou a eliminação do sujeito (presente em qualquer relação de objeto), cuja consequência seria um “livre atribuir de sentidos” (a partir da instauração de um grau zero de sentido). Por assim pensarem — e por temerem a falta de racionalidade na interpretação —, muitas teorias, teses ou posturas, acabaram, de um lado, retornando à aquilo que buscam combater: o método e, de outro, construindo discursos que desoner(ass)em o sujeito-intérprete do encargo de elaborar discursos de fundamentação (*Begründungsdiskurs*). Tudo por acreditarem na eliminação do sujeito ou na sua simples substituição por sistemas ou teorias comunicativas (STRECK, 2009, p. 370-371).

A proposta do Direito como integridade reconhece a relevância do sujeito e do paradigma na construção da interpretação e essas esferas de pré-compreensão constituem naturalmente a proposta de Ronald Dworkin. Ademais, esse conceito de Direito, ao combater a multiplicidade de respostas como igualmente legítimas e o poder criativo do aplicador da norma, afasta-se do subjetivismo e da discricionariedade inerentes ao Positivismo Jurídico:

O juiz, portanto, não possui discricionariedade, já que limitado pela argumentação das partes e pelo caso concreto reconstruído pelas mesmas. Além disso, os juízes devem convencer todos os afetados por sua decisão de que a decisão tomada é a única correta, no sentido de única adequada para regular a situação que foi colocada. (OMMATI, 2015a, p. 169-170)

Trata-se de um ônus argumentativo inexistente na vertente teórica do Positivismo Jurídico, afastando o solipsismo presente em Hart e Kelsen. A compreensão de que o Direito é sempre pré-estabelecido, já que formado por regras e princípios, impede o poder criativo do intérprete, afastando o subjetivismo. Esse contexto é reforçado pela utilização exclusiva de argumento de princípio e pelo projeto político proposto do Dworkin, de modo a mostrar a

necessária relação entre a Ética e a Moral na construção da comunidade personificada que subjaz a toda interpretação.

E mais, deve-se compreender que “[...] o império do direito é definido pela atitude [...]” (DWORKIN, 2007, p. 492), ou seja, pela postura do intérprete em compreender a necessidade de abandonar as inúmeras limitações presentes no Positivismo Jurídico por serem geradoras de distorções para a prática jurídica. Um novo modelo de Direito, portanto, não se impõe ao intérprete, mas dele deve partir o interesse em abandonar o que era até então constitutivo de sua atuação por compreender que tal prática se revela arbitrária, subjetivista e violadora de direitos fundamentais.

Na verdade, o que se discute é muito mais do que um conceito de Direito, na medida em que isso representa o que as pessoas e as comunidades são (ou pretendem ser). Representa a busca de um ideal fraterno, preocupado com o outro, ou seja, de como a comunidade une as pessoas, apesar de essas mesmas pessoas serem divididas por projetos, interesses pessoais ou mesmo coletivos. Traduz, portanto, a inserção de cada pessoa na construção do Direito, ou melhor, na construção de uma comunidade de pessoas livres e iguais que vai muito além da tomada de decisão no âmbito do Poder Judiciário, no âmbito do Poder Legislativo ou no âmbito da Administração Pública.

Afinal, na sociedade personificada em que todos vivem, ninguém é detentor de um poder discricionário. Todos possuem uma responsabilidade pelos seus atos que não se limita à escolha de um caminho a seguir dentre vários igualmente legítimos. Ao contrário, toda tomada de decisão deve ser fundamentada na integridade e o agir está necessariamente impregnado pelo “princípio de Kant”, superando o ideal de pureza tão defendido pelo Positivismo Jurídico. Por isso, essa nova postura deve impregnar não só a atividade-meio da Polícia Judiciária, mas também a sua atividade-fim, que pode ser igualmente arbitrária e subjetivista, se vista por um conceito que não se mostre adequado ao Estado Democrático de Direito.

5 UM NOVO PARADIGMA: O DIREITO COMO INTEGRIDADE NO ÂMBITO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

5.1 O PODER DISCRICIONÁRIO DO DELEGADO DE POLÍCIA NA CONDUÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: UM REFLEXO DO POSITIVISMO JURÍDICO À BRASILEIRA

As seções anteriores mostraram que a história do Direito brasileiro foi forjada, desde as suas estruturas basilares, pelo Positivismo Jurídico, de modo a impregnar a atuação dos magistrados e dos administradores. Na investigação policial não foi diferente, uma vez que ela sempre foi pensada como um procedimento administrativo, de modo a trazer os elementos centrais do respectivo ramo do Direito. Malachias (1987, p. 61-62) afirma que o inquérito policial constitui um procedimento administrativo, não estando vinculado às formas e aos direitos decorrentes de um processo judicial. Com base nessa premissa, o investigado não é tratado como um sujeito de direitos, mas um mero objeto da investigação estatal.

A partir da distinção das figuras do Estado-juiz e do Estado-punitivo, Malachias (1987, p. 62) compreende que a segunda figura rege o inquérito policial e molda o agir do delegado de polícia, cuja função central diz respeito à busca de elementos de autoria e materialidade do suposto autor do fato. Sem qualquer preocupação para uma atuação voltada para os direitos fundamentais do investigado, a autoridade policial possuiria amplos poderes na concretização da sua função central, podendo, a seu juízo discricionário, determinar conduções coercitivas e mandados de busca e apreensão, decretar a incomunicabilidade do preso ou mesmo limitar o seu acesso às diligências já produzidas (MALACHIAS, 1987, p. 62-68). Como braço direto do Estado-punitivo, o delegado de polícia teria por finalidade levantar elementos de informações (autoria e materialidade) para subsidiar eventual ação penal, laborando esforços nesse sentido e direcionando a investigação a essa finalidade. O suposto autor do fato, com isso, estaria à disposição das Polícias Judiciárias para mera complementação da investigação, de modo que sua atuação era secundária e até desnecessária.

Observe-se que tal posicionamento é anterior à Constituição Federal de 1988, pertencente a uma compreensão do Direito decorrente da ditadura até então vigente no Brasil. De fato, a nova Constituição instituiu um novo modelo de interpretação do Direito, focado nos direitos fundamentais. Não obstante, o Código de Processo Penal atualmente em vigor foi editado dentro de um período constitucional (Constituição de 1937), inspirado em bases ditatoriais, e

o regramento relativo ao inquérito policial praticamente não sofreu nenhuma alteração legislativa até a presente data. Ademais, o citado Código foi inspirado na legislação processual italiana de 1930, decorrente do regime fascista adotado naquele país:

A investigação preliminar, que possui no Brasil várias facetas, tem, no inquérito policial, sua expressão máxima. O inquérito policial, se atentarmos para o preconizado no Código de Processo Penal, não possui, sistematicamente, no Capítulo I, Título II, sequer duas dezenas de artigos que lhe permitiriam uma melhor definição, ajuste e compreensão. Todavia, o Código de Processo Penal brasileiro, assinado pelo Ministro Francisco Campos, verdadeiro tributo ao fascismo, desprestigia a investigação preliminar, tornando absolutamente indispensável um acurado desenvolvimento doutrinário para que possam ser superadas tais omissões e ambiguidades (GLOECKNER, 2017, p. 17).

As eventuais mudanças no mencionado capítulo ocorreram, ou para ampliar o poder investigativo do delegado de polícia no inquérito policial (como se observa, *v.g.*, pela inserção do art. 13-A pela Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016, que ampliou o poder de requisição aos órgãos do poder público ou empresas de telefonia para alcançar os dados cadastrais de vítimas ou suspeitos envolvidos em alguns crimes específicos, como o sequestro ou a redução à condição análoga à de escravo), ou ocorreram para regular questões pontuais e secundárias da investigação criminal, como se observa, *v.g.*, pela inserção do parágrafo único ao art. 20 pela Lei nº 12.681, de 4 de julho de 2012, que trouxe nova regulamentação para a temática dos atestados de antecedentes criminais (BRASIL, 2012). Em síntese, o mencionado Código possui escassa regulamentação sobre o tema, deixando nas mãos dos operadores da investigação criminal todas as responsabilidades relativas à vida e aos direitos daqueles que são investigados, de modo que as premissas hermenêuticas do intérprete nessa fase ganham relevância para direcionar os atos investigativos, as medidas cautelares e a linha investigativa a eles subjacentes.

Ressalte-se que, de acordo com as premissas do regime fascista que nortearam o atual Código de Processo Penal, existiria sempre a prevalência da segurança pública em face dos direitos e garantias fundamentais, justificando, nesse contexto, o poder discricionário do delegado de polícia em determinar conduções coercitivas e mandados de busca e apreensão, decretar a incomunicabilidade do preso ou mesmo limitar o seu acesso às diligências já produzidas. O rompimento paradigmático dessas premissas ocorreu somente com a Constituição Federal de 1988, ao prever, entre outras medidas, a decretação de busca e apreensão como reserva de jurisdição e o fim da decretação da incomunicabilidade do preso pelo delegado de polícia. Não obstante esse considerável avanço constitucional, poucas foram as mudanças de entendimento, relativas à atuação do delegado de polícia pela doutrina pátria. Tanto que,

ainda hoje, sustenta-se que o delegado de polícia possui um poder de atuação discricionário, como se não fosse extremamente tênue (ou mesmo imperceptível) a distinção entre discricionariedade e arbitrariedade.

Lima (2010, p. 84) afirma que existe discricionariedade na realização dos atos por parte da autoridade policial com autonomia para escolha dos meios a serem empregados na investigação. Avena (2011, p. 166) compreende que o delegado de polícia pode determinar ou postular, de forma discricionária, as diligências necessárias para a elucidação do fato, "[...] o que abrange tanto a natureza dos atos investigatórios quanto a ordem de sua realização [...]". Nessa mesma linha, Rangel (2009, p. 94) compreende que o inquérito policial é discricionário e defende ser essa uma de suas características, uma vez que "[...] a autoridade policial, ao iniciar uma investigação, não está atrelada a nenhuma forma previamente determinada [...]". Por isso, o delegado de polícia possuiria liberdade para agir, desde que dentro dos limites previstos na lei, de modo que se apresentaria arbitrária a atuação que não estivesse em conformidade legal.

Note-se que há autores que apontam, de forma equivocada, a discricionariedade como uma característica do inquérito policial, como se o Positivismo Jurídico fosse uma questão inerente ao procedimento e não decorrente da postura daquele que o preside. Dito de outra forma, verifica-se que a conveniência e a oportunidade se revelam como consequência do procedimento ao impregnar e influenciar a atuação do delegado de polícia. Não só Rangel, mas, de igual modo, Lima (2015, p. 122) compreende a inexistência de um rigor procedimental do Código de Processo Penal para a investigação policial como consequência para a característica da discricionariedade presente no inquérito policial. Ademais, Lima (2015, p. 122-123) segue a linha do pensamento dos autores citados, ou seja, visualiza a discricionariedade como uma liberdade de atuação para que a autoridade policial escolha o caminho mais conveniente e oportuno, desde que cada decisão tomada respeite os limites traçados pela lei, pois a atuação fora dos seus limites seria hipótese de arbitrariedade. Távora e Alencar (2014, p. 136) também seguem esse posicionamento e não só salientam a discricionariedade como uma característica do inquérito policial, como afirmam que tal característica decorre da inexistência de um rigor procedimental no âmbito da investigação.

Compreender a discricionariedade como uma característica do procedimento acaba por tomar o Direito como uma questão de fato, pois confirma que a conveniência e a oportunidade decorrem ontologicamente do inquérito policial e não do agente que o preside. Com isso, a

discricionarietà se apresenta como decorrência direta de parte do ordenamento jurídico que regula o inquérito policial, ou seja, tais autores desconhecem a possibilidade de divergências teóricas sobre o Direito.

Esse é o problema das teorias impregnadas pelo agulhão semântico (DWORKIN, 2010, p. 315-316). Ademais, para essas teorias, tudo pode ser pensado e estruturado mediante conceitos criteriosais previamente estabelecidos. No Direito Penal, tal situação se apresenta ainda mais evidente, tanto que a doutrina nacional está sempre preocupada em identificar os melhores requisitos para delimitar conceitos como homicídio, furto, casa ou mesmo o polêmico conceito (atualmente já revogado!) do que seria a “mulher honesta”. Enquanto a utilização de critérios previamente definidos aparenta ser suficiente para trabalhar com esses conceitos supostamente criteriosais, não se consegue lograr o mesmo êxito aparente em conceitos que envolvem privacidade, justiça ou presunção de inocência, já que são conceitos essencialmente interpretativos.

Reside aí o agulhão semântico que impregna o Positivismo Jurídico, em especial porque, mesmo os conceitos criteriosais, possuem, na verdade, uma estrutura interpretativa; do contrário, tal como colocado na terceira seção, seria impossível o reconhecimento de um veículo ou mesmo de um escritório de advocacia como “casa” para fins de proteção legal. Tal situação evidencia que os desacordos teóricos não estão restritos aos casos supostamente difíceis, mas abrangem qualquer caso concreto, em especial porque também os casos fáceis podem trazer em si uma situação complexa e insuficiente de ser respondida pelos critérios fixados previamente.

Seja a discricionarietà como postura do delegado de polícia, seja a discricionarietà como característica do inquérito policial, a questão central gira em torno do problema do Positivismo Jurídico como pressuposto teórico, também presente na investigação criminal. De acordo com a doutrina brasileira, o limite para a atuação da autoridade policial consiste na regra estabelecida, sendo que o problema se apresenta ainda mais complexo, uma vez que, além de inexistir um rito pré-definido para a investigação, todo o tema é regulado em menos de vinte artigos do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), o qual foi inspirado no regime fascista italiano.

A crítica à discricionarietà não significa enfraquecer a autonomia do delegado de polícia para a escolha eficiente e constitucionalmente adequada dos meios investigatório, do mesmo

modo que não importa o retorno da subsunção ou o fim da indeterminação do Direito. A superação da discricionariedade, portanto, não se traduz no “engessamento” da autoridade policial, pois, no âmbito do Direito como integridade, mostra-se possível seguir uma ou outra linha investigativa, mas com uma responsabilidade argumentativa até então inexistente. Assim concebida, a legitimidade da decisão não se baseia na autoridade de quem a proferiu e não se apresenta como decorrência do que a autoridade policial tomou no café da manhã, mas se legitima a partir de uma fundamentação racional e jurídica, construída a partir das peculiaridades do caso concreto e dos valores subjacentes a cada tomada de decisão.

5.2 A ABERTURA INVESTIGATIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A CULTURA POSITIVISTA NO BRASIL: ENTRE A INEXISTÊNCIA DE RITO PRÉ-DEFINIDO E A COMPREENSÃO DESCRITIVA DECORRENTE DA ATUAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA

Um dos grandes diferenciais do inquérito policial, quando comparado à ação penal, consiste na inexistência de uma previsão legal que determine uma exata concatenação dos atos, o que leva os delegados de polícia a compreenderem tratar-se de um espaço de ampla discricionariedade. Em uma concepção positivista, durante o inquérito policial as regras procedimentais conferem à autoridade policial o poder de escolher o trâmite mais conveniente e oportuno para determinado caso.

Ou a regra existe e se apresenta decisiva para o caso a ser julgado, ou a regra inexistente (situação mais corriqueira no âmbito da investigação policial), de modo que os positivistas visualizam o Direito como uma imagem distorcida das discussões nos casos limítrofes. De fato, o Código de Processo Penal não previu um procedimento específico para o andamento do inquérito policial (BRASIL, 1941). Em muito, isso se dá em razão da própria natureza da investigação policial, que não possui um caminho fixo, uma vez que as diligências a serem feitas dependem de muitos fatores, podendo-se citar a natureza, a hora, o local e a repercussão do crime. Tal situação, não obstante, majora o grau de incerteza e indeterminação do Direito, agravando, por conseguinte, a discricionariedade em sentido forte, pois caberia ao Positivismo Jurídico fazer uso do seu poder criativo para resolver essas inúmeras lacunas legislativas no âmbito da investigação criminal.

Um exemplo ocorrido em 2010 mostra os riscos da discricionariedade no âmbito policial para a legitimidade no Direito⁶⁶. No Estado do Rio de Janeiro, um delegado de polícia presidiu uma investigação por mais de seis meses, envolvendo uma quadrilha de estelionatários especializada em desviar cartões de crédito enviados pelos Correios, com repercussão financeira estimada em mais de cinco milhões de reais. Identificados alguns dos autores da quadrilha, o delegado de polícia, munido de mandados de prisão e de busca e apreensão, tomou conhecimento que dois dos envolvidos estavam prestes a casar. No dia do casamento, o delegado de polícia chefiou uma operação policial para prender os noivos na frente de aproximadamente cem convidados. Logo após à solenidade e diante dos convidados, a Polícia Civil compareceu ao local do fato e cumpriu os mandados de prisão. À luz do Positivismo Jurídico, a situação narrada, em linhas gerais, é fruto da baixa regulamentação legal e um regramento mais detalhado no âmbito da investigação criminal, os quais se apresentam como determinantes para a discricionariedade no âmbito do inquérito policial, tal como visto até aqui nesta seção. Como consequência, o poder discricionário concede ao delegado de polícia a conveniência e a oportunidade de escolher as interpretações presentes na moldura, limitado pela legislação vigente e pelo mandado de prisão expedido pelo Poder Judiciário.

No caso narrado, o Código de Processo Penal não possui um delineamento específico acerca do cumprimento do mandado de prisão (BRASIL, 1941) e, provavelmente, o magistrado que o deferiu também não desceu às minúcias do tema. Como resultado, a discricionariedade confere amplo poder ao delegado de polícia, podendo escolher o melhor caminho a seguir, de modo a acreditar que esteja autorizado a cumprir o mandado de prisão dentro de qualquer realidade fática, com verdadeiro poder de criar o Direito, o que lhe confere a possibilidade de cumprir o mandado em uma situação tal como um casamento sem que fundamente sua real necessidade para o ocorrido.

Um exemplo similar é também trabalhado por Kelsen (2003, p. 388) e serve para compreender como o Positivismo Jurídico funciona na situação. No exemplo presente em sua obra, um juiz expede um mandado de prisão para que a polícia prendesse determinada pessoa, sem delimitar as questões fáticas nas quais tal prisão seria executada, como as circunstâncias, o dia, a hora e o local. De acordo com o autor, a conveniência e a oportunidade serão preenchidas no momento da execução do mandado de prisão, mas dentro de uma moldura

⁶⁶ Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/casamento-em-mage-que-acabou-com-os-noivos-presos-foi-financiado-com-cartoes-de-credito-desviados-2994368>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

previamente determinada pelo juiz e pelas regras vigentes, mostrando-se viável, à luz do positivismo, o cumprimento de um mandado de prisão durante um casamento sem uma fundamentação que realmente justificasse tal medida em face dos direitos fundamentais envolvidos.

Em uma concepção positivista, a solução para o problema se daria pela via da positivação de novas regras, outorgando uma maior densidade normativa ao Código de Processo Penal no âmbito da investigação policial, ou pela utilização da discricionariedade em sentido forte, para se criar uma regra até então inexistente pelas mãos do intérprete autêntico. Tais saídas só evidenciam os problemas estruturais do positivismo inúmeras vezes abordados anteriormente.

Ao aprofundar o estudo do tema da discricionariedade no âmbito policial, em especial na análise de artigos escritos por delegados de polícia⁶⁷ sobre a temática, duas complexas questões se delineiam. Primeiro, os autores trabalham com a questão da discricionariedade do inquérito policial, tendo como referência a doutrina administrativista, seja citando autores como Hely Lopes Meirelles, Censo Antônio Bandeira de Mello, José dos Santos Carvalho Filho ou Maria Sylvia Zanella Di Pietro, seja trabalhando aspectos teóricos do Direito Administrativo como a diferença entre ato vinculado e ato discricionário. Segundo, ao trabalharem a questão da discricionariedade, os autores apresentam essa questão como algo inerente à atuação do delegado de polícia, como se estivessem descrevendo a atividade no dia a dia da investigação policial, sem a qual não seria possível conduzi-la.

Com tal postura, os articulistas não só trazem todos os problemas apresentados na segunda seção desta tese para dentro da investigação criminal, como também acabam por sustentar a ideia de que estariam descrevendo a atividade do delegado de polícia, mostrando a discricionariedade como uma consequência lógica e natural de sua atuação. Não compreendem que a discricionariedade, para além de ser uma das facetas do Positivismo Jurídico, decorre da postura do intérprete, de modo a possuir o fundamento de legitimidade centrado na figura de quem profere a decisão..

Essa consequente visão descritiva da atuação do delegado de polícia expressa por profissionais que exercem o cargo de delegado e, como consequência, desse conceito de

⁶⁷ Nesse sentido, entre muitos, citam-se os delegados de polícia Roger Spode Brutti (201?), Pedro Henrique Resende Teixeira Campos (2015), Simon Bolívar Ávila (2009), Henrique Hoffmann Monteiro de Castro e Francisco Sannini Neto (2016), Marcio Adriano Anselmo (2015).

Direito (Positivismo Jurídico), já se revelava como um dos elementos de divergência entre Dworkin e Hart. Após inúmeros ataques de Dworkin ao positivismo hartiano, em especial em *Levando os direitos a sério*, *Uma questão de princípios* e *O império do Direito*, Hart adverte que tais ataques de Dworkin não podem ser feitos ao seu conceito de Direito, em razão de os dois trabalharem as práticas jurídicas de pontos distintos:

O meu relato é descritivo, na medida em que é moralmente neutro e não tem propósitos de justificação; não procura justificar ou recomendar, por razões morais ou outras, as formas e estruturas que surgem na minha exposição geral do direito, embora uma compreensão clara destas constitua, penso eu, um ponto preliminar importante, relativamente a qualquer crítica moral do direito que seja útil (HART, 2011, p. 301).

Nesse contexto, por ser descritiva e geral, a proposta de Hart (2011, p. 301-303) consiste em um empreendimento jurídico essencial e radicalmente distinto da concepção do Direito como integridade de Dworkin. Em outras palavras, enquanto Dworkin estaria preocupado com uma Teoria Geral do Direito essencialmente interpretativa (o prólogo silencioso de qualquer veredicto), Hart não teria qualquer interesse em assumir tal tarefa ou mesmo não se mostra preocupado em dialogar com seu oponente, por serem propostas completamente diferentes, salvo no ponto em que Dworkin insiste em considerar a sua proposta como interpretativa também.

Hart (2011, p. 304) entende ser um observador externo ao Direito, com finalidade meramente descritiva⁶⁸ daquilo que vê e observa no interior do sistema (mesmo que o observador externo não adote ou compartilhe o que vê e observa, ou seja, não toma posição sobre questões morais como o aborto e a tortura), ao passo que Dworkin seria um observador interno ao Direito, avaliando aquilo que vê e observa, de modo a tomar posição sobre várias questões interpretativas e morais que se apresentam, como a justiça e a liberdade.

Dworkin (2010, p. 201 e 210) compreende a resposta de Hart como uma “versão arquimediana” da Filosofia, no sentido de que o autor lança um olhar de superioridade (externo e por cima) sobre questões que envolvem o Direito, a Moral, a Política e até a Arte, expressando uma abordagem supostamente criterial, conceitual⁶⁹, descritiva, neutra e não

⁶⁸ Esse também é o ponto de partida de Kelsen (2003, p. 390-395), ao analisar a função que o cientista do Direito possui no âmbito do positivismo normativista, ou seja, o cientista do Direito possui uma posição de neutralidade, não devendo estabelecer proposições alicerçadas em juízo de valor, de modo a exercer sua função meramente descritiva do sistema normativo (CUNHA, 2008, p. 282).

⁶⁹ De acordo com Dworkin (2010, p. 208), teorias conceituais ou filosóficas são descritivas da prática social e neutras no âmbito das controvérsias que constituem essa prática. Isso traz dois problemas: “[...] em primeiro

comprometida, sem nunca tomar uma posição sobre as questões morais subjacentes aos temas tratados:

Os filósofos tentam descrever o que é realmente a legalidade, a liberdade, a igualdade, a democracia e a justiça, isto é, sobre o que as pessoas discutem e divergem. Uma vez mais, o trabalho dos filósofos, em sua opinião, é neutro no contexto das controvérsias. O que a liberdade e a igualdade são, e porque o conflito entre elas é inevitável, é uma questão descritiva ou conceitual, e qualquer teoria filosófica que responda a essas questões de segunda ordem é neutra relativamente a qual desses valores é mais importante do que outros, e em quais circunstâncias qual deve ser preferido ou sacrificado (DWORKIN, 2010, p. 203).

Ao contrário, as questões como igualdade, justiça, democracia e tantas outras existentes devem ser tratadas como valores interligados, devidamente estruturados em uma rede de valores mais complexa (DWORKIN, 2010, p. 224; 2012, p. 163). A filosofia política — filosofia em que se insere o estudo do Direito — que pretenda compreender esses valores políticos presentes em determinada sociedade deve se engajar em dois objetivos:

Deve almejar, primeiro, elaborar concepções ou interpretações de cada um desses valores que fortaleçam os outros — por exemplo, uma concepção de democracia que seja útil à igualdade e à liberdade — e concepções de cada um desses outros valores que sejam úteis à democracia assim concebida. Além disso, seu objetivo deve ser elaborar essas concepções políticas como parte de uma estrutura de valor ainda mais inclusiva, que ligue a estrutura política não apenas à moral, em termos mais gerais, mas também à ética (DWORKIN, 2010, p. 228).

Nessa passagem, Dworkin insere no debate dois pontos-chave de sua proposta teórica, já explorados nesta tese, quais sejam, a unidade do valor (que compreende a existência de uma inter-relação — e não colisão — entre os diversos direitos, valores e princípios em uma relação de suporte mútuo) e o “princípio de Kant” (que relaciona a Ética e a Moral como necessárias para a estruturação e a compreensão das práticas jurídicas). De fato, a versão arquimediana de Hart ignora questões substantivas que se manifestam no estudo do Direito e, em alguns momentos, os autores parecem tratar do mesmo tema a partir de distintos pontos de

lugar, a argumentação política frequentemente inclui, não apenas como um ponto de partida neutro das controvérsias substantivas, mas como elemento central de tais controvérsias, uma argumentação sobre as próprias questões conceituais, que os filósofos estudam. Em segundo lugar, o termo ‘descritivo’ é ambíguo — há muitas maneiras ou dimensões nas quais uma prática social pode ser ‘descrita’. Portanto, os arquimedianos devem escolher um sentido mais preciso de descrição caso pretendam tornar sua pretensão defensável. Só que eles não podem fazê-lo: cada sentido de “descrição”, individualmente considerado, mostra-se claramente inaplicável” (DWORKIN, 2010, 208-209, grifos do autor). Os três sentidos da descrição são: o sentido semântico (e o problema do aguilhão semântico), o sentido histórico (que se limita à análise da origem e do desenvolvimento ao longo dos anos de determinada prática) e o sentido de “espécie natural” (utiliza-se o DNA para buscar, por exemplo, se um felino é um gato ou um leopardo) (DWORKIN, 2010, p. 213-218). Como os três sentidos são inaplicáveis, um estudo conceitual nunca poderá ser descritivo, ou melhor, “[...] estudar um conceito é interpretá-lo e, no caso do Direito, é fazer alegações substantivas (morais e éticas) para fundamentar essa interpretação [...]” (MOTTA, 2017, p. 110)

vista. Há quem sustente tal possibilidade⁷⁰, no sentido de serem realmente dois projetos diferentes, quase complementares, acerca do conceito do Direito, em que um seria descritivo e o outro propositivo.

Em contrapartida, no contexto da Filosofia da Linguagem, a partir de Gadamer e Kuhn, nada pode ser lido, ouvido e escrito sem que sob tais tarefas se projete o mundo do qual o observador — mesmo que seja um observador externo — faz parte. A linguagem constitui o mundo, que constitui e é constituído pelo ser, formando uma esfera de pré-compreensão que se projeta sobre tudo e todos. O ser, por não conseguir se despir do mundo do qual naturalmente faz parte, projeta essas pré-compreensões em tudo o que faz. Por isso, por mais descritiva que uma proposta teórica tente ser ou tente se apresentar, ela traz em si concepções de justiça, democracia, igualdade e liberdade que se integram ao texto escrito pelo observador externo.

A ideia meramente descritiva, seja por Hart, seja pelos delegados de polícia, na verdade nada possui de descritiva. Eles podem até realmente acreditar que estejam descrevendo um evento ou mesmo verdadeiramente supor que são exitosos em tal empreendimento, mas falham no momento em que não compreendem que a proposta descritiva — ou melhor, qualquer proposta — traz em si alguma concepção de justiça, democracia, igualdade, liberdade e, via de consequência, um conceito de Direito que se apresenta como condição para a relação do homem com o mundo no qual está inserido, até porque, como bem colocou Ronald Dworkin (2010, p. 236-237), seria muito estranho Hart dar o nome a sua obra de *O conceito de Direito* e afirmar que não estivesse trabalhando com algum conceito de Direito em tal livro.

É por isso que a solução para a “questão” da abertura investigativa do Código de Processo Penal não se resolve pela via da positivação de novas regras. A bem da verdade, uma excessiva positivação de regras seria incompatível com o funcionamento da investigação. Em outras palavras, a natureza da investigação criminal é incompatível com uma ritualística, tal como existente hoje no âmbito do processo penal e do processo civil. Toda nova diligência praticada na investigação criminal pode levar à prática de vários outras, em uma sequência de atos que não foi (e nem poderia ter sido) imaginada ou desejada, inclusive com várias oitivas

⁷⁰ “Um autor particularmente crítico das posições de Dworkin em relação à obra de Hart é o jusfilósofo norte-americano Brian Leiter. (...) Trata-se de um duro ataque às teses de Dworkin, que Leiter considera, para dizer o menos, confusas e obscuras. Leiter não tem dúvidas, aliás, de que o debate tem em Hart um óbvio vencedor” (MOTTA, 2017, p. 118).

dos afetados durante todo o procedimento, sempre que forem necessárias para a conclusão da investigação. Sem contar a possibilidade de ocorrência de inúmeros atos de forma simultânea, como a interceptação telefônica, algumas oitivas ou o cumprimento de mandado de busca e apreensão.

Como foi colocado anteriormente, a investigação criminal não possui um caminho fixo, uma vez que as diligências a serem feitas dependem de muitos fatores, podendo-se citar a natureza, a hora, o local e a repercussão do crime. A investigação de um crime de homicídio não se confunde com a investigação de um estupro, sendo que as duas investigações também se distinguem da investigação de um crime de roubo. O problema, portanto, não diz respeito a uma maior ou menor quantidade de regras que tratam do tema, mas ao conceito de Direito que subjaz à atuação do delegado de polícia. Ademais, não se resolvem os problemas do Positivismo Jurídico com mais regras, do mesmo modo que não se controla discricionariedade com um conceito de Direito que também tem como pressuposto a discricionariedade. Não só os problemas do Positivismo Jurídico ainda estariam presentes, como também outros novos certamente seriam criados pelas novas regras, na medida em que nenhum dispositivo legal poderia antever a infinitude dos casos concretos.

Faz-se necessário lembrar que esse pressuposto (a inexistência de uma proposta efetivamente descritiva) da Filosofia da Linguagem foi trabalhado por Dworkin, na forma de uma autocrítica, no contexto da estruturação do romance em cadeia. Como colocado na terceira seção desta tese, existem três níveis interpretativos na estrutura desse romance, como também uma peculiaridade envolvendo a nomenclatura utilizada no primeiro nível. No livro *O império do Direito*, Dworkin (2007, p. 81) chamava esse momento de etapa “pré-interpretativa”, nomenclatura que poderia levar à equivocada conclusão de que inexistiria interpretação; já em *Justiça para ouriços* (DWORKIN, 2012, p. 139), tal nomenclatura é abandonada, de modo a dividir a interpretação em três níveis, como já exposto, reconhecendo a total impossibilidade de analisar uma prática jurídica sem a que a interpretação (e a esfera de compreensão do intérprete) estivesse presente.

Toda essa reflexão mostra o quanto um paradigma é capaz de limitar o ser humano. A resistência à mudança é algo natural e aos delegados de polícia — e, de modo geral, à doutrina citada — cabe a árdua tarefa de se abandonar o que até então era visto como natural e até, supostamente, como consequência lógica do dia a dia da atividade policial.

5.3 A INTEGRIDADE DO DIREITO COMO SUCEDÂNEO DA DISCRICIONARIEDADE NO ÂMBITO DA ATIVIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA: O EMBLEMÁTICO EXEMPLO DO FURTO INSIGNIFICANTE E A SUA REPERCUSSÃO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A discricionariedade, como premissa para a utilização do poder estatal, foi superada pelo Estado Democrático de Direito, ainda que isso não signifique o fim da indeterminação do Direito ou o retorno da subsunção. Faz-se necessário um conceito de Direito que não seja definido somente pelo poder de escolha, mas por “[...] uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância” (DWORKIN, 2007, p. 492).

Tal reconhecimento não está restrito ao âmbito judicial ou ao Direito Administrativo, devendo abranger todas as esferas de poder, como a investigação policial. Um exemplo é capaz de ilustrar essa necessidade dentro do novo contexto apresentado. Determinado cidadão é conduzido à autoridade policial por furto de alimentos, sendo possível a incidência, na hipótese em tela, do princípio da insignificância, uma vez que todos os seus requisitos caracterizadores foram preenchidos. Diante do exposto, questiona-se: deve o delegado de polícia determinar a lavratura do auto de prisão em flagrante delito?

Antes de responder essa pergunta, mostra-se interessante retroceder alguns anos na história do Direito brasileiro, para um momento em que não existia qualquer precedente relativo ao tema, de modo que sua abordagem ainda era meramente doutrinária. Tendo como referência inicial a compreensão do caso *Sorenson*, observado por Dworkin, será possível fazer um paralelo entre esse momento histórico e o atual, seja no âmbito do Positivismo Jurídico, seja no âmbito do Direito como integridade, e tal cenário mostrará a diferença entre os dois conceitos de Direito e os problemas decorrentes do positivismo para a teoria geral do Direito.

O caso *Sorenson*, trabalhado por Dworkin (2010, p. 203-205), pode trazer uma luz para a situação proposta, na medida em que se trata de um precedente que analisa uma situação fática em que inexistia alguma lei ou julgado sobre o tema no Direito norte-americano (a convenção até trazia uma resposta, mas ela não se mostrava a mais adequada). A Sra. Sorenson sofria de uma grave doença chamada artrite reumatoide, sendo que, durante muitos anos, ela tomou um medicamento genérico para aliviar o seu sofrimento. Acontece que, ao

longo dos anos em que tomou o medicamento, exatamente por ser genérico, ele foi fabricado por onze laboratórios farmacêuticos diferentes. O problema foi que o medicamento possuía graves efeitos colaterais não divulgados, dos quais os fabricantes deveriam ter conhecimento e, como consequência, a Sra. Sorenson desenvolveu problemas cardíacos permanentes, vinculados ao uso do medicamento. Para agravar a situação apresentada, a Sra. Sorenson não foi capaz de provar quais comprimidos de qual fabricante havia tomado e nem quais comprimidos possuíam os efeitos colaterais mencionados.

Como resultado, ela processou de uma só vez todos os laboratórios que fabricaram o medicamento durante o período que dele fez uso. Por um lado, os advogados da vítima argumentaram que todos os fabricantes seriam responsáveis pelos efeitos colaterais, uma vez que tiveram participação no mercado durante os anos de tratamento da Sra. Sorenson. Por outro lado, os advogados do laboratório sustentaram que a petição apresentada contradizia os precedentes da responsabilidade civil, em especial a premissa de que ninguém é responsável por danos que não se consiga provar que tenha causado.

O problema está colocado e a resposta depende do conceito de Direito que o intérprete adota, na medida em que tais pré-compreensões nortearão o julgamento que se apresenta. Apesar de a proposta hartiana do Direito já ter sido analisada nesta tese, Hart (2011, p. 332) a sintetiza com as seguintes palavras:

[...] a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por referência às fontes sociais do direito (por exemplo, legislação, decisões judiciais, costumes sociais), sem referência à moral, exceto quando o direito^[71] assim identificado tenha, ele próprio, incorporado critérios morais para a identificação do direito.

Assim, para Hart, o argumento moral substantivo só terá normatividade (só será jurídico) se as fontes sociais do Direito incorporarem tal critério moral ao Direito. Por outro lado, como argumenta Dworkin (2010, p. 205), no caso da Sra. Sorenson, nenhuma legislação ou precedente judicial incorporou a Moral em uma situação similar ao caso que estava sendo julgado, de modo que ela deveria perder a causa. Desse modo e retomando o debate feito no tópico anterior desta seção, a proposta de Hart toma partido, ou seja, ela não é neutra ou

⁷¹ Esse ponto pode ser exemplificado a partir do Direito brasileiro. O art. 140, parágrafo único, do Código de Processo Civil positivava que “[...] o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei” (BRASIL, 2015). Nos termos do parágrafo único, do art. 944, do Código Civil, ao tratar da responsabilidade civil, se “[...] houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” (BRASIL, 2002).

meramente descritiva como acreditava o autor, já que a sua concepção de validade (ou mesmo de coercitividade e de legalidade) direciona a decisão “[...] em favor daqueles que insistem que os direitos jurídicos das partes devem ser totalmente estabelecidos mediante a consulta às fontes tradicionais do direito” (DWORKIN, 2010, p. 233).

Uma saída alternativa⁷², ainda nessa concepção positivista, seria reconhecer a inaplicabilidade da regra válida, com o consequente esgotamento do Direito vigente e utilizar o poder discricionário para a criação do Direito, dando à Sra. Sorenson o ganho da causa. Essa saída traz para o julgamento os graves problemas já expostos, como a questão da retroatividade do Direito criado para regular situações pretéritas ou mesmo o uso de padrões extrajurídicos em uma concepção que se intitula neutra. Nem a vinculação cega à convenção, nem a completa desconsideração do sistema jurídico vigente se apresentam como soluções plausíveis para a situação apresentada. O reconhecimento do caráter aberto do Direito em razão dos princípios vigentes em determinada sociedade é capaz de trazer uma luz à análise diferenciada da questão:

Em minha opinião, como já afirmei aqui, eles deveriam tentar identificar os princípios gerais que fundamentam e justificam o direito estabelecido da responsabilidade civil do fabricante de um produto, e depois aplicar esses princípios ao caso. Eles poderiam descobrir, como insistiam os laboratórios, que o princípio que nenhuma pessoa é responsável por danos que não se possa provar que tenham sido causados por essa pessoa ou por qualquer outra, encontra-se tão solidariamente arraizado no precedente que a Sra. Sorenson deve, portanto, ter suas pretensões categoricamente recusadas. Por outro lado, eles também poderiam encontrar apoio considerável a um princípio antagônico — por exemplo, aquele segundo o qual quem lucrou com algum empreendimento também deve arcar com seus custos — que possa justificar a ação judicial para o problema inédito de participação do mercado (DWORKIN, 2010, p. 204).

Retomando o questionamento inicialmente levantado no contexto histórico em que não existia qualquer precedente relativo ao tema, de modo que sua abordagem ainda era meramente doutrinária, é necessário analisar a postura do delegado de polícia no momento da lavratura do

⁷² Essa saída alternativa é refutada por Dworkin (2010, p. 205-2235), cujos argumentos centrais foram apresentados no parágrafo anterior (a convenção já possuía uma resposta e ela não incorporou critérios morais para a identificação do direito, o que afasta a proposta de reconhecer a insuficiência do Direito positivo). Não obstante, essa saída alternativa será analisada para ilustrar a tomada de decisão também a partir da discricionariedade e do poder criativo do Direito, pois, mesmo quando a decisão aparentemente for acertada, o problema da legitimidade do direito ainda se faz presente. Ressalte-se que Motta (2017, p. 138), nessa hipótese, compreende, no caso *Sorenson*, a possibilidade de utilização da saída alternativa tal como apresentada: “[...] mesmo um positivista jurídico poderia dar razão à senhora Sorenson. Mesmo porque, em sendo este caso inédito ou fronteiro, nada impediria que o juiz recorresse à sua discricionariedade para fazê-lo, sem maiores constrangimentos. Quer dizer, não está absolutamente claro por que razão Dworkin entende que, para Hart, a senhora Sorenson deve perder a causa. Aliás, o Positivismo Jurídico é mais criticável pela sua imprevisibilidade do que pela existência de um dever judicial de decidir a causa de um modo ou de outro”.

auto de prisão em flagrante e a questão do princípio da insignificância. O caso *Sorenson* traz relevantes contribuições para compreender a diferença entre o Positivismo Jurídico e o Direito como integridade em uma situação na qual determinado fato se apresenta como de solução fácil (pois, em tese, existe uma resposta presente na convenção), mas as peculiaridades do caso mostram que a situação pode, na verdade, reclamar um maior grau hermenêutico.

A estruturação da resposta ao questionamento feito passa pelo conceito de Direito que constitui o paradigma do delegado de polícia. Dentro de uma perspectiva positivista, o ato de subtrair coisa alheia móvel é tipificado como crime no art. 155 do Código Penal (BRASIL, 1940). Ademais, por reunir os elementares de sua tipificação legal, trata-se de crime consumado nos termos do art. 14, inciso I, do Código Penal (BRASIL, 1940). Como consequência, o delegado de polícia deverá lavrar o auto de prisão em flagrante delito.

Nas regras que norteiam a teoria geral de crime, não existe a incorporação de critérios morais para a identificação de um direito à insignificância no contexto da situação exposta. Reconhecida a vigência do Código Penal e a sua validade como uma das fontes sociais do Direito, tal consenso vincula o intérprete uma vez que outra não pode ser a atuação do delegado de polícia. Tal como no caso *Sorenson*, não havia uma lacuna legislativa, como também não existia qualquer precedente judicial que tivesse incorporado a Moral à convenção em uma situação similar ao caso que estava sendo analisado pelo delegado de polícia.

Ainda em uma concepção positivista (no âmbito da saída alternativa), se o delegado de polícia aceitar a insuficiência da regra válida e o esgotamento do Direito vigente, poderá agir como se legislador fosse e criar o direito por meio do seu poder discricionário, deixando de lavrar o auto de prisão em flagrante delito. Para tanto, o delegado de polícia reconheceria a influência do princípio insignificância⁷³ no conceito de crime, de modo a não restringir a sua análise do fato à tipicidade formal e compreender a tipicidade material como um dos requisitos estruturantes do crime. Ainda compreenderia, a partir da doutrina, que a insignificância possui

⁷³ Como visto na terceira seção desta tese, o problema no Positivismo Jurídico não diz respeito, necessariamente, ao reconhecimento dos princípios (tal como o próprio Hart os reconhece), mas guarda relação, principalmente, com o seu funcionamento a partir das premissas positivistas. No caso narrado, no entanto, ainda existe uma questão de maior gravidade: tal como colocado por Hart (2011, p. 326-327), o reconhecimento dos princípios no âmbito do positivismo decorre da relação entre a convenção e as regras de reconhecimento em uma sistemática similar às regras, sendo que não existe qualquer regra ou precedente na convenção que induza a existência do princípio da insignificância (em especial pelo fato de Hart negar a estrutura moral dos princípios e dos direitos fundamentais ou também por rejeitar a existência de valores substantivos que sustentem as regras). Portanto, provavelmente, o delegado de polícia não lograria êxito em alcançar a saída alternativa apontada.

estrutura criterial, pois, uma vez preenchidos os seus requisitos, determinado fato não se apresentaria como crime. Se determinado fato incidir nos quatro vetores que caracterizam a insignificância a partir da nova estrutura do crime, quais sejam, a mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social, reduzidos grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada,⁷⁴ o delegado de polícia deixará de lavrar o auto de prisão em flagrante delito em razão da inexistência do crime.

Em relação à primeira resposta, o reconhecimento da regra válida existente mostra-se determinante para a resolução do caso, como se fosse uma relação de subsunção do fato à norma, dispensando a interpretação. A necessidade desse consenso de convenção, desprovido de qualquer questão de cunho substantivo, tende ao fracasso, pois ele sequer existe para o funcionamento do Direito (DWORKIN, 2007, p. 56; MACEDO JUNIOR, 2014, p. 186). Em relação à segunda resposta (a saída alternativa, se for alcançada), a concepção semântica do Positivismo Jurídico, que resulta no reconhecimento criterial da insignificância, acaba por não ser capaz de reconhecer a existência de legítimos desacordos teóricos acerca do uso e do alcance de tal princípio. E mais, tal concepção nega o seu caráter naturalmente interpretativo, em especial porque inexistem regras linguísticas, consensualmente partilhadas, capazes de resolver os desacordos que, frisa-se, são teóricos e não empíricos (DWORKIN, 2007, p. 54-55).

Com o fracasso do Positivismo Jurídico em razão de tudo o que foi apresentado nesta tese, a análise da resposta deve ser repensada e reestruturada no âmbito do Direito como integridade por ser tal proposta teórica capaz de mostrar o Direito por uma melhor luz. Outrossim, não se pode esquecer que essa análise inicial ocorre em determinado contexto histórico quando não existia qualquer precedente relativo ao tema ou legislação regulando a situação, de modo que sua abordagem ainda era meramente doutrinária.

Como argumentos iniciais ao debate, seria possível compreender que o alto custo do sistema de repressão criminal (inquérito policial e ação penal) não justificaria a atuação do Estado em situações em que a repercussão financeira do delito se mostrasse muito baixa e quase irrisória; ou mesmo afirmar que o valor do bem furtado não traria qualquer repercussão financeira à

⁷⁴ Como será visto a seguir, os quatro requisitos da insignificância foram criados pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2004. De fato, o caso está sendo trabalhado em um contexto histórico no qual ainda não existem julgados sobre o tema. Contudo, um positivista, talvez não criasse os mesmos requisitos, mas elegeria alguns a partir de estudos sobre o tema que poderiam ser até similares aos apontados pelo Tribunal. De qualquer modo, optou-se pela escolha dos requisitos mencionados a fim de padronizar o estudo do tema.

vítima (em especial quando ela for um estabelecimento comercial); ou ainda colocar que a baixa periculosidade do fato decorrente do valor do bem furtado justificaria o arquivamento do procedimento a fim de impedir o acesso de tal cidadão a um sistema prisional caótico que pode contribuir para agravamento de seu perfil criminoso, potencializando a ocorrência de outros crimes em face da sociedade; ou, também, afirmar que o uso excessivo da sanção penal não seria garantia de maior proteção ao bem lesado, levando o sistema penal a ter uma função simbólica negativa.

Não obstante, todos os argumentos do parágrafo anterior se apresentam como argumentos de política. O primeiro argumento traz em si um objetivo da coletividade como um todo, no sentido de gerar um bem-estar geral comum, de modo que a não atuação do Estado em situações em que a repercussão financeira do delito se mostrasse muito baixa e quase irrisória possibilitaria a redistribuição de recursos para áreas mais relevantes. O segundo argumento, tal como no caso da *Spartan Steel*, parte da premissa de que seria economicamente sensato repartir a responsabilidade decorrente do fato entre o autor e a vítima. O terceiro argumento, em vez de analisar se o autor teria direito à insignificância, pondera que a falta de estrutura do sistema prisional (aliado à baixa periculosidade do fato decorrente do valor do bem furtado) justifica a sua incidência no caso, de modo que a sociedade seria mais privilegiada se o autor do fato não tivesse contato com outros perfis criminosos. O quarto argumento, de modo similar ao terceiro, não analisa se o autor teria direito à insignificância, mas está preocupado com eventual falência do sistema criminal. Em suma, a análise do tema deve estar restrita aos argumentos de princípio e nenhum dos apresentados fornece fundamentos com base nessa perspectiva argumentativa.

A partir do romance em cadeia e das três etapas interpretativas, ao intérprete cabe a tarefa de identificar os princípios que fundamentam e justificam o Direito estabelecido (Constituição Federal, legislação pátria e precedentes). No âmbito do Direito Penal, entre vários, dois princípios fundamentam o seu funcionamento e possuem relação direta com o caso narrado, quais sejam, o princípio da intervenção mínima e o princípio da insignificância. Mesmo que os argumentos de política mencionados, frequentemente, se façam presente nos manuais de Direito⁷⁵ e na jurisprudência⁷⁶ ao fundamentarem os princípios da intervenção mínima e da

⁷⁵ Cf. Busato (2017, p. 52), Galvão (2011, p. 116), Prado (2013, p. 171) e Queiroz (2015, p. 66-69).

⁷⁶ Em pesquisa jurisprudencial sobre o princípio da insignificância, concluiu-se que a fundamentação dos julgados “[...] não parece ter lastro em uma reflexão dogmática sobre os contornos da tipicidade material [sobre a incidência da insignificância], mas se escora em razões distintas e mais pragmáticas: a crise de

insignificância, cabe ao intérprete demonstrar como esses dois princípios (em especial a insignificância) se apresentam como um direito para a autor do fato e não como mera consequência de política criminal.

O princípio da intervenção mínima, fundamento central do Direito Penal, institui a necessidade de se regulamentar e punir somente os fatos indesejados pela sociedade, sendo direcionado por duas diretrizes-base, quais sejam, a subsidiariedade e a fragmentariedade.

A subsidiariedade institui o necessário caráter secundário do Direito Penal⁷⁷. Parte da premissa de que a proteção de bens juridicamente tutelados não constitui objetivo exclusivo do Direito Penal, na medida em que todo o sistema vigente traz ferramentas para alcançar essa finalidade, *v.g.*, no âmbito do Direito Civil, no âmbito do Direito Administrativo ou mesmo no âmbito do Direito Tributário. Mais do que isso, entre uma ordem de preferência para a proteção dos bens, o Direito Penal — e, em especial, a pena — deve se apresentar como a *ultima ratio*, com uma missão subsidiária em relação aos demais ramos do Direito:

O Direito penal é apenas a última dentre todas as medidas de proteção existentes, é dizer que somente é possível intervir quando os outros meios de resolução de conflitos falham — como a ação civil, os regulamentos policiais ou técnico-jurídicos, as sanções não penais etc. Por isso se concebe a pena como a “*ultima ratio* da política social” e se define a sua finalidade de proteção subsidiária de bens jurídicos. (ROXIN, 1997, p. 65, grifo do autor, tradução nossa)⁷⁸.

Já a fragmentariedade estabelece que o Direito Penal só irá intervir quando se tratar de um bem jurídico relevante e o fato indesejado causar lesão ou perigo de lesão relevante (concreto)

superlotação penitenciária e uma demanda político-criminal de evitar o encarceramento de pessoas que praticam delitos patrimoniais de pequena monta, em face dos efeitos prejudiciais oriundos desse período de privação de liberdade, em especial a contribuição do ambiente carcerário para a marginalização do detento e seu direcionamento para a prática de delitos mais graves” (BOTTINI et al., 2012, p. 123). Na mesma linha de pensamento, após analisar inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, Harger Junior. (2015, p. 43) concluiu que existe uma forte carga argumentativa focada em argumentos teleológicos (como a realidade socioeconômica do país) e casuísticos (como o atropelo das normas e instituições penais para incidir a insignificância em casos onde não seria possível o seu uso), no que Dworkin classificou como argumentos de política.

⁷⁷ “Atualmente, somente para exemplificar, determinadas infrações administrativas de trânsito possuem punições mais temidas pelos motoristas, diante das elevadas multas e do ganho de pontos no prontuário, que podem levar à perda da carteira de habilitação do que a aplicação de uma multa penal, sensivelmente menor” (NUCCI, 2013, p. 93).

⁷⁸ “El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema —como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc. Por ello se denomina a la pena como la ‘ultima ratio de la política social’ y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos”.

ao bem jurídico tutelado⁷⁹. Nas palavras de Roxin (1997, p. 65, tradução nossa)⁸⁰ “[...] na medida em que o Direito Penal protege somente uma parte dos bens jurídicos, mesmo que nem sempre de maneira geral, mas frequentemente (como no patrimônio) só contra ataques concretos, fala-se também na natureza ‘fragmentária’ do Direito Penal” (grifo do autor).

É nesse contexto que o princípio da insignificância se apresenta como corolário do princípio da intervenção mínima, tanto no âmbito da subsidiariedade, quanto no âmbito da fragmentariedade (ROXIN, 1997, p. 1027-1028)⁸¹. Zaffaroni (2010, p. 110) segue a mesma linha de pensamento ao compreender que o princípio da lesividade, tal como o princípio da intervenção mínima para Roxin, demanda a punição somente das pessoas que efetivamente lesionem um bem jurídico. Em outras palavras, se não há uma lesão, não existe um conflito; se não existe um conflito, não pode existir um delito; e se não existe um delito, não se pode falar em sanção penal pelo Estado (ZAFFARONI, 2010, p. 110). Não basta, portanto, que um bem jurídico seja tutelado (tipificado) pelo Código Penal, uma vez que se faz necessário que o bem jurídico seja lesionado para a atuação do Direito Penal (ZAFFARONI, 2010, p. 111). Por isso, uma conduta insignificante resulta em uma inadequada condenação criminal, uma vez que seria suficiente uma desqualificação de um crime para uma contravenção penal (se o sistema jurídico vigente permitisse), uma compensação no âmbito civil ou ainda uma condenação administrativa relativa às consequências do dano que o fato ocasionou:

Em virtude da subsidiariedade da proteção jurídico-penal de bens jurídicos, o legislador deve estatuir uma contravenção onde uma sanção não penal baste para assegurar o fim que se busca. Assim ocorre, sobre tudo, em delitos que envolvam apenas uma diminuição insignificante dos bens jurídicos (cf. os §§111 ss. OWiG). Mas também há que considerar essa possibilidade quando uma conduta, apesar de causar um dano, às vezes considerável, desvela apenas uma pequena desvalorização ética; então, no caso de imprudência insignificante, atualmente punível muitas vezes com uma infração penal, sua sanção como contravenção poderia cumprir a mesma

⁷⁹ “O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O Direito Penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor — por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes — não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social” (HC 84412, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004).

⁸⁰ “[...] en la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza ‘fragmentaria’ del Derecho penal.”

⁸¹ “Como bem se sabe, o princípio da insignificância — que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal — tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material, consoante assinala expressivo magistério doutrinário expendido na análise do tema de referência” (HC 84412, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004).

função protetiva, ainda mais quando o dever de indenização civil produza um efeito preventivo considerável. Em outros casos — por exemplo, em algumas formas de condutas nocivas para o meio ambiente — os deveres e as sanções administrativas podem ser mais eficazes do que a persecução penal, que, nesses casos, frequentemente, encontram dificuldades para elucidar a responsabilidade individual. Também se apresentam como possibilidades, longe de serem esgotadas pela política jurídica, a substituição de soluções penais por soluções do Direito civil (ROXIN, 1997, p. 66, tradução nossa)⁸².

É importante ressaltar que os autores trabalham os princípios da intervenção mínima e da insignificância como conquistas da evolução do Direito Penal. Roxin (1997, p. 66 e p. 1027) compreende que o Direito Penal não pode ser mais interpretado e compreendido sem que tais princípios sejam capazes de reger e limitar o conceito de crime. Para Zaffaroni (2010, p. 369 e p. 118), a insignificância deve ser vista como consequência do princípio republicano de governo, o qual institui, entre outros postulados, a proibição de se criminalizar uma conduta de forma injusta (sem lesividade). Reconhecida a insignificância como meio para possibilitar outros ramos do Direito resolverem um conflito, o abandono de tal prática reintroduziria um modelo punitivo que já foi superado. O princípio da insignificância, portanto, apresenta-se como uma prática republicana.

Nesse sentido, Busato (2017, p. 52-59), Galvão (2011, p. 116 e 117) e Bitencourt (2017, p. 55-58) compreendem a intervenção mínima como decorrência direta do paradigma do Estado Democrático de Direito, já que o avançar do constitucionalismo mostrou que o poder coercitivo deve ser exercido de forma adequada e proporcional à ação do autor, contexto no qual o constitucionalismo brasileiro também se insere. Seja pelo reconhecimento do princípio republicano, seja em razão do avanço do Direito Penal (não só em nível mundial, mas também no Brasil), seja pela adoção do paradigma do Estado Democrático de Direito, os mencionados princípios apresentam-se como determinantes para reformular e reestruturar o Direito Penal brasileiro. A coesão entre os argumentos jurídicos que se fundamentam em uma relação incidível (a partir da unidade do valor) entre os princípios da intervenção mínima, da

⁸² “En virtud de la subsidiariedad de la protección jurídicopenal de bienes jurídicos, el legislador debe estatuir una contravención allí donde una sanción no penal baste para asegurar el fin que persigue. Así sucede sobre todo en caso de delitos que suponen sólo un menoscabo insignificante de bienes jurídicos (cfr. los §§111 ss. OWiG). Pero también hay que considerar esa posibilidad cuando una conducta, pese a causar un daño a veces considerable, sólo muestra un escaso contenido de desvalor ético; así en el caso de la imprudencia insignificante, que hoy se castiga muchas veces como infracción criminal, su sanción como contravención podría cumplir la misma función de protección, tanto más cuanto que el deber de indemnización civil despliega un considerable efecto preventivo. En otros casos — p.ej. en algunas formas de conductas nocivas para el medio ambiente — los deberes y sanciones administrativas pueden ser a menudo más eficaces que la persecución penal, que en estos casos frecuentemente tropieza con dificultades para aclarar la responsabilidad individual. También ofrece posibilidades que con mucho no se han agotado aún a efectos de política jurídica la sustitución de soluciones penales por soluciones del Derecho civil”.

subsidiariedade e da fragmentariedade, outorga consistência normativa ao princípio da insignificância⁸³, capaz de conferir caráter não discricionário à atuação do delegado de polícia. Nesse ponto, reconhece-se um grau de indeterminação decorrente da interpretação jurídica, o que, entretanto, não se confunde com a ideia de discricionariedade forte que se pretende debelar.

Diferentemente do Positivismo Jurídico, a estrutura interpretativa do Direito como integridade é capaz de compreender a existência dos princípios da intervenção mínima e da insignificância com fundamento na rede dos valores mencionados no parágrafo anterior, o qual se interligará, ainda, a inúmeros outros, como a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Ocorre, nas palavras de Zaffaroni (2010, p. 369), uma reestruturação do conceito do crime por esses princípios constitucionais, de modo que todo fato deve ser capaz de gerar uma real lesão ao bem jurídico para ser considerado crime. Com isso, o fato típico, além da tipicidade formal, passa a ser estruturado com uma tipicidade conglobante, na qual é reconhecida a existência da insignificância com consequência que parte de um estudo constitucional do Direito Penal. O conceito em estudo

[...] exige que o comportamento delitivo tenha algo mais que a subsunção típica. A tipicidade não decorre da mera verificação que a conduta é aquela prevista no tipo penal. É preciso observar se o comportamento violou ou pôs em perigo o bem jurídico que legitima a norma de proteção, do contrário não haverá materialidade capaz de atrair a atenção do direito penal (BOTTINI et al., 2012, p. 121).

Assim concebida, a tipicidade conglobante não autoriza toda (e irrestrita) legitimação punitiva estatal no âmbito do Direito Penal (ZAFFARONI, 2010, p. 370). O fato típico ganha normatividade, no sentido de que não basta a simples previsão de um fato como crime no Código Penal, sendo necessária uma lesão concreta ao bem juridicamente tutelado⁸⁴. Em suma, a ideia de tipicidade está atrelada à concretização do princípio da legalidade (BOTTINI et al., 2012, p. 119-120), de modo que a nova leitura desse princípio a partir de Dworkin torna

⁸³ Essa reflexão delega um caráter também histórico ao princípio da insignificância, fruto da evolução do poder punitivo estatal (LUZ, 2012, p. 205-209).

⁸⁴ Ao analisar o ordenamento jurídico brasileiro, Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 505) compreendem que a insignificância está presente no Brasil, estruturada no âmbito da tipicidade conglobante, como corretivo da tipicidade penal. Inclusive, os autores trabalham alguns exemplos para a sua aplicação. “A conduta de quem estaciona seu veículo tão próximo a nosso automóvel, a ponto de nos impedir a saída, não configura alguma previsão à liberdade; nem os presentes de uso, como as propinas aos servidores públicos por ocasião do Natal, configuram uma lesão à imagem pública da administração, configuradora da tipicidade do art. 317 do CP; nem arrancar um fio de cabelo, por mais que possa ser considerado uma ofensa à integridade corporal (art. 129, *caput*, do CP), resulta numa afetação do bem jurídico típico de lesões; nem a subtração de uma palito de fósforo da caixa que encontramos no escritório vizinho configura um furto, ainda que se trate de uma coisa móvel totalmente alheia”.

possível a efetiva concretização e a utilização do princípio da insignificância no âmbito do Direito Penal. Em outras palavras, a reestruturação do princípio da legalidade, empreendida na quarta seção desta tese, reconhece o caráter vinculante do princípio em estudo para melhor compreensão das práticas jurídicas e administrativas, ou melhor, do poder coercitivo estatal.

A partir do que foi exposto, pode-se verificar uma estrutura interpretativa do raciocínio a partir das três etapas interpretativas de Dworkin. Em síntese, no primeiro nível interpretativo, a legislação e os precedentes forneciam uma prática punitiva para aqueles que praticavam crimes de furto, mesmo nos casos em que, teoricamente, fosse aplicável o princípio da insignificância. Essa conclusão tinha por base as práticas sociais e jurídicas existentes à época em que a questão da insignificância era meramente doutrinária. No segundo nível interpretativo, ao buscar uma justificativa geral para as regras e padrões identificados na etapa anterior, a partir do próprio contexto no qual as regras e os padrões foram identificados, verificou-se que existia uma obediência exclusiva à legislação vigente, já que a regra existente no art. 155 do Código Penal determinava a criminalização da conduta (BRASIL, 1940). No terceiro nível interpretativo, concluiu-se que a prática identificada no primeiro nível deveria ser abandonada, em razão da incorporação pelo Direito Penal dos princípios da intervenção mínima e da insignificância, responsáveis por trazerem uma nova luz para o Direito e uma nova luz para o conceito de crime.

Dessa estrutura hermenêutica, verifica-se que as duas dimensões da interpretação estão presentes. Por um lado, a dimensão do ajuste outorga ao intérprete a necessidade de garantir uma sequência entre os capítulos do romance, ou seja, apesar da mudança de rumo da prática jurídica, o novo capítulo do romance decorre de um fundamento substancial ao que até então estava consolidado. Por outro lado, a dimensão da substância está presente, pois não basta justificar o novo caminho que será tomado, mas demonstrar, argumentativamente, que esse caminho mostrará a sociedade e o Direito por uma melhor luz.

E essa luz se manifesta na carga moral que subjaz ao raciocínio. A estrutura dos princípios (e, como consequência, o princípio da insignificância), em razão do “princípio de Kant”, deve ser capaz de equilibrar a relação entre a Ética e a Moral. Todas as pessoas são responsáveis pelas decisões que tomam em suas vidas, com consequências no âmbito da sociedade da qual faz

parte. Esse aspecto ético possui relação com a Moral política⁸⁵ no contexto da insignificância e concretiza uma necessária gradação do poder coercitivo do Direito, especialmente em relação ao autor do fato (se o Direito Civil ou Administrativo será suficiente, ou se a atuação do Direito Penal será necessária), de modo a respeitar uma dignidade que todos necessariamente possuem.

Diante do caso narrado, com fundamento na ampliação do conceito de crime e na adequada compreensão da nova estrutura do princípio da insignificância, o delegado de polícia deverá proferir uma decisão no sentido de não lavrar o auto de prisão em flagrante delito, desde que nesse momento seja possível verificar caracterização da insignificância. O furto insignificante não constitui crime e, como tal, não pode originar qualquer procedimento investigativo em face do cidadão autor da conduta. De igual modo, o reconhecimento da insignificância no âmbito de um inquérito policial já em andamento resultará em um relatório conclusivo com sugestão de arquivamento do procedimento.

A situação narrada mostra a possibilidade de se verificar como determinada prática jurídica, que até então era vista como correta e válida, merece ser abandonada por não possuir um fundamento valorativo, mesmo quando inexistia qualquer regra ou precedente que autorizasse (em uma visão positivista) esse tipo de conclusão pelo intérprete. Tal como no caso *Sorenson*, o Direito como integridade prioriza uma análise mais ampla das práticas jurídicas e de como tais práticas devem trazer um consenso de convicção para justificar a nova leitura do conceito de legalidade e do poder coercitivo do Estado.

Analisada a questão em um contexto histórico em que não existia qualquer precedente relativo ao tema, de modo que sua abordagem ainda era meramente doutrinária, é preciso avançar a História até o momento atual, no qual a jurisprudência⁸⁶ fartamente já reconhece a existência da insignificância como constitutiva da estrutura do crime. Diante dessas novas

⁸⁵ Como exposto anteriormente, a Moral política diz respeito àquilo que devemos aos outros enquanto indivíduos, quando agimos em nome do Estado, contexto no qual se insere a aplicação da insignificância.

⁸⁶ Nesse sentido, pode-se citar HC 144862 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 10/10/2017; RHC 145447 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 01/09/2017; HC 145389 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 01/09/2017; HC 130453, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 08/08/2017; HC 136843, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 08/08/2017; HC 142200 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/05/2017; HC 138697, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 16/05/2017; HC 141540 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017; HC 137749 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017; HC 139393, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/04/2017.

peculiaridades, refaz-se o questionamento: deve o delegado de polícia determinar a lavratura do auto de prisão em flagrante delito no caso de um cidadão preso por uma situação que caracterizaria a incidência da insignificância?

De igual modo, a decisão do delegado de polícia deve ser analisada no âmbito do Positivismo Jurídico e no âmbito do Direito como integridade. Tal como examinado nos parágrafos anteriores, as respostas serão distintas a depender do conceito de Direito que o intérprete possui ao analisar o caso que lhe é apresentado. Atualmente, é possível identificar a existência da regra do art. 155 do Código Penal (BRASIL, 1940), que fundamenta a prisão do cidadão, e dos precedentes (todos sem força vinculante), que reconhecem a incidência do princípio da insignificância em situações correlatas. Trata-se de duas linhas argumentativas distintas e que devem ser analisadas pelo intérprete no momento da tomada de decisão.

Em relação ao Positivismo Jurídico, o poder discricionário concede ao delegado de polícia a conveniência e a oportunidade de escolher as interpretações presentes na moldura (ou na convenção) que envolve o Código Penal e, em especial, a aplicação do seu art. 155. Ao analisar a doutrina, a legislação e a jurisprudência pátria, o delegado de polícia poderá escolher uma das seguintes decisões: lavrar o auto de prisão em flagrante delito com base no disposto no Código Penal ou deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante delito com fundamento nos precedentes não vinculantes que reconhecem a aplicação do princípio da insignificância. A legitimidade da decisão, portanto, está focada na autoridade de quem a profere e decorre unicamente do poder de escolha conferido ao intérprete, o qual pode tomar qualquer decisão, tal como no caso exposto. O Positivismo Jurídico não se mostra como uma teoria adequada a fundamentar um ato de poder por colocar em mesmo patamar uma decisão que restringirá a liberdade do cidadão e uma decisão que o colocará em liberdade, deixando à livre escolha do intérprete qualquer das duas decisões, como se não houvesse direitos fundamentais envolvidos no caso. Um intérprete positivista pode até acertar uma decisão para um caso concreto que se apresenta, mas, ainda assim, os pressupostos que a fundamentam e a legitimidade daquele que a profere não se mostram adequados ao Estado Democrático de Direito.

Manifesta-se tênue (quicá inexistente), em razão da conclusão exposta no parágrafo anterior (e de toda a exposição feita ao longo deste trabalho), a linha que diferencia discricionariedade de arbitrariedade e de subjetividade. Ao contrário, cada decisão tomada pelo delegado de polícia no curso do inquérito policial, em razão do paradigma do Estado Democrático de

Direito, impõe a análise de constitucionalidade e legalidade dos atos que foram praticados e dos atos que ainda serão executados. Por isso, quanto maior for o cuidado da autoridade policial com a coerência e a integridade da fundamentação dos seus atos no curso do inquérito policial, maior será o grau de legitimidade da investigação criminal. A majoração do grau de legitimidade, como inúmeras vezes exposto, passa, necessariamente, pela superação do Positivismo Jurídico (e do pressuposto da legitimidade focada naquele que profere a decisão), pela construção de uma fundamentação moral e pela constante análise das interpretações conflitantes acerca da mesma regra:

Para Dworkin, há uma distância muito pequena entre a ideia do “melhor sentido possível” de algo e a moralidade. Sua perspectiva do direito é de justificação. Devemos interpretar o direito de modo a tirar dele o melhor sentido “moral”. Em outras palavras, devemos sempre assumir, quando tentamos determinar o que o direito requer ou permite, que isso faça sentido moralmente. Por quê? Porque isso dá sentido ao direito. Qual é o propósito de justificar a ação em nome do direito a menos que essa ação tenha também uma justificação moral?

E, desta ideia de extrair sentido moral do direito, vamos diretamente para o que é essa “moralidade”. Ela é o principal interesse da teoria moral e política de Dworkin e baseia-se no que podemos chamar de seu princípio fundamental (*foundational*), o de que as pessoas devem ser tratadas com igual consideração e respeito. Quando estamos construindo um sentido para o direito, devemos assumir que o seu melhor sentido expressa igual consideração pelas pessoas.

Você deve ser capaz de perceber o poder crítico que esta teoria tem para a prática. Qual das duas interpretações rivais de uma regra de direito é melhor? Para Dworkin, aquela que se conforma mais intimamente ao princípio fundamental. (GUEST, 2010, p. 17, grifos do autor).

Deve-se trazer o questionamento de Guest para o problema narrado: qual das duas interpretações opostas do art. 155 do Código Penal (BRASIL, 1940) mostra o Direito com mais clareza? O delegado de polícia deve lavrar o auto de prisão em flagrante delito com base no disposto no Código Penal ou deve deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante delito com fundamento nos precedentes que reconhecem a aplicação do princípio da insignificância? Em outras palavras, mostra igual consideração e respeito à pessoa presa em flagrante a possibilidade de decisões tão antagônicas sobre o mesmo tema? Ou é possível a existência de uma resposta que se revela mais adequada para o caso?

O estudo da resposta correta demonstrou que ela nada mais é do que uma resposta final e, no contexto do romance em cadeia, um ponto de partida para a resposta correta de um caso futuro. Como não tem a pretensão de resolver em definitivo as grandes questões que envolvem o Direito e a sua aplicação, ela só pode ser concebida como uma resposta temporal, datada, obrigatoriamente vinculada ao local e ao contexto histórico na qual foi proferida. A pretensão de respostas definitivas resultaria em um congelamento dos sentidos, em uma

negação da continuidade da História, na impossibilidade de se compreender Dworkin como um autor vinculado à Filosofia da Linguagem. Se a resposta correta é datada e temporal, o paradigma exerce importante influência na constituição do ser, o qual se projeta sobre a atividade do intérprete, de modo que a solução para o problema também mostrará o intérprete como um ser histórico devido à circularidade do paradigma.

A busca da resposta correta outorga ao intérprete uma especial responsabilidade hermenêutica. O interpretativismo dworkiniano demanda uma leitura não só coerente do ordenamento jurídico, mas também íntegra e preocupada com a rede de valores que subjazem às tomadas de decisão. Dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, democracia e justiça são só alguns desses valores que estruturam e influenciam a lavratura (ou não) do auto de prisão em flagrante delito do caso narrado. É nesse contexto que se compreende a necessidade de se colocar à prova os argumentos apresentados e testá-los no âmbito do Direito como integridade:

Sua teoria, portanto, deve ser sensível a argumentos jurídicos reais: devemos ser capazes de testá-la em confronto que os argumentos jurídicos efetivos que os juízes usam. Além disso, o pano de fundo deve ser sempre o melhor sentido moral que se possa tirar dos materiais jurídicos, pois sua teoria é uma teoria do direito, não de como as coisas deviam ser moralmente no mundo ideal. Portanto, sempre tenha em mente, no que se refere à teoria do direito de Dworkin, que haverá uma tensão constante entre o que os materiais jurídicos dizem e qual é a melhor maneira moralmente melhor de interpretá-los (GUEST, 2010, p. 44).

De modo geral, os julgados⁸⁷ do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça simplesmente citam que os requisitos da insignificância são os seguintes conceitos jurídicos indeterminados: mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada, seguidos da conclusão de que foram cumpridos, sem demonstrar uma argumentação vinculada ao caso concreto, construída a partir de argumentos de princípio, e que efetivamente indicasse o preenchimento de cada um deles. Ademais, em tais precedentes, por vezes, o Tribunal foca a tomada de decisão em um ou dois dos requisitos, sem expor de forma clara o preenchimento dos demais. Não existe, portanto, coerência e integridade entre os julgamentos, mas uma

⁸⁷ Como exemplo, nos julgados que seguem o debate em torno da insignificância, ficou restrito principalmente o valor do prejuízo para a vítima, sem analisar a fundo o caso concreto: HC 136958, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 04/04/2017; HC 131057, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/09/2016; HC 131721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/09/2016; HC 123035, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014.

sequência aleatória de julgados sobre o tema que teve como ponto de partida a fixação, em 2004, dos quatro requisitos da insignificância:

Em 2004, o STF reconheceu a insignificância em crime de furto. [...] Nesse julgado (HC 84.412/SP, j. 19/10/2004) que o STF expõe os critérios para a verificação da bagatela: (a) mínima ofensividade da conduta, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. [...] Nota-se que são critérios pouco precisos, vagos, abrangentes, que buscam abrigar toda uma gama de casos concretos heterogêneos, seja quanto ao bem protegido, seja quanto ao modo de agir. A ausência de parâmetros mais definidos resultou na aplicação díspar do princípio, que ora se alarga, ora se comprime, em uma sequência aleatória de decisões que reflete a dificuldade de trabalhar um instituto ainda em construção (BOTTINI et al., 2012, p. 126).

Nessa linha de pensamento, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal necessitou, de forma frequente, abrir uma exceção para a não aplicabilidade do princípio⁸⁸ ou alterar o critério de aplicabilidade para determinados casos⁸⁹. Observa-se, com isso, a compreensão de uma natureza criterial (e não interpretativa) utilizada pelo princípio. Em outras palavras, em vez de buscar os fundamentos subjacentes que norteiam a compreensão da insignificância, tal como mencionado anteriormente, a jurisprudência se preocupou em criar critérios para utilização do princípio, quase como se fossem verdadeiras regras, desnaturando a sua natureza principiológica.

Deve-se compreender o seu alcance e a sua estrutura interpretativa. Talvez seja por isso que Roxin (1997, p. 65-68) não trabalha com os quatro requisitos apontados ou quaisquer outros requisitos; ao contrário, o autor se preocupa em expor argumentativamente o funcionamento

⁸⁸ Como exemplo, não se aplica a insignificância nos crimes contra a relação de consumo (AgRg no AREsp 186.887/MG, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD, Quinta Turma, julgado em 11/06/2013), no crime de contrabando (a AgRg no REsp 1624564/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 22/08/2017), em crimes de perigo abstrato ou presumido, como o tráfico ou o uso de drogas (AgRg no REsp 1650876/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 30/08/2017), em crimes contra a administração pública (RHC 75.847/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 08/08/2017, DJe 18/08/2017).

⁸⁹ Como exemplo, cita-se o critério específico para definir a incidência do princípio da insignificância para o crime de descaminho, tendo como referência os crimes com sonegação de até R\$10.000,00, em razão do disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/02 (HC 139393, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 28-04-2017 PUBLIC 02-05-2017, REsp 1112748/TO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/09/2009, DJe 13/10/2009), valor esse que não se aplica a outros crimes, como o furto, no qual o valor de R\$522,00 não foi suficiente para caracterizar a insignificância (HC 141540 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017) ou ainda porque fixou-se a referência ao valor do salário mínimo como limite para a insignificância (RHC 118972, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-172 DIVULG 04-09-2014 PUBLIC 05-09-2014).

do princípio e a relação da conduta com a inexistência de uma relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado para justificar o caráter subsidiário do Direito Penal:

É necessário algo mais que o simples comportamento, algo que aproxime do injusto do referente último da norma penal, que revele ao menos a potência do comportamento para afetar um bem jurídico. Há uma materialidade mínima necessária além do desvalor da ação que caracteriza o injusto: o risco que ele representa — ainda que em abstrato — para um bem jurídico passível de proteção. É justamente essa atenção ao desvalor do resultado — como decorrência da concretização da teoria do bem jurídico — que assenta as bases para o princípio da insignificância, que permite a caracterização da atipicidade de lesões mínimas, insignificantes (BOTTINI et al., 2012, p. 122-123).

Por mais que se busque refinar os critérios ou mesmo majorar o cuidado com a lista das exceções, culminando (ou não) esse árduo trabalho na publicação de uma lei regulando a fundo o tema, ainda assim não será possível esgotar todas as hipóteses de (não) aplicação da insignificância. Tal como exposto no caso da regra de impedimento⁹⁰, presente no Manual das Regras de Futebol 2016/2017 da Confederação Brasileira de Futebol, a lei seria incompleta se os seus enunciados não enumerassem todas as aplicabilidades e todas as exceções (DWORKIN, 2011a, p. 39).

A insignificância, em razão da sua estrutura principiológica, não é capaz de se adequar ao modo de funcionamento das regras. Diferentemente das regras, a listagem de todos os critérios, de todos os casos de aplicação ou mesmo de todas as exceções não é capaz de esgotar todas as hipóteses em que um princípio pode ou não ser aplicado. A bem da verdade, sempre existe a possibilidade de uma nova exceção ou mesmo de uma nova compreensão da insignificância, que será fruto de um novo caso concreto único e irrepetível. A partir da compreensão da estrutura interpretativa da insignificância, afinal o delegado de polícia deve lavrar o auto de prisão em flagrante delito com base no disposto no Código Penal ou deve deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante delito com fundamento nos precedentes que reconhecem a aplicação do princípio da insignificância?

Verificou-se que a tomada de uma das decisões, cada qual trazendo em si uma interpretação rival, não está à disposição do intérprete para que escolha a que incidirá no caso concreto. Assim seria se a interpretação iniciasse na lei para que o delegado de polícia escolhesse, somente então e de modo discricionário, qualquer uma para o caso que vai julgar. Ao

⁹⁰ O exemplo foi analisado na terceira seção.

contrário, Gadamer (2005, p. 446-447) demonstrou que interpretação e aplicação constituem um só ato e esse ato só pode ser adequadamente compreendido a partir do caso concreto.

Considerando a premissa fixada de que o caso concreto se amolda à estrutura interpretativa da insignificância (inexistência de uma relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado para justificar o caráter subsidiário do Direito Penal), a decisão do delegado de polícia deverá ser racional e juridicamente fundamentada, de modo a construir uma resposta à luz das peculiaridades do caso concreto, no contexto da relação do princípio da insignificância com o art. 155 do Código Penal (BRASIL, 1940), deixando de lavrar o auto de prisão em flagrante delito com fundamento na interpretação baseada nos precedentes que reconhecem o princípio da insignificância como constitutivo do conceito de crime. Essa fundamentação deverá constar de um documento intitulado “despacho fundamentado” (com forma escrita), comum no dia a dia da prática policial, a fim de possibilitar eventual controle posterior de tal ato, seja pelo Ministério Público, seja pelo Poder Judiciário, seja pelos envolvidos.

Em síntese e tal como examinado no romance em cadeia, em razão da incorporação pelo Direito Penal dos princípios da intervenção mínima e da insignificância, responsáveis por trazer uma nova luz para o Direito, cabe ao delegado de polícia compreender que furto insignificante não constitui crime, podendo a questão ser resolvida no âmbito civil. Esse representa um importante passo na adequação da legitimidade do poder decisório às premissas do Estado Democrático de Direito, em especial porque a necessidade de uma fundamentação racional, conforme exposta no parágrafo anterior, majora a responsabilidade que se espera do delegado de polícia na condução dos atos relativos à atividade-fim da Polícia Judiciária. Ao mudar a postura do intérprete, possibilita-se um efetivo controle da fundamentação dos atos praticados ao longo do procedimento investigativo.

Ressalte-se que a correta compreensão do princípio da insignificância, ao lado de uma argumentação coerente e íntegra, evita a utilização de argumentos de política para justificar a liberdade de um cidadão nas hipóteses em que tal princípio se faria presente. Luz (2012, p. 211) lembra o caso em que um determinado magistrado fundamenta uma decisão⁹¹ de

⁹¹ “Para conceder a liberdade aos indiciados, eu poderia invocar inúmeros fundamentos: os ensinamentos de Jesus Cristo, Buda e Gandhi, o Direito Natural, o princípio da insignificância ou bagatela, o princípio da intervenção mínima, os princípios do chamado Direito alternativo, o furto famélico, a injustiça da prisão de um lavrador e de um auxiliar de serviços gerais em contraposição à liberdade dos engravatados que sonégam

liberdade, na qual ele fez referência, de forma genérica, a ensinamentos religiosos, ao princípio da insignificância, à dualidade que envolve a prisão de pessoas de origem humilde e a liberdade de “engravatados”, citando, entre muitos outros, até a utopia do socialismo. A decisão traz, em si, diversos problemas, mas “[...] talvez o principal deles resida no fato de que, como nessa decisão não se mobiliza qualquer argumento jurídico, se torna extremamente complicado saber qual foi o fundamento que o motivou” (LUZ, 2012, p. 211). É por isso que o estudo do tema assim expresso não aumenta o poder que o delegado de polícia possui. Ao contrário, a utilização do princípio da insignificância é uma realidade no dia a dia da atividade policial em todo o Brasil, de modo que a proposta se cinge a outorgá-lo de uma responsabilidade de fundamentação dos seus atos que não seja vinculada ao Positivismo Jurídico ou mesmo supostamente legitimada pela presunção de boas intenções do aplicador da norma (o que potencializaria a utilização de argumentos de política).

De todo o exposto, o reconhecimento do caráter interpretativo e do caráter moral do princípio da insignificância possibilitam a gradação do poder coercitivo do Estado, de modo a tornar possível a tipificação de um fato como crime nos casos em que exista um real motivo, para além do mero tipo penal presente na legislação pátria. A convenção, portanto, não se apresenta como o limite da interpretação. Na verdade, deve-se pensar o Direito como o ponto de partida para a interpretação das práticas jurídicas, a fim de se compreender a potencialidade hermenêutica que o Direito como integridade confere ao intérprete. E essa proposta possui impacto não só no poder decisório do delegado de polícia, como também em aspectos relativos ao funcionamento da investigação criminal.

milhões dos cofres públicos, o risco de se colocar os indiciados na Universidade do Crime (o sistema penitenciário nacional). Poderia sustentar que duas melancias não enriquecem nem empobrecem ninguém. Poderia aproveitar para fazer um discurso contra a situação econômica brasileira, que mantém 95% da população sobrevivendo com o mínimo necessário. Poderia brandir minha ira contra os neoliberais, o consenso de Washington, a cartilha demagógica da esquerda, a utopia do socialismo, a colonização europeia. Poderia dizer que George Bush joga bilhões de dólares em bombas na cabeça dos iraquianos, enquanto bilhões de seres humanos passam fome pela Terra — e aí, cadê a Justiça nesse mundo? Poderia mesmo admitir minha mediocridade por não saber argumentar diante de tamanha obviedade. Tantas são as possibilidades que ousarei agir em total desprezo às normas técnicas: não vou apontar nenhum desses fundamentos como razão de decidir. Simplesmente mandarei soltar os indiciados. Quem quiser que escolha o motivo” (Autos nº. 124/2003, julgado em 5/9/2003, pelo Excl. Rafael Gonçalves de Paula, magistrado da 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas).

5.4 REVISITANDO CONCEPÇÕES CLÁSSICAS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL À LUZ DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

A superação da ideia de que a discricionariedade consiste em uma característica inerente ao inquérito policial e de que esse conceito de Direito não decorre de uma natureza descritiva da investigação não passa, exclusivamente, pela superação do positivismo como postura interpretativa do delegado de polícia. Superar o positivismo e revistar alguns aspectos do inquérito policial por ele impregnados mostra-se um caminho sem volta, capaz de abrir verdadeiras cicatrizes na investigação criminal que necessitam ser mais bem compreendidas a partir de uma nova luz. Essa ideia pode ser evidenciada no conto “A Árvore”, de Rafael Vieira da Cal, o qual revela como as mudanças muitas vezes se mostram necessárias e determinantes para uma nova compreensão da realidade, em muito decorrente de uma estrutura sem futuro e deteriorada em suas concepções basilares. Como consequência, uma mudança de concepção que subjaz ao intérprete altera premissas até então consideradas supostamente verdadeiras por serem dele constitutivas, com rupturas que expõem a necessidade de nova leitura do mundo.

O conto inicia mostrando o desconforto de uma pessoa com uma situação que, até então, desconhecia, qual seja, pela primeira vez o sol entrava pela janela entreaberta em sua sala, causando um leve desconforto em seus olhos. A árvore que estava na frente da janela fora cortada no dia anterior. O autor, apesar de tentar negar, narra a existência daquela árvore como se fosse uma verdadeira poesia, por ser um local onde podia se recostar, sentir a brisa e ler uma obra de Tchecov de sua sala sem qualquer desconforto em seus olhos. Aliás, o autor tem uma preocupação de demonstrar a relação da história da árvore com a pessoa do conto, lembrando, desde a infância, a existência entre os dois, como se fosse difícil distinguir um momento em que ela não estivesse em sua vida.

De todo o modo, Cal lembra que a árvore também trouxe sérios problemas. Na medida em que a árvore crescia, ela destruiu pedaços da calçada com a raiz e a cada ano aumentava a sujeira que as folhas e as sementes faziam no seu entorno. A árvore, no entanto, estava fadada à morte, pois os cupins tomaram conta da sua parte interna, deteriorando a sua estrutura e colocando em risco aqueles que chegassem perto. A queda era inevitável. A prefeitura, então, tomou para si a responsabilidade em cortá-la, restando somente melancolia e frustração:

O acordar seria diferente, assim como a sesta. As tardes e os cafés da manhã também. Não haveria escaladas, podas, arte naturalista. Não poderia se casar embaixo da árvore. As folhas pequenas não poderiam ser postas para secar, trituradas, enroladas em um guardanapo de bar e posteriormente fumadas, em busca de algum estado alterado de consciência, numa tentativa juvenil de fazer haver alguma coisa. (...) Os dias seriam claros e o sol rebateria nos carros parados na rua, entrando pela janela entreaberta, causando um leve desconforto nos olhos. Tchecov nunca mais seria o mesmo. Nem ele (CAL, 2015, p. 44-45).

O autor, então, conclui de forma irônica que “[...] metáforas simples também não explicam nada [...]”, quando, na verdade, havia demonstrando que a metáfora entre a árvore e a pessoa se apresentava como uma relação constitutiva do ser do personagem. Mesmo que ele desejasse que a árvore não fosse cortada, o personagem sabia que a sua estrutura estava condenada e que nada seria como antes. Tal como no positivismo, os problemas estruturais apontados ao longo deste trabalho reclamam não só o abandono desse conceito de Direito, mas a necessidade de revistar aspectos que foram concebidos no âmbito de tal paradigma.

Por isso, como se verifica na citação do conto, aceitar uma nova realidade passa por um desconforto inicial em abandonar o que até então era decorrente do paradigma que foi superado. Em síntese, uma maior expansão da ideia de integridade importará na necessidade de visitar algumas questões que são colocadas de forma pacífica por aqueles que trabalham a investigação criminal no Brasil, por exemplo, a finalidade do inquérito policial e a relação do investigado com os direitos fundamentais presentes na Constituição Federal, até porque, “[...] uma reinterpretação muito abrangente dos valores políticos não deixa nada exatamente como era antes [...]” (DWORKIN, 2010, p. 243).

5.4.1 A relação entre a investigação criminal e os direitos fundamentais do investigado: superando a dicotomia Estado-juiz e Estado-punitivo

No início desta seção, verificou-se que Malachias (1987, p. 62) parte da distinção das figuras do Estado-juiz e do Estado-punitivo, de modo a diferenciar a atuação do magistrado e do delegado de polícia, no sentido de que a primeira figura seria direcionada pela investigação criminal e a segunda figura regeria a investigação criminal. A autoridade policial, com isso, não deveria ter maiores preocupações em pautar sua atuação tendo como referência os direitos fundamentais do investigado ou do indiciado. Em síntese, o suposto autor do fato, com isso, estaria à disposição das Polícias Judiciárias para mera complementação da investigação, de modo que sua atuação seria secundária e até desnecessária, apresentando-se, com isso, como verdadeiro objeto do procedimento investigativo.

O posicionamento de Malachias (1987) ocorre antes da Constituição Federal de 1988 e foi cunhado em um período ditatorial, devidamente influenciado pelo fascismo decorrente do Código de Processo Penal vigente. Não obstante, mesmo após o marco paradigmático de 1988, ainda é possível encontrar autores que seguem a mesma linha de raciocínio ao visualizarem o investigado como objeto da investigação.

Tourinho Filho (2013, p. 250) compreende que, no curso de uma investigação criminal, o investigado constitui verdadeiro objeto da investigação e não sujeito de direitos, qualidade que ele passa a ter somente quando se inicia a segunda fase da *persecutio criminis* (a ação penal). Rangel (2009, p. 73 e p. 89) também compreende o investigado como um objeto da investigação, mas, supostamente, com os direitos previstos na Constituição Federal, embora sem possuir direito a algum nível de contraditório ou mesmo de uma mínima capacidade de influenciar a investigação criminal, tanto que o delegado de polícia pode indeferir, de acordo com a sua vontade, as diligências requeridas pelo ofendido ou pelo indiciado se, de algum modo, prejudicar a investigação, tratando-se tal atribuição de um poder discricionário e, por isso mesmo, inviável de algum controle.

De igual modo, Nucci (2014, p. 113-114) afirma que o indiciado como objeto da investigação se apresenta como “[...] a posição natural ocupada pelo indiciado durante o desenvolvimento do inquérito policial [...]”, não sendo sujeito de direitos como na etapa seguinte da ação penal. A questão, no entanto, se insere em um tema mais amplo, que ganha corpo com Jakobs e Meliá, em razão do debate envolvendo a dualidade entre Direito penal do inimigo e Direito penal do cidadão. A ideia do Direito penal do inimigo foi gestada dentro de uma proposta em que o Estado estivesse em guerra ou lidando com situações terroristas, de modo a traçar uma linha de atuação contrária a se assegurar direitos fundamentais, como garantir a comunicabilidade do preso, o uso indiscriminado de prisões cautelares, a aplicação de medidas cautelares (busca e apreensão ou interceptação telefônica), sem a fundamentação ou justificativa necessária (JAKOBS, 2012, 29). Não só tal ideia se mostra intolerável, mas acaba por gerar ainda mais controvérsia quando essas premissas passam a incorporar o Direito Penal e Processual Penal, mesmo quando não existe uma situação de guerra ou de terrorismo, de modo a tratar o investigado como verdadeiro objeto da investigação.

A violação de direitos fundamentais passa a ser vista como um dano colateral tolerado para um bem maior, que é a suposta proteção da sociedade, como se essa proteção não passasse, inclusive, pela necessária e imprescindível reinserção gradual no convívio social daqueles que

infringiram a lei. Os cidadãos de um Estado, com isso, deixam de ser concebidos como sujeitos de direito e a teoria geral do Direito Penal passa a fornecer os instrumentos necessários para o crescimento do Direito Penal do inimigo:

A introdução de um cúmulo — praticamente já inalcançável — de linhas e fragmentos de Direito penal do inimigo no Direito penal geral é um mal, desde a perspectiva do Estado de Direito. Tentarei ilustrar o que foi dito com um exemplo relativamente à preparação do delito: o Código penal prussiano de 1851 e o Código penal do Reich de 1871 não conheciam uma punição de atos isolados de preparação de um delito. Depois de que na “luta cultural” (*Kulturkampf*) — uma luta do Estado pela secularização das instituições sociais — um estrangeiro (o belga Duchesne) ofereceu-se às altas instituições eclesiásticas estrangeiras (o provincial dos jesuítas na Bélgica e o arcebispo de Paris) para matar o chanceler do Reich (Bismarck), em troca do pagamento de uma soma considerável, introduziu-se um preceito que ameaçava tais atos de preparação de delitos gravíssimos, com pena de prisão de três meses até cinco anos. No caso de outros delitos, com pena de prisão de até dois anos (§§ 49 a, 16 RStGB depois da reforma de 1876). Trata-se de uma regulação que — como mostram as penas pouco elevadas — evidentemente não tomava como ponto de referência a periculosidade que pode vir a ser um inimigo, mas aquele que um autor já tenha atacado até esse momento, ao realizar a conduta: a segurança pública. Em 1943 se agravou o preceito (entre outros aspectos) vinculando a pena ao fato planejado. Deste modo, o delito contra a segurança pública se converteu em uma verdadeira punição de atos preparatórios, e esta modificação não foi revogada até os dias de hoje. (...) Dito de outro modo, o lugar do dano atual à vigência da norma é ocupado pelo perigo de danos futuros: uma regulação própria do Direito penal do inimigo. O que, no caso dos terroristas — em princípio, adversários — pode ser adequado, isto é, tomar como ponto de referência as dimensões do perigo, e não o dano à vigência da norma, já realizado, se traslada aqui ao caso do planejamento de qualquer delito, por exemplo, de um simples roubo (JAKOBS, 2012, p. 31).

Meliá (2012, p. 63) segue a linha de argumentação de Jakobs, delineando os três elementos que caracterizam o Direito penal do inimigo. Em primeiro lugar, busca um adiantamento da punibilidade, ou seja, tenta abarcar fatos que ainda ocorrerão, sem se preocupar somente com os fatos já ocorridos. Em segundo lugar, as penas se apresentam demasiadamente altas, sem guardar uma necessária proporcionalidade com o delito. Em terceiro lugar, as garantias constitucionais não suprimidas ou reinterpretadas a fim de, por exemplo, possibilitar a antecipação de prisões. Munido de instrumentais capazes de alcançar esses fins, o Estado não mais trata as pessoas como cidadãos, mas como verdadeiros inimigos (MELIÁ, 2012, p. 65). Com isso, Meliá (2012, p. 72) relaciona o Direito penal do inimigo com o Direito penal do autor, ou seja, o que o cidadão aparenta para a sociedade possui mais peso do que o fato por ele praticado, de modo a direcionar as ferramentas repressivas do estado contra determinados grupos previamente estabelecidos. Assim, o Direito penal do inimigo se distancia do Direito Penal do fato, apresentando-se como um “[...] desenvolvimento degenerativo no plano simbólico-social do significado da pena e do sistema penal [...]” (MELIÁ, 2012, p. 74), cujo

uso ou cuja implementação devem ser evitados a todo o custo, a fim de se garantir os direitos fundamentais por meio do Direito penal do cidadão.

Essas distintas perspectivas para a compreensão do Direito Penal e, como consequência, dos direitos do investigado terão impacto direto na análise da situação apresentada anteriormente, qual seja, o exemplo ocorrido em 2010 no Estado do Rio de Janeiro. Vale lembrar que o delegado de polícia presidiu uma investigação por mais de seis meses, envolvendo uma quadrilha de estelionatários especializada em desviar cartões de crédito enviados pelos Correios, com repercussão financeira estimada em mais de cinco milhões de reais. Identificados alguns dos autores da quadrilha, o delegado de polícia, munido de mandados de prisão e de busca e apreensão, tomou conhecimento que dois dos envolvidos estavam prestes a casar. No dia do casamento, o delegado de polícia chefiou uma operação policial para prender os noivos na frente de aproximadamente cem convidados. Logo após a solenidade e diante dos convidados, a Polícia Civil compareceu ao local do fato e cumpriu os mandados de prisão. Retomando esse exemplo, vale a pena questionar: a decisão do delegado de polícia está adequada ao Estado Democrático de Direito e quais os direitos dos investigados que permeiam a decisão tomada pelo delegado de polícia? E, por fim, a decisão foi capaz de mostrar o Direito por uma melhor luz?

No âmbito da investigação criminal, seja por causa da baixa regulamentação, seja por causa do positivismo que impregna a atuação dos delegados de polícia, a postura do presidente do inquérito será determinante para se verificar (ou não) a materialização dos direitos fundamentais dos investigados. A multiplicidade de respostas corretas legítimas, a inexistência da influência da Moral e da Ética na tomada de decisão ou mesmo a possibilidade de se reconhecer sempre um novo caso como um “caso difícil” capaz de extrapolar o Direito vigente, são situações que majoram a incerteza de que o investigado terá o seu direito fundamental respeitado. Por isso, à luz do Positivismo Jurídico, que não se preocupa com as peculiaridades do caso concreto (haja vista a cisão entre interpretação e aplicação, e o fato de a interpretação ter início na convenção), o delegado de polícia poderá cumprir a busca e apreensão em qualquer momento que lhe pareça conveniente e oportuno, inclusive durante uma cerimônia de casamento. Como esse conceito de Direito é neutro, uma vez que não existem valores capazes de mostrar a resposta que seria mais adequada ao caso concreto, a decisão se fundamenta somente no fato de uma pessoa estar investida no cargo de delegado de polícia, aferindo de tal pressuposto a sua legitimidade. De forma mais incisiva, se não existem

valores, é irrelevante, no âmbito do Positivismo Jurídico, se a autoridade policial trata o investigado como um sujeito de direitos (Direito penal do cidadão) ou objeto da investigação (Direito penal do inimigo), já que as duas posturas são igualmente legítimas em razão da discricionariedade em que se funda a sua decisão.

No Direito como integridade, não obstante, a fundamentação ganha considerável relevância e as peculiaridades do caso concreto único e irrepetível serão determinantes para a tomada da decisão em um sentido ou no outro. Aqui vale a pena analisar duas ramificações para o exemplo citado: em uma primeira situação, a interceptação telefônica mostrou que todos os envolvidos na quadrilha estavam em local conhecido, sendo que os áudios não evidenciavam qualquer receio de serem descobertos ou mesmo de fuga, sendo o casamento mais um momento em que eles estariam reunidos; em uma segunda situação, a interceptação telefônica mostrou que parte da quadrilha — inclusive um dos noivos — estava foragida, com uma real probabilidade de fuga, sendo que o dia do casamento seria o único dia em que todos estariam efetivamente reunidos, de modo que a lua de mel no exterior poderia inviabilizar (ou consideravelmente dificultar) o cumprimento do mandado de prisão pelo receio de eles não mais retornarem ao Brasil.

Na primeira ramificação, não existia risco de fuga ou mesmo risco para a investigação, de modo que os envolvidos estavam em um momento de intimidade, celebrando o matrimônio, que possui impacto direto na dignidade da pessoa humana dos envolvidos. Ao delegado de polícia cabe a necessidade de reconhecer que o princípio do respeito próprio (DWORKIN, 2012, p. 212-218) reclama o direito de o casal ter esse momento respeitado, o qual majora o grau de importância objetiva que se espera na vida dos dois. Não existe qualquer justificativa plausível para que o Estado interfira em questões éticas (a decisão de casarem e darem publicidade de tal feito) do novo casal, de modo que a não atuação se apresenta como decorrência direta do “princípio de Kant” em razão da dignidade da pessoa humana. O reino dos fins, desenvolvido por Kant, ao qual Dworkin concede especial atenção, impõe a necessidade de a Polícia Civil compreender que qualquer pessoa existe como fim em si mesmo e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade, de modo que não se encontra à disposição do poder coercitivo estatal qualquer tomada de decisão sem que essa naturalmente impacte em uma rede de valores mais complexa que subjaz a todo ato. Em síntese, se o delegado de polícia não for capaz de justificar, à luz do Direito como integridade,

que esse seria o momento mais adequado para deflagrar a operação policial, essa não poderia ser realizada sem que se violasse direitos fundamentais dos suspeitos.

Na segunda ramificação, a fuga se apresenta como um risco real, em especial se for considerado o fato de que alguns membros da quadrilha — inclusive um dos noivos — já estarem foragidos. O dia do casamento, com isso, apresenta-se como o momento adequado para a deflagração da operação para o cumprimento dos mandados de prisão. Ao lado do princípio do respeito próprio, a dignidade da pessoa humana também é formada pelo princípio da autenticidade (DWORKIN, 2012, p. 218-220), sendo que esse princípio outorga a cada pessoa uma responsabilidade especial, que não pode ser delegada ou ignorada, devendo viver (não contra, mas) de acordo com os valores que estão ao seu redor. Se, no caso concreto apresentado, as pessoas tomam a decisão não só de praticar crimes, mas também de se esquivar da polícia a fim de se furtar da responsabilidade daí decorrente, como decorrência deverão se submeter ao poder coercitivo, com a conseqüente deflagração da operação policial no momento em que o maior número de pessoas estiver reunido, para tornar concreta a prisão de todos, tal como no dia do casamento. Existem resultados de cada um conviver com as escolhas que fazem durante a vida, seja tal efeito civil, administrativo ou mesmo criminal.

A conclusão, nas duas ramificações, se apresenta com uma carga moral e necessariamente interpretativa, que só pode ser construída de forma adequada à luz do caso concreto. Deve-se ressaltar que, quanto maior o conhecimento do caso concreto, mais adequada a decisão se mostrará, tanto que as duas ramificações apresentadas são cenários simplificados das inúmeras possibilidades que podem advir de uma situação fática, podendo haver tantas respostas adequadas para quantos casos concretos únicos e irrepetíveis que existirem.

No entanto, uma observação final deve ser pontuada. Os dois núcleos da dignidade da pessoa humana (o respeito próprio e a autenticidade), apesar de terem sido tratados, cada qual, de forma preponderante em uma das ramificações, eles necessariamente sempre estarão presentes em cada caso concreto. Na primeira ramificação, a autenticidade também influenciará a tomada de decisão e imporá, ainda assim, a responsabilização criminal dos envolvidos, mas não a ponto de justificar a intervenção em um momento em que o respeito próprio será brutalmente violado. Na segunda ramificação, o respeito próprio caminha próximo da autenticidade, no sentido de que, no balanço entre as duas decisões tomadas (o casamento e a empreitada criminosa com pessoas já foragidas), o real risco de fuga (potencializado pela lua de mel de exterior) impõe um *deficit* na necessidade de todos outorgarem uma importância

objetiva à própria vida, pois tratavam as vítimas dos crimes (não como fim, mas) como meio para uso arbitrário da vontade da quadrilha.

O Direito como integridade, em razão do que foi exposto, apresenta-se como uma proposta que se funda em uma rede de valores que guarda relação com o Direito penal do cidadão em detrimento do Direito penal do inimigo, de modo a tratar todos os investigados ou indiciados como sujeitos de direito. Perde fundamento a distinção entre as figuras do Estado-juiz e do Estado-punitivo no âmbito da investigação criminal. O suposto autor do fato não está à disposição das Polícias Judiciárias para mera complementação da investigação, sem que se respeitem os seus direitos ou mesmo para que sua atuação seja secundária e (até) desnecessária, uma vez que a atuação do delegado de polícia só se mostra legítima, à luz dos Estado Democrático de Direito, se for capaz de compreender o impacto da responsabilidade que toda decisão proferida possui na vida das pessoas que investiga e na sociedade da qual ele mesmo faz parte.

5.4.2 O dever de imparcialidade/impessoalidade, a questão da suspeição do delegado de polícia e o problema da finalidade da investigação criminal

Ao se estudar a estrutura do romance em cadeia, demonstrou-se a existência de duas dimensões para a sua adequada compreensão, quais sejam, a dimensão do ajuste e a dimensão da substância. Um aprofundamento do estudo das dimensões por Dworkin (2010, p. 243) evidenciou a imparcialidade processual como a essência do ajuste e a justiça substantiva como a essência da dimensão da substância. O resgate do estudo feito sobre a imparcialidade processual como decorrência lógica da dimensão do ajuste evidencia a necessidade de tal característica estar presente em qualquer responsável pela tomada de decisão, tal como o magistrado ou mesmo o delegado de polícia, por se apresentar como decorrência direta do Direito como integridade. A compreensão da existência da imparcialidade no âmbito da atividade policial ganha contornos mais complexos, em especial se essa necessidade for analisada em face do sistema jurídico atual.

Por exemplo, o art. 307 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) determina que, quando o fato for praticado na presença do delegado de polícia, ou contra este, no exercício de suas funções, a própria autoridade policial — que, na verdade, seria a vítima ou a testemunha — deverá presidir o auto de prisão em flagrante delito. Existiria, na hipótese, violação das

premissas basilares que envolvem o Direito como integridade? Ou ainda, estaria eventual imparcialidade do delegado de polícia comprometida pelo fato de ser testemunha ou ter interesse pessoal no deslinde da investigação? As respostas demandam a análise de outra questão de igual relevância e que pressupõe as perguntas feitas, qual seja, o delegado de polícia teria imparcialidade em razão de possuir amplo poder probatório para o andamento da investigação criminal?

O cargo de delegado de polícia caminhava no sentido de ter uma disposição legal expressa sobre o tema em debate. No entanto, o projeto que deu origem à Lei nº 12.830/13 foi vetado exatamente no dispositivo⁹² que determinava os deveres de isenção e de imparcialidade ao delegado de polícia. Contudo, a teoria geral do processo (civil ou penal) pode trazer importantes colaborações para a temática. Dinamarco (2009, p. 205), ao tratar da imparcialidade, faz algumas ponderações aplicáveis ao inquérito policial:

Seria absolutamente ilegítimo e repugnante o Estado chamar a si a atribuição de solucionar conflitos, exercendo o poder, mas permitir que seus agentes o fizessem movidos por sentimentos ou interesses próprios, sem o indispensável compromisso com a lei e os valores que ela consubstancia — especialmente com o valor do justo. Os agentes estatais têm o dever de agir com impessoalidade, sem levar em conta esses sentimentos e interesses e, portanto, com abstração de sua própria pessoa. O juiz, ao conduzir o processo e julgar a causa, é naquele momento o próprio Estado, que ele consubstancia nessa atividade.

Do mesmo modo, seria absolutamente repugnante que a autoridade policial se movesse por sentimento ou interesse próprio, demonstrando um descompromisso com a lei e com os valores constitucionais. Uma investigação previamente direcionada e com a finalidade de punir ou defender determinado cidadão subverteria a finalidade de um procedimento que deve se pautar na proteção dos direitos fundamentais e na compreensão da integridade como pressuposto para a adequada atuação do delegado de polícia no Estado Democrático de Direito.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 82-83) apontam que o magistrado possui deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio com os envolvidos, cenário que toca a atuação do delegado de polícia no âmbito da investigação criminal. Por isso, em relação ao dever de esclarecimento, a autoridade policial deve trabalhar junto com os envolvidos para

⁹² Nos termos do dispositivo vetado, “[...] o delegado de polícia conduzirá a investigação criminal de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade”.

esclarecer potenciais dúvidas que tenham sobre eventual alegação, pedido ou documentação apresentada. O dever de diálogo impõe a necessidade de o presidente do procedimento consultar os envolvidos antes de qualquer tomada de decisão que possa influenciar diretamente seus direitos e deveres decorrentes da investigação, como se dá no interrogatório que precederá o ato de indiciamento. O dever de prevenção institui uma obrigação ao delegado de polícia, no sentido de utilizar, sempre que necessário, seus poderes cautelares ou investigativos para garantir o uso adequado do procedimento pelos envolvidos, sem que se fraudem expectativas pela má-fé, por exemplo, do investigado. Por fim, o dever de auxílio impõe a necessidade de a autoridade policial auxiliar os envolvidos em superar ocasional dificuldade que impeça o exercício de direitos fundamentais.

Avançando no estudo, outro ponto que toca o tema compreende a questão relativa à ampla iniciativa probatória do delegado de polícia. Nesse ponto, em linhas gerais, observa-se a existência de duas linhas de análise, que envolvem a imparcialidade e a iniciativa probatória do presidente do procedimento, tema trabalhado à luz da atuação do magistrado pela teoria geral do processo (civil ou penal). Lopes Junior (2017, p. 63-66) mostra-se veementemente contra a iniciativa probatória do magistrado, devendo “[...] manter-se afastado da atividade probatória, para ter o alheamento necessário para valor essa prova. A figura do juiz-espectador em oposição à figura do juiz-ator é o preço a ser pago para termos um sistema acusatório [...]”. Isso ocorre, pois existe uma presunção de parcialidade no juiz-instrutor, violando pressupostos democráticos. No mesmo sentido é a posição de Rangel (2009, p. 461):

Quando o juiz pratica atos de ofício em busca da prova é para condenar, até porque qualquer neófito sabe que se não há provas ou se há dúvida, o juiz tem que decidir em favor do réu. Todavia, em nome de um princípio (impulso oficial) o juiz sai em busca daquilo que irá justificar o que ele já decidiu: a condenação.

De igual modo, Pacelli (2014, p. 338) compreende a iniciativa probatória do magistrado incompatível com as premissas de um sistema acusatório, quando existir um risco para comprovar a autoria do réu, e trabalha com um exemplo para ilustrar sua posição. Se o Ministério Público não requerer a produção de um exame de corpo de delito em fatos que deixam vestígio, o que levaria necessariamente à absolvição do réu, o juiz não poderia determinar a produção de tal prova, uma vez que estaria empreendendo atividade tipicamente acusatória. Ao contrário, “[...] provas não requeridas pela defesa poderão ser requeridas de ofício pelo juiz, quando vislumbrada a possibilidade de demonstração de inocência do réu” (PACELLI, 2014, p. 338).

Lima (2009, p. 387) e Badaró (2003, p. 119-138) situam-se em uma posição intermediária, ao compreenderem que a iniciativa probatória do magistrado se situa de modo subsidiário em relação aos poderes das partes, podendo agir somente para complementar as provas já existentes e com relação direta àquelas já produzidas, por exemplo, quando uma testemunha faz referência a uma outra que ainda não foi ouvida. Ao contrário, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 294) posicionam-se em sentido favorável à iniciativa probatória pelo magistrado, com o argumento de que, se o processo existe para tutelar direitos, o magistrado deve possuir os meios probatórios para alcançar tal fim. E mais, “[...] é sempre bom lembrar que o juiz que se omite em decretar a produção de uma prova relevante para o processo estará sendo parcial ou mal cumprindo a sua função”.

Essa posição também é adotada por Nucci (2014, p. 342), que compreende a ampla iniciativa probatória do magistrado como condição para o exercício democrático do seu *mister* constitucional. Por isso, o juiz não está preocupado com a condenação ou a absolvição do réu, mas sim na possibilidade de o processo ser capaz de cumprir a função para a qual foi criado, qual seja, tutelar de forma mais ampla possível os direitos das partes. Nessa linha de pensamento, Bedaque (2009, p. 110) compreende ser perfeitamente conciliável a imparcialidade com a iniciativa probatória do magistrado em razão de não existir relação entre poder instrutório e favorecimento das partes:

Quando o juiz determina a realização de alguma prova, não tem como saber, de antemão, seu resultado. O aumento do poder instrutório do julgador, na verdade, não favorece qualquer das partes. Apenas proporciona apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam atuadas corretamente. E tem mais: não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão? Para ele não deve importar que vença o autor ou o réu. Importa, porém, que saia vitorioso aquele que efetivamente tenha razão, ou seja, aquele cuja situação de vida esteja protegida pela norma de direito material, pois somente assim se pode falar que a atividade jurisdicional realizou plenamente sua função.

Da mesma forma que o magistrado, a autoridade policial não sabe, de antemão, o resultado da diligência que determina. E mais, não é tendencioso o delegado de polícia que deixa de determinar uma diligência, sabendo que a sua produção é indispensável para a comprovação do fato (mesmo que tal diligência possa, no futuro, levar à condenação ou à absolvição do autor)? Na presidência do inquérito policial, o delegado de polícia deve atuar de modo que sua atividade não seja direcionada à condenação ou absolvição de quem se investiga, além de não poder privilegiar a defesa (advogado de defesa ou defensor público) ou a acusação (advogado de acusação ou Ministério Público) na coleta de provas.

É possível levantar mais uma questão contrária à imparcialidade no âmbito do inquérito policial, qual seja, a inexistência do contraditório e da ampla defesa. De fato, é comum qualificar o inquérito policial como inquisitivo⁹³, mas, desde a promulgação da Constituição Federal, essa característica tem sido relativizada pelos Tribunais Superiores⁹⁴ e importantes passos legislativos⁹⁵ já foram dados com a finalidade de se impregnar o inquérito policial com o direito fundamental do contraditório e da ampla defesa. A bem da verdade, a inquisitorialidade reclama a necessidade de uma postura imparcial do presidente do procedimento, a fim de garantir a possibilidade de que todos os envolvidos possam participar do procedimento e influenciar a decisão final do procedimento.

Mesmo que se relute em aceitar a imparcialidade em razão dos argumentos contrários apresentados (como a questão da iniciativa provatória ampla, a inexistência do contraditório ou ampla defesa plenos e a inexistência de previsão legal ou constitucional sobre o tema) ou mesmo de outros tantos que podem ser imaginados (como o fato de não existirem “partes” equidistantes no procedimento), algum “grau desta imparcialidade” deve necessariamente existir na investigação criminal, por ser colocada como pressuposto do Direito como integridade e do sistema constitucional vigente. Deve-se pensar menos no estudo do tema no âmbito do processo e conceber a proposta de forma mais holística, como um importante valor que deve pautar a atuação da autoridade policial, de modo a nortear não só a postura do delegado de polícia em relação às diligências que serão realizadas, mas também na construção do romance que subjaz a cada ato decisório, garantindo coerência e integridade com o ordenamento jurídico vigente.

O estudo do tema assim concebido, em especial por causa das objeções colocadas e das limitações da investigação policial (quando comparada à ação penal), bem como pelo fato de

⁹³ Nucci (2014, p. 122), Rangel (2009, p. 89), Lima (2009, p. 71), Tourinho Filho (2013, p.247) e Pacelli (2014, p. 10-11).

⁹⁴ Ao analisar a jurisprudência, verifica-se, *v.g.*, que o Supremo Tribunal de Justiça, no HC 69405, reconheceu a possibilidade de o ofendido (e seu advogado) requerer diligências ao delegado de polícia; ademais, entendeu que as diligências solicitadas pelas partes não podem ser negadas pela autoridade policial se ficar comprovada a inexistência de prejuízo ao procedimento investigatório e se for necessário para o deslinde da causa. O posicionamento do Tribunal vai ao encontro da base teórica desta tese, uma vez que o delegado de polícia tem o dever de verificar a adequação das diligências solicitadas ao caso concreto, não podendo, com base numa suposta discricionariedade, indeferir a produção de tais elementos de informação, quando forem necessários para o caso concreto.

⁹⁵ A publicação da Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016, ao inserir o inciso XXI ao art. 7º do Estatuto da OAB, constitui exemplo de avanço legislativo, o qual possui a seguinte redação: “São direitos do advogado (...) assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos; e b) (VETADO).”

o inquérito policial possuir natureza administrativa, situa a necessidade da existência de algum “grau de imparcialidade” para além da jurisdição⁹⁶, aproximando-se do estudo feito no Direito Administrativo do princípio da impessoalidade. Não se pode esquecer que Dworkin situa a imparcialidade como corolário da dimensão do ajuste do romance em cadeia a partir do estudo que o autor faz da atuação judicial, de modo que sua compreensão fora da jurisdição e, mais especificamente, na atuação administrativa, aproxima-se da ideia constitucional de impessoalidade, tal como previsto no art. 37 da Constituição Federal. Deve-se ressaltar que a imparcialidade e a impessoalidade decorrem de um direito mais geral, qual seja, do direito à igualdade, no sentido de que não é possível conferir tratamentos diferenciados ou privilegiados aos indivíduos de determinada comunidade, sem que haja um fundamento constitucional subsidiando e justificando a diferença ou o privilégio. Essa conexão, potencializada pela rede de valores na qual todos os direitos estão inseridos, possibilita conceber a ideia de impessoalidade em uma relação direta com a imparcialidade.

Nessa linha de pensamento, as ideias anteriormente examinadas podem ser pensadas à luz do princípio da impessoalidade, de modo que ao delegado de polícia devem ser impostos os deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio com os envolvidos, como pressupostos do Direito como integridade⁹⁷ e do sistema constitucional vigente. Do mesmo modo, não viola a impessoalidade a ampla iniciativa probatória, pois a autoridade policial não sabe, de antemão, o resultado da diligência que determina. E, ainda, o delegado de polícia não pode se mover por interesse próprio ou de terceiros, pois demonstraria um descompromisso com a lei e com os valores constitucionais. Assim compreendido, o princípio constitucional da impessoalidade possui três importantes repercussões na sistemática da investigação criminal.

A primeira repercussão diz respeito ao art. 307 do Código de Processo Penal já mencionado (BRASIL, 1941) e os questionamentos dele decorrentes. De acordo com o dispositivo legal, o

⁹⁶ Sobre o tema, em inúmeros precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Opinião Consultiva n° 9/87, proferida em 06/10/1987; caso Tribunal Constitucional Vs. Peru, julgado em 31/01/2001; caso Vélez Looz Vs. Panamá, julgado em 23/11/2010; caso González e outros Vs. México, julgado em 27/02/2012), consignou-se que a função jurisdicional compete eminentemente ao Poder Judiciário, mas outros órgãos ou autoridades públicas também podem exercer funções do mesmo tipo. Assim, quando a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) se refere ao direito de toda pessoa ser ouvida por um juiz ou tribunal competente para a consolidação de seus direitos, tal ideia se refere a qualquer autoridade pública —administrativa, legislativa ou judicial—, desde que tenha poderes para resolver sobre direitos e obrigação das pessoas. Com isso, a Corte considera que esses órgãos estatais ou autoridades públicas exercem funções de caráter materialmente jurisdicional e, como consequência, são dotados de independência e imparcialidade.

⁹⁷ Decorrência, em especial, do seu núcleo procedimental, tema que será estudado adiante.

delegado de polícia seria vítima (de modo que teria interesse no deslinde da causa, direcionando a investigação para eventual condenação) ou seria testemunha (o que acarretaria, além de outros problemas teóricos, a necessidade teratológica de assinar o próprio depoimento). Por isso, se o fato foi praticado na presença do delegado de polícia ou contra ele, no exercício de suas funções, a autoridade policial não pode, de modo algum, presidir o auto de prisão em flagrante delito por violar os pressupostos em estudo. Com isso, o dispositivo legal não está em consonância com as premissas do Direito como integridade e do sistema constitucional vigente, comprometendo o deslinde da investigação.

A segunda repercussão segue também a linha do art. 307 do Código de Processo Penal e se refere ao dever de suspeição das autoridades Policiais. De acordo com o art. 107 do mesmo código, “[...] não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito, mas deverão elas declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal [...]” (BRASIL, 1941). Como se verifica pela literalidade do dispositivo legal, os investigados e o Ministério Público não podem arguir a suspeição do delegado de polícia na condução do inquérito policial, porém o dispositivo legal impõe um dever à autoridade policial para que ela se dê por suspeita quando ocorrer motivo legal. Os motivos legais estão enumerados no art. 254 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), os quais se aplicam ao delegado de polícia. O disposto no mencionado artigo impõe um dever à autoridade policial para que ela se declare suspeita quando ocorrer motivo legal; no entanto, qual a consequência em relação aos elementos informativos produzidos por esse delegado de polícia se o ele não se declara suspeito quando deveria assim proceder? De acordo com o Supremo Tribunal Federal⁹⁸, “[...] a suspeição de autoridade policial não é motivo de nulidade do processo, pois o inquérito é mera peça informativa, de que se serve o Ministério Público para o início da ação penal”. Ora, a suspeição tem por finalidade garantir o dever de impessoalidade na presidência do inquérito policial, que é violado quando está presente alguma hipótese caracterizadora da suspeição.

Se o presidente do procedimento tem interesse direto no deslinde da causa, por qualquer dos motivos elencados no rol do art. 254 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), os elementos informativos produzidos seguirão essa tendência, podendo gerar a não produção de determinado elemento informativo ou mesmo a não elaboração de determinada pergunta por ocasião dos interrogatórios ou depoimentos. Aceitar esse tipo de postura, tal como consta da

⁹⁸ RHC 131450, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 03/05/2016.

jurisprudência do Pretório Excelso, significa macular o próprio sistema de direitos fundamentais que norteia o processo penal e a investigação criminal, em especial porque esse direcionamento dado nos elementos informativos iniciais acarretará uma reação em cadeia, de modo a impregnar, inclusive, os quesitos feitos em provas técnicas ou mesmo a solicitação e a execução de medidas cautelares, impactando na ação penal e, conseqüentemente, na absolvição ou na condenação do cidadão.

Nesse contexto, os elementos informativos deveriam ser nulos e todos os atos deles decorrentes também devem ser, em razão da aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. De igual modo, as regras de suspeição e impedimento previstas para a ação penal devem ser estendidas para o inquérito policial. Outra não pode ser a conclusão, a não ser que se admita que o tema em estudo não possui qualquer mínima aplicabilidade na investigação criminal. Em síntese, o art. 307 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) e a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema da suspeição tocam no mesmo ponto e se mostram incompatíveis com as premissas de um Estado Democrático de Direito. Afinal, a Constituição Federal outorgou ao delegado de polícia a chefia da investigação criminal e a sua atuação, constitucionalmente falando, só será adequada se a impessoalidade, conforme exposta, apresentar-se como pressuposto inerente à postura daquele que preside o procedimento criminal.

A terceira repercussão diz respeito à finalidade da investigação criminal. É preciso desconstruir algumas conclusões pontuadas em alguns manuais de processo penal, e o ponto relativo à finalidade do inquérito policial é uma delas. Admitir que o fim do inquérito seja fornecer justa causa para uma futura ação penal⁹⁹ significa concluir que a Polícia Civil trabalha a serviço do Ministério Público ou da vítima, no sentido de que as suas investigações são direcionadas a fornecer autoria e materialidade para uma ação penal, ou seja, a demonstrar a existência de um ilícito penal em face de um determinado cidadão. Não se nega que o inquérito policial possa ter essa consequência, mas não se pode admitir que essa seja a sua finalidade. Nesse contexto, a finalidade do inquérito policial, em razão da linha argumentativa apresentada até aqui, deve ser a documentação das diligências realizadas, devidamente respeitados os direitos fundamentais dos afetados pela investigação

⁹⁹ Nesse sentido, cf. Nucci (2014, p. 96), Rangel (2009, p. 70 e 73) e Tourinho Filho (2013, p. 230-231).

policial, confirmando (ou não) a autoria e a materialidade. Busca-se, em síntese, a apuração das infrações penais¹⁰⁰.

Posicionamento em sentido contrário consubstanciaria a ideia de que a autoridade policial trabalha para buscar elementos de informação contra o investigado, conduzindo a investigação nesse sentido, como se tivesse um suposto interesse em sua acusação (como têm o Ministério Público e a vítima). Tanto isso não está de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro que, ao final do inquérito policial, ele pode ser arquivado ou servir de base para a denúncia. Se o inquérito policial não ensejar uma eventual ação penal, igualmente terá alcançado a sua finalidade.

5.4.3 Breves palavras sobre o aspecto procedimental do Direito como integridade: a influência do investigado ou do indiciado na investigação criminal e a (possível) abertura do procedimento para terceiros à luz do caso concreto

Uma relevante questão sobre o tema foi abordada na terceira seção a partir de uma crítica que Habermas (2003a, p. 276) fez à proposta teórica de Dworkin, uma vez que o aplicador da norma, à luz do Direito como integridade, apresentava-se supostamente solitário na construção da interpretação. A proposta levaria, necessariamente, a uma construção teórica empreendida monologicamente, sem o necessário diálogo entre todos os envolvidos; no entanto, tal como pontuado, o próprio Habermas (2003a, p. 277), ao formular a crítica, compreendeu que Dworkin já trabalhava, teoricamente, com uma resposta para o problema, no sentido de que um núcleo procedimental existiria no Direito como integridade, em razão de esse conceito conferir aos envolvidos igual direito às liberdades subjetivas e comunicacionais.

De fato, Dworkin não aprofunda o estudo do tema; talvez por isso que a sua proposta seja conhecida como tendo um viés mais substancial (e nem tanto procedimental). Por outro lado, o autor reconhece que a prática argumentativa é inerente a todos aqueles envolvidos com o caso concreto, não estando sequer limitados aos sujeitos do processo, e isso fica bem evidente em *Justiça para ouriços*, ao ampliar a ideia de integridade para muito além do magistrado ou mesmo da prática jurídica. Tendo como referência esse pressuposto e a própria afirmação de Habermas, percebe-se

¹⁰⁰ Nesse sentido, cf. Pacelli (2014, p. 56), Lima (2009, p. 71) e Lopes Junior (2017, p. 119-120).

[...] que, bem entendido, o chamado procedimentalismo de corte habermasiano não seja essencialmente conflitante com o substancialismo dworkiniano. É possível que essas visões possam ser interpretadas como complementares e que essa dualidade (substancialismo versus procedimentalismo) não tenha a dimensão de oposição que comumente se lhe atribui (MOTTA, 2017, p. 49).

Dworkin (2007, p. 115-116) reconhece a relação entre Direito e coerção como um pressuposto basilar para a construção de um conceito de Direito, no sentido de que a finalidade do governo consiste na capacidade de tomar decisões, na execução de tais decisões e na permanência da estrutura de poder. Habermas (2007, p. 294) reconhece a mesma relevância em tal relação, de modo que essa coercitividade possui impacto não só no conceito de Direito, mas também na sua legitimação. Habermas (2003a, p. 191) parte do pressuposto de que “[...] o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito [...]” e outorga, com isso, especial relevância aos pressupostos comunicacionais que uma democracia deve possuir. Até porque esses pressupostos comunicacionais serão necessários para compreender a amplitude de cada direito fundamental, ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais tornarão possível o exercício dos pressupostos comunicacionais institucionalizados em razão da coesão interna existente entre soberania popular e direitos fundamentais ou entre autonomia pública e autonomia privada:

Portanto, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria tampouco um *medium* para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado. Dessa maneira, a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, sem que os direitos humanos possam reivindicar um privado sobre a soberania popular, nem essa sobre aquele (HABERMAS, 2007, p. 301).

Em outras palavras, a soberania popular é vista como o espaço da autonomia pública (autodeterminação dos cidadãos) e só pode ser adequadamente exercida se houver direitos fundamentais garantidos. Igualmente, o exercício dos direitos fundamentais necessita da autodeterminação dos cidadãos a fim de mostrar, dentro de uma determinada sociedade, qual seria o modo mais adequado para serem exercidos.

Ressalte-se que essa coesão interna defendida por Habermas somente é possível no paradigma do Estado Democrático de Direito. Enquanto no Estado Liberal a Constituição era vista como um mecanismo de proteção das liberdades negativas do cidadão (autonomia privada), no Estado Social a Constituição se apresentava como instrumento para garantir a homogeneidade dos direitos materializados (tudo era visto pelo prisma da autonomia pública), sem a participação dos afetados na tomada de decisão (CATTONI, 2006, p. 112-113). De igual

modo, Dworkin (2012, p. 369-371) também afirma que somente no Estado Democrático de Direito se mostra possível não prevalecer um dos modelos de Estado (ou algum modelo de igualdade e liberdade), sendo que as relações dos pressupostos existentes nesses modelos formarão o *medium* necessário para a convivência harmônica, ocorrendo a afirmação do “princípio de Kant”.

Um real diálogo entre as matrizes procedimentalista e substancialista trará contribuições para o funcionamento do Estado Democrático de Direito, em especial em países de modernidade tardia, como o Brasil. A preponderância do procedimentalismo traria, no entendimento de Streck (2012c, p. 198-199), a manutenção de desigualdades sociais e a alocação do Estado em um segundo plano na proteção dos direitos fundamentais, ao passo que a preponderância do substancialismo confirmaria as críticas tecidas por Habermas a Dworkin. Motta (2017, p. 252-253) parte desse pressuposto e compreende que o “princípio de Kant” forma o núcleo de diálogo entre as teorias de Habermas e Dworkin, tendo como estrutura central para essa integração a leitura moral da dignidade da pessoa humana. Para que essa integração, de fato ocorra, é necessário avançar no estudo da dignidade da pessoa humana a partir do tratamento que Dworkin confere ao tema em sua obra *Is Democracy possible here?*.

Dworkin (2006, p. 131) parte da ideia da democracia em parceria (*partnership view of democracy*), como contraponto à democracia majoritária (*majoritarian view of democracy*). De acordo com o autor, a democracia majoritária é governada pela vontade da maioria, ou seja, de acordo com o que a maioria das pessoas decidir em uma votação ou eleição, não existindo garantia de que tal decisão será justa, em especial para a minoria. Essa proposta é injusta, mas ainda assim é uma proposta democrática. Ao contrário, Dworkin defende a democracia em parceria, na qual as pessoas se governarão como parceiros integrais em um empreendimento político que compreenda que a decisão da maioria só será democrática se proteger o interesse de todas as pessoas. Nessa proposta, a violação de direitos da minoria não só é injusta, como também não é democrática. A consolidação dessa ideia de democracia em parceria passa pelo respeito da dignidade da pessoa humana e de duas ideias centrais que serão elaboradas a partir dos seus dois princípios-base. Assim, a dignidade da pessoa humana ganha novos contornos e o princípio do respeito próprio se transformará no alicerce para o princípio da igual consideração (*equal concern*), ao passo que o princípio da autenticidade formará a base do princípio do autogoverno (*self-government*).

De acordo com o princípio da igual consideração, uma comunidade política deve mostrar igual respeito pela vida de todos os membros da comunidade e isso é alcançado por meio do sufrágio universal e igual. Em tese, as pessoas eleitas por uma grande parte da população farão um trabalho melhor em proteger os fracos contra a tirania do que pessoas eleitas por uma pequena parte da população. Trata-se, no entanto, de uma análise equivocada, pois a maioria não estaria autorizada a fazer tudo o que desejasse, como alterar a estrutura constitucional ou violar os direitos das minorias. Talvez a proteção da igualdade possa ser melhor concebida como fruto de interpretação a ser feita por juízes e não necessariamente por representantes eleitos. Essa conclusão também é equivocada e não permite uma profunda ou firme discussão acerca de qual proposta se apresentaria melhor: uma proposta de justiça procedimental ou substancial. O que não pode ser admitido, em qualquer hipótese, é a diminuição do poder político do cidadão, por meio do sufrágio universal e igual (*one man, one vote*), porque se apresentaria violador da dignidade da pessoa humana, ao diminuir a importância objetiva da vida das pessoas (DWORKIN, 2006, p. 144-145).

Já de acordo com o princípio do autogoverno, arranjos políticos devem respeitar as personalidades das pessoas em identificar valor na sua própria vida. Como colocado no princípio acima, a maioria não possui, automaticamente, o direito de impor suas vontades à minoria. De fato, o princípio da igual consideração representa uma necessária condição de legitimação política, mas não se apresenta como uma condição suficiente para essa legitimidade, pois as pessoas não possuem moral para exercer autoridade coercitiva sobre os demais, mesmo que hajam no interesse dessas outras pessoas. Afinal, democracia significa autogoverno, ou seja, uma forma de governo em que as pessoas governam a si mesmas. As pessoas não devem se submeter às vontades ou valores dos outros, sem ter participado da tomada de decisão, sob pena de violação da dignidade da pessoa humana (DWORKIN, 2006, p. 145-146).

De forma mais específica, o princípio da igual consideração, visto como decorrência do princípio do respeito próprio, compreende que toda vida possui um valor objetivo¹⁰¹ a ser garantido pelo exercício da dignidade da pessoa humana, tal como o direito fundamental ao sufrágio (universal e igual) no contexto de uma comunidade de pessoas livres iguais. Esse princípio aproxima-se da ideia de autonomia privada trabalhada por Habermas. O princípio do

¹⁰¹ A importância objetiva se aproxima da autonomia kantiana, no sentido de que as pessoas devem ser tratadas como fins e não como meios (DWORKIN, 2012, p. 274).

autogoverno, compreendido no âmbito do princípio da autenticidade, guarda relação com a responsabilidade que cada pessoa possui em sua vida e de que modo ela será governada a partir das suas decisões na relação com a sua comunidade, denotando uma ideia de autogoverno, aproximando-se da ideia de autonomia pública trabalhada por Habermas:

Vê-se, neste ponto, compatibilidade entre os princípios com os quais Dworkin interpreta a dignidade humana, no interior da sua teoria política (igual consideração e respeito e autogoverno), e a complementariedade entre a autonomia pública (fundada na soberania popular) e a autonomia privada (fundada nos direitos fundamentais), que está no centro das preocupações de Habermas (MOTTA, 2017, p. 253).

Desse modo, a justificativa política para a atuação, tanto do governo, quanto das pessoas, tem essa estrutura da dignidade humana como premissa em Dworkin, que se compatibiliza com a coesão interna existente entre autonomia pública (princípio do autogoverno) e autonomia privada (princípio da igual consideração) de Habermas, conforme anteriormente exposta, formando um núcleo substancial-procedimental no âmbito do Direito como integridade. Ao tratar do tema no âmbito da investigação criminal, o desafio consiste na necessidade de se adequar a teoria em estudo ao inquérito policial, cuja concepção foi moldada em um momento histórico ditatorial, influenciada pelo fascismo. No entanto, o desafio é, na verdade, muito maior. O inquérito policial, por determinação legal e devido a sua própria natureza, é sigiloso, o que agrava a dificuldade de pensá-lo dentro de um conceito substancial de aplicação do Direito, também formado por um núcleo procedimental.

A complexa questão da abertura do procedimento para terceiros e a imprescindível influência do investigado na investigação criminal envolve uma suposta tensão entre direitos fundamentais: de um lado, a proteção às testemunhas, o art. 20 do Código de Processo Penal, o caráter sigiloso do inquérito policial e, por outro, o acesso ao inquérito policial como prerrogativa do advogado, a imprescindível participação dos afetados na construção da decisão final e a abertura do procedimento para terceiros mostram como a questão se manifesta complexa na ordem constitucional vigente. A fim de aprofundar o estudo do tema, mostra-se interessante trabalhar com duas situações reais que ocorreram no Município de Linhares, no Estado do Espírito Santo, em procedimentos presididos pelo autor deste trabalho.

No primeiro caso, um cidadão negro foi vítima de preconceito em razão de sua raça (art. 1º da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989) e foi acompanhado ao Departamento de Polícia

Judiciária por uma organização não governamental (ONG) de proteção da minoria negra. Essa organização postulou a sua participação no inquérito policial por ter recursos que poderiam ser usados para conseguir relevantes informações sobre o suposto autor do fato. Diante do exposto, o delegado de polícia poderia autorizar a admissão da ONG no inquérito policial? E mais, a ONG poderá apresentar parecer ou esclarecimento no feito por meio, *v.g.*, da contratação de um detetive particular? Essas perguntas trazem sérios problemas para a questão da sigilidade da investigação criminal, ao possibilitar um terceiro, estranho ao fato, participar do procedimento.

No segundo caso, um cidadão confeccionou um boletim de ocorrência pelo crime de injúria em razão de uma pessoa tê-lo chamado de “cigano” e, tal como constou do seu depoimento, essa palavra era dotada, no seu entender, de um peso pejorativo, supostamente conhecido por todos, já que os “ciganos” eram pessoas de má-índole e afetas ao crime, situação que não se compatibilizava com a sua pessoa. De que modo o delegado de polícia pode confirmar a afirmação da vítima de que seria uma situação “conhecida por todos” o fato de os ciganos serem pessoas de má-índole e afetas ao crime? Uma análise semântica da palavra, com a sua busca no dicionário, seria suficiente? Ou se apresentaria como um dos caminhos possíveis a ampliação da busca de tal conceito no âmbito da sociedade no qual a vítima estava inserida, por exemplo, por meio de um questionário público? Considerando a repercussão que o caso teve na mídia à época, seria impossível dar visibilidade a esse questionário sem que a população fizesse a ligação com o crime ocorrido, gerando problemas para o caráter sigiloso do inquérito policial.

Tavares (2007), ao trabalhar a questão do procedimentalismo, indica a existência de seis pressupostos democráticos que são capazes de densificar a teoria apresentada. O terceiro desses pressupostos é o que ele chama de princípio da inclusão ou universalidade, considerado verdadeira regra de ouro de qualquer proposta de que se intitule democrática: “[...] não pode haver nenhuma consequência para aqueles cujos argumentos não estiverem presentes (representados) na discussão” (TAVARES, 2007), ou seja, toda pessoa que, de algum modo, tiver direitos sendo discutidos em determinado procedimento, deve ser chamada para dele participar, a fim de racionalmente influenciar a tomada da decisão final. Dentro desse contexto, insere-se a necessidade de o Poder Público conferir aos envolvidos iguais direitos às liberdades subjetivas e comunicacionais, de modo a possibilitar a incorporação ao procedimento de terceiros que inicialmente dele não fariam parte ou não tinha como dele

fazer. Audiências públicas, *amicus curiae*, questionários e palestras são alguns exemplos capazes de majorar a legitimidade do procedimento, com real possibilidade de alcançar pessoas e informações que estariam fora do debate.

Inclusive, o Direito pátrio tem acompanhado essa abertura dos procedimentos no âmbito judicial. A audiência pública encontra-se prevista na lei que regula as ações do controle concentrado de constitucionalidade — Leis n° 9.868 e 9.882, ambas de 1999 (BRASIL, 1999c, 1999a) — e nas ações do controle difuso de constitucionalidade — art. 983 e 1083 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), além de existir no processo legislativo em razão de regulação própria nos Regimentos Internos do Senado e da Câmara dos Deputados. O *amicus curiae* foi previsto inicialmente para os procedimentos relativo à Comissão de Valores Imobiliários — art. 31 da Lei n° 6.385, de 1976 (BRASIL, 1976) — e, posteriormente, o seu uso foi ampliado para o CADE — art. 89 da Lei n° 8.884, de 1994 (BRASIL, 1994) —, para as ações do controle concentrado de constitucionalidade e para as ações do controle difuso de constitucionalidade — art. 950 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Essa breve retrospectiva legislativa serve para mostrar como a prática jurídica tem enfrentado a questão, sendo que o seu uso tem sido frequentemente ampliado. Aliás, a jurisprudência dos tribunais superiores tem admitido o uso dos dois instrumentos, sem necessidade de previsão legal. Em relação ao *amicus curiae*, encontra-se o Incidente de Deslocamento de Competência n° 2¹⁰², apreciado pelo Supremo Tribunal de Justiça. Trata-se de precedente que admitiu a participação de um *amicus curiae* sem previsão legal, além de, nesse caso específico, possibilitar a sua atuação em procedimento criminal sempre que houver interesse que extrapole o das partes diretamente envolvidas. De igual modo ocorreu em relação à audiência pública¹⁰³, que não mais está limitada às hipóteses previstas na legislação.

A prática jurídica identificada nesse primeiro nível interpretativo demonstra uma crescente abertura dos procedimentos para além das partes e esses padrões apresentam, em razão do

¹⁰² IDC 2, julgado em 27/10/2010, Rel. Ministra Laurita Vaz.

¹⁰³ Em que pese as citadas previsões legais, atualmente, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que a designação de audiência pública independe de previsão legal. Sua utilização também é cabível, inclusive, em um conjunto de ações do controle difuso de constitucionalidade, desde que as ações versem sobre a mesma temática. Tal fato ocorreu em 2009, na quarta audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal, e abordou a questão relativa ao fornecimento de medicamentos pelo Estado. A audiência foi designada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, em razão da constatação da existência de diversos pedidos de suspensão de segurança, suspensão de antecipação dos efeitos da tutela, suspensão de liminar que determinaram, ao Estado, o fornecimento de diversas prestações relacionadas ao Sistema Único de Saúde (SUS).

segundo nível, uma justificativa geral baseada em elementos de democracia e participação dos afetados, a fim de melhor aceitarem a coercitividade inerente ao Direito. Essas decisões tomadas pelas instituições no passado (leis, jurisprudências, entre outras) devem, em razão de tudo o que foi exposto neste trabalho, ser incorporadas à condição do agir administrativo e compreendem parte do novo paradigma de atuação do delegado de polícia e da Administração Pública. Por isso, no terceiro nível interpretativo, o delegado de polícia, apesar de reconhecer o caráter sigiloso do inquérito policial, deverá ajustar o seu agir à ideia daquilo que a prática realmente requer para melhor servir todos os (reais e potenciais) envolvidos no fato. Não existe colisão entre a restrição da publicidade e o direito dos envolvidos, na medida em que a leitura do seu caráter sigiloso só pode ser adequadamente concebida a partir de outros direitos presentes no caso, respeitando, assim, a unidade de valores que rege o Direito como integridade. Ao utilizar como base esse romance em cadeia, a autoridade policial, no curso do inquérito policial, pode convocar uma audiência pública, admitir a presença de um *amicus curiae*, como uma entidade governamental representante de algum grupo específico, ou mesmo fazer uso de questionários e palestras para ampliar objeto da discussão.

Em relação ao primeiro caso, o delegado de polícia autorizou a admissão da ONG no inquérito policial e ela contratou um detetive particular que trouxe informações essenciais que auxiliaram na identificação de elementos de autoria e materialidade do crime. Em relação ao segundo caso, o delegado de polícia determinou que se fizesse um questionário com algumas perguntas e foram entrevistadas mais de 400 pessoas em duas semanas em diversos pontos da cidade, concluindo-se, ao final, que a qualificação conferida a uma pessoa como “cigano” não importaria em qualquer tipo de relação pejorativa (com pessoas de má-índole e afetas ao crime), tal como a vítima havia alegado. Note-se que a decisão do delegado de polícia nos dois casos teve repercussão direta no procedimento, sendo impossível negar a existência de um núcleo procedimental no Direito como integridade.

Esse núcleo procedimental não diz respeito, exclusivamente, à influência que um terceiro pode ter na investigação criminal, guardando relação, também e principalmente, com a participação do investigado ou indiciado na construção da decisão final do procedimento. O art. 6º, inciso V, do Código de Processo Penal outorga à autoridade policial o dever de ouvir o indiciado, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura (BRASIL, 1941).

Acontece que, em uma situação envolvendo a investigação pelo Ministério Público (órgão que, tal como a Polícia Judiciária, deve obediência ao Código de Processo Penal em seus procedimentos investigativos), o Superior Tribunal de Justiça ratificou a desnecessidade da oitiva do indiciado durante um procedimento investigativo:

O inquérito policial e o procedimento investigatório efetuado pelo Ministério Público são meramente informativos, logo, não se submetem ao crivo do contraditório e não garantem ao indiciado o exercício da ampla defesa. Desse modo, não se vislumbra nulidade pela ausência de oitiva do investigado na fase indiciária, sobretudo porque ele teve oportunidade de se defender de todas as acusações antes do recebimento da denúncia pelo Tribunal *a quo*, em virtude das prerrogativas de seu cargo de Promotor de Justiça.¹⁰⁴

Como se visualiza pelo trecho acima e pela leitura do inteiro teor do acórdão, o Tribunal impossibilitou a sua participação na investigação criminal (com eventual interrogatório, pedidos de diligências e juntada de documentos), ao simplório argumento da inexistência do prejuízo, como se a intimação do investigado se apresentasse como um poder discricionário daquele que preside o procedimento, podendo (ou não), de acordo com a sua vontade, determinar o seu interrogatório e possibilitar a sua participação no feito. Nessa linha, ressalta-se a existência de procedimentos investigativos que são concluídos sem que o autor sequer soubesse de sua existência, tomando conhecimento somente quando o caso já havia se transformado em uma ação penal, quando a sua intimação prévia era perfeitamente possível.

A partir de uma proposta procedimental-substancial, trata-se de verdadeiro direito subjetivo do suposto autor do fato delituoso ser ouvido durante o curso do inquérito policial para que apresente os seus argumentos e os elementos de informação que entender necessários, ressalvados alguns casos excepcionalíssimos. Tendo essa premissa e a proposta de Habermas (2007, p. 301), possibilita-se que o investigado, destinatário de possíveis medidas cautelares, do ato de indiciamento ou mesmo do relatório final, possa também se ver como autor das decisões proferidas e aceitar de modo mais natural o poder coercitivo do Direito. Afinal, ocorre a violação de pressupostos comunicacionais a conclusão de uma investigação em andamento em face de determinado cidadão quando a sua localização e/ou seu endereço para eventual intimação é de conhecimento da Polícia Judiciária e o investigado não apresenta maiores dificuldades.

¹⁰⁴ HC 142089, julgado em 28/9/2010, Rel. Ministra LAURITA VAZ.

Deve-se pontuar que essa posição não tem por finalidade outorgar uma “cega” obrigatoriedade na intimação do investigado, como se não houvesse outro caminho a seguir, mas, na verdade, superar o senso comum de que tal ato se apresenta como decorrente do poder discricionário do delegado de polícia. Até porque, em algumas situações, v.g., quando o investigado está fora do Brasil, em lugar desconhecido, foragido, em coma hospitalar ou mesmo comprovadamente se esquivando de ser intimado, a sua intimação poderá não acontecer, devendo a autoridade policial fundamentar tal ocorrência em despacho próprio e dar seguimento à investigação policial. Tal dispensabilidade, no entanto, não se encontra à livre disposição para que o delegado de polícia, a seu juízo, não proceda a intimação, de modo que as peculiaridades do caso concreto único e irrepetível serão determinantes para a construção da tomada de decisão a fim de se buscar o prosseguimento mais adequado da investigação criminal, que poderá ser concluída, em situações excepcionalíssimas, sem que ocorra a intimação do investigado.

Embora essa proposta teórica exija do delegado de polícia tal postura, a efetiva oitiva do investigado na Delegacia de Polícia consiste em uma faculdade que está à disposição da defesa e que somente ocorrerá com a respectiva concordância. O seu não comparecimento, inclusive, pode ser visto como exercício democrático da sua defesa. Com isso, o presidente do procedimento oferta ao afetado a possibilidade de influenciar a tomada final de decisão, respeitando o aspecto procedimental do Direito como integridade.

5.4.4 A limitação da doutrina clássica acerca da análise do ato de indiciamento e do relatório final do inquérito policial: uma releitura do poder decisório do delegado de polícia à luz do Direito como integridade

A discussão e a instrução probatória são necessárias em qualquer procedimento que se baseia em premissas democráticas, mas, em determinado momento, o procedimento chega a tal nível de maturidade que determinadas decisões devem ser tomadas por aquele que o preside, mesmo nos casos mais complexos. Essas decisões devem ser racionais e juridicamente fundamentadas à luz do Direito como integridade, haja vista a imprescindível superação do Positivismo Jurídico e o abandono da discricionariedade. No âmbito do inquérito policial, dois atos ganham especial relevância para se compreender o impacto da investigação criminal na vida do investigado ou do indiciado. O ato de indiciamento e o relatório conclusivo do inquérito policial apresentam-se como verdadeiras decisões que trazem consideráveis

repercussões jurídicas e fáticas na vida de um cidadão, sendo necessário verificar o atual estágio do estudo desses dois atos e a sua compatibilidade com um conceito que mostre o direito por uma perspectiva mais clara.

O indiciamento consiste em ato formal de se atribuir a autoria de uma infração penal a uma determinada pessoa, individualizando as circunstâncias fáticas e jurídicas relativas ao caso concreto, de modo a se analisar os requisitos que compõem o crime. Apesar de estar há anos incorporada na prática jurídica dos delegados de polícia, a sua regulação ocorreu somente no ano de 2013, com o art. 2º, §6º, da Lei nº 12.830, nos seguintes termos:

Art. 2º [...]

.....
 § 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias;

(BRASIL, 2013).

Ressalte-se que o indiciamento não possui um momento específico para a sua ocorrência, de modo que as peculiaridades do caso concreto serão determinantes para que o procedimento ocorra, havendo necessidade de elementos de autoria e materialidade suficientes para individualizar a conduta do cidadão. Ademais, trata-se de um ato privativo da autoridade policial, a ser feito no curso do inquérito policial até a sua conclusão¹⁰⁵, cuja realização não pode ser requisitada pelo magistrado ou membro do Ministério Público¹⁰⁶.

No que diz respeito às consequências do indiciamento, o cidadão deixará de ocupar a posição de mero suspeito ou mesmo de testemunha e passará à posição jurídica de indiciado. Com isso, a investigação tem o seu aspecto de direcionamento reduzido (já que passa a ser limitada pelo que foi exposto no ato de indiciamento), nascendo para o delegado de polícia o dever de averiguar a vida pregressa dessa pessoa e efetuar a sua identificação criminal, desde que seja cabível nos termos da Lei nº 12.037/09 (BRASIL, 2009) O ato de interrogatório e a atuação do advogado no procedimento, tal como visto nesta seção, ganham nova dimensão e podem ser determinantes para fundamentar eventual ação penal ou justificar o arquivamento do

¹⁰⁵ HC 182.455/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (desembargador convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 05/05/2011.

¹⁰⁶ LIMA, 2011, p. 166. No mesmo sentido, HC 115015 (julgado em 27/8/2013, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma): “Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao delegado de polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória”.

inquérito policial. Insta frisar que, na hipótese de indiciamento relativo a crimes de lavagem de dinheiro, tal como previsto no art. 17-D, da Lei nº 9.613 de 3 de março de 1998 (BRASIL, 1998), o servidor público “[...] será afastado, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno”.

Já o relatório conclusivo do inquérito policial, via de regra¹⁰⁷, consiste no último ato do delegado de polícia no procedimento. No momento em que a autoridade policial verificar que existem elementos suficientes de autoria e materialidade para concluir a investigação, ela deverá elaborar, nos termos do art. 10, § 1º, do Código de Processo Penal, “[...] minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente [...]” (BRASIL, 1941), podendo relatar, devidamente fundamentado, pelo arquivamento do inquérito policial ou mesmo com sugestão para deflagrar uma eventual ação penal, tipificando o crime (e, se for o caso, confirmando o ato de indiciamento).

O relatório não segue uma estrutura formal rígida, uma vez que o Código de Processo Penal não aponta uma lista de quais seriam esses requisitos. De todo o modo, a Lei de Drogas — Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (BRASIL, 2006) —, elenca, em seu art. 52, inciso I, alguns requisitos mínimos a serem observados pelo delegado de polícia. Por isso, de modo geral, aplicável a qualquer procedimento, é pertinente elencar como requisitos mínimos para a elaboração do relatório: a) a narração dos fatos e das diligências realizadas, de modo a comprovar a autoria e a materialidade; b) a análise dos requisitos que compõem o crime; c) a tipificação do fato narrado, que deve ser fundamentada; d) o indiciamento do suposto autor do fato, se ainda não tiver ocorrido; e) o pedido, devidamente fundamentado, da prisão preventiva do indiciado, da busca e apreensão de bens, da realização do exame de sanidade mental, entre outros, caso tais medidas cautelares sejam necessárias no caso concreto; e f) a lista dos objetos apreendidos no procedimento, devidamente detalhados para identificação.

Observe que, tanto no ato de indiciamento, quanto no relatório conclusivo do inquérito policial, a análise dos requisitos que compõem o conceito de crime apresenta-se como

¹⁰⁷ O Código de Processo Penal, no art. 16, prescreve que “[...] o Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia” (BRASIL, 1941). Por isso, mesmo após o relatório final, não são todas as diligências requisitadas pelo Ministério Público que devem ser cumpridas pelo delegado de polícia, mas as diligências investigativas novas e imprescindíveis para a denúncia, podendo o delegado recusar, fundamentadamente, as diligências manifestamente ilegais, meramente protelatórias ou desarrazoadas.

condição para a tomada de decisão pelo delegado de polícia. Os limites e possibilidades dessa análise apresentam como questões controversas nos livros que trabalham o tema no Brasil. Um ponto de grande debate na doutrina guarda relação com a possibilidade de a autoridade policial analisar, no ato de indiciamento ou no relatório conclusivo do inquérito policial, questões como legítima defesa, erro de tipo, erro de proibição, entre outros.

De acordo com Garcia e Pimenta (2009, p. 216), cabe à autoridade policial “[...] apenas expor os fatos, colher provas e apresentar protagonistas [...]”, não representando atribuição do delegado de polícia a análise de questões relativas à ilicitude e à culpabilidade. No mesmo sentido, Tourinho Filho (2013, p. 326) afirma que “[...] não deve, pois, a autoridade policial fazer apreciações sobre a culpabilidade ou antijuridicidade [...]” e qualifica como “mera irregularidade” a atuação do delegado de polícia que assim proceder¹⁰⁸. Sobre o tema e de forma mais categórica, Rangel (2009, p. 96) aponta que

[...] o inquérito policial tem um único escopo: a apuração dos fatos objeto de investigação (cf. art. 4.º, *in fine*, do CPP). Não cabe à autoridade policial emitir nenhum juízo de valor na apuração dos fatos, como, por exemplo, que o indiciado agiu em legítima defesa ou movido por violenta emoção ao cometer o homicídio. A autoridade policial não pode (e não deve) se imiscuir nas funções do Ministério Público, muito menos do juiz, pois sua função, no exercício de suas atribuições, é meramente investigativa. (...) Assim, a direção do inquérito policial é única e exclusivamente a apuração das infrações penais. Não deve a autoridade policial emitir qualquer juízo de valor quando da elaboração de seu relatório conclusivo. Há relatórios em inquéritos policiais que são verdadeiras denúncias e sentenças. É o ranço do inquisitorialismo no seio policial.

Para melhor ilustrar a questão e compreender o impacto dessa vertente teórica, imagine-se o seguinte caso. Um cidadão é flagrado traficando drogas por três policiais militares. Os policiais iniciam a abordagem do cidadão e, antes de ela ser concluída, o cidadão, de posse de uma arma de fogo, efetua disparos contra os policiais militares, alvejando um deles em sua perna. Segue, com isso, uma troca de tiros e o cidadão também é alvejado, mas não vem a óbito. Todo o ocorrido é encaminhado ao delegado de polícia plantonista para deliberação sobre o ocorrido e tudo é confirmado por duas testemunhas que estavam no local do fato. A conduta dos policiais militares transita entre a legítima defesa e o estrito cumprimento do dever legal, ambos previstos no art. 23 do Código Penal (BRASIL, 1940), qualificados como hipótese de excludente de ilicitude. Não obstante, na linha abordada pelos autores

¹⁰⁸ No mesmo sentido, pode-se citar Lima (2015, p. 152) e Távora e Alencar (2016, p. 178-179). Pacelli (2014, p. 67-68) pontua que o delegado de polícia não pode emitir qualquer juízo de valor acerca dos fatos e do Direito, não podendo analisar, portanto, questões como prescrição, qualquer outra causa extintiva da punibilidade, legítima defesa, sobre a suficiência ou não da prova produzida ou mesmo qualquer entendimento sobre a existência ou não de um crime.

mencionados, o delegado de polícia deverá dar voz de prisão aos policiais militares e ao cidadão, lavrar o auto de prisão em flagrante delito em face de todos os envolvidos (inclusive dos policiais militares), com os respectivos indiciamentos pelo crime de tentativa homicídio, e apreender as armas de fogo (com encaminhamento para a perícia). Dentro dessa perspectiva, a análise do delegado de polícia fica restrita exclusivamente ao fato típico, não podendo abordar questões relativas à ilicitude, culpabilidade ou mesmo as hipóteses de extinção de punibilidade, consoante art. 107 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Uma outra situação correlata merece ser retratada e essa foi vivenciada pelo autor deste trabalho quando ainda estava no primeiro mês de atuação como delegado de polícia, mais especificamente em fevereiro de 2009. No início do treinamento na Academia da Polícia Civil, ocorrido durante o estágio probatório, este delegado de polícia foi localizado temporariamente na Divisão de Homicídios e Proteção à Pessoa, a fim de auxiliar em uma força tarefa relativa aos homicídios que ocorreram entre o Natal e Ano Novo, com o devido acompanhamento de um delegado de polícia supervisor. No terceiro inquérito policial analisado, uma situação muito parecida com a anterior se apresentou para ser relatada, com a diferença de que o procedimento foi instaurado por portaria, mas os fatos e elementos de informação denotavam a ocorrência de uma legítima defesa.

Impregnado pelos recentes estudos para o concurso público, o caminho natural seria concluir o procedimento com base no crime de homicídio sem reconhecer a legítima defesa para os policiais militares. Com uma clara sensação de que procederia de forma injusta, uma conversa com alguns delegados de polícia que estavam há mais tempo na Divisão poderia trazer uma nova luz para a situação. Após conversar com, pelo menos, quatro delegados de polícia, o resultado foi unânime: indiciar os policiais militares, pois não seria atribuição da autoridade policial analisar uma excludente de ilicitude. Não satisfeito com as respostas, uma segunda pergunta seguia: por que assim procediam? As respostas eram um tanto quanto similares e, em síntese, repetiram um padrão que identificaram quando foram localizados na Divisão e sempre procederam daquela maneira, sem nunca questionar o porquê de assim proceder. Quem disse que o emblemático exemplo das regras de cortesia tratado por Dworkin (2007, p. 57) se apresentava como uma situação imaginária?

Supõe-se, agora, que esses delegados de polícia sejam capazes de superarem o senso comum e desenvolverem uma densa e profunda atividade interpretativa em face das regras que identificaram, assim que foram localizados na Divisão, o que se dá mediante a análise dos três

níveis ou etapas interpretativas. O primeiro nível interpretativo, que passa pela identificação dos padrões necessários para fornecer a prática, já foi identificado nos dois exemplos, qual seja, a impossibilidade de se analisar, no ato de indiciamento e no relatório final, questões relativas à ilicitude, culpabilidade ou punibilidade. O segundo nível interpretativo busca uma justificativa geral para o padrão identificado. Seria uma visão míope, por uma parte da doutrina, dos resquícios da atuação da Polícia Judiciária na época da ditadura e incompatível com o atual estágio do Estado Democrático de Direito? Seria, por outra parte da doutrina e pelos delegados de polícia, uma simples repetição daquilo que haviam visto ou estudado em momento pretérito? Seria decorrente da baixa densidade teórica dos juristas? Certamente, seria um pouco de cada um desses questionamentos, a fim de impor uma ideia de consenso de convenção e vincular as futuras decisões. Observe-se que a limitação imposta pela doutrina e o modo de atuação dos delegados de polícia não encontram fundamento nas regulações que possuem o ato de indiciamento ou mesmo o relatório final, em especial porque tais regulações tratam o tema de forma aberta. Seja pelo fato de o art. 2º, §6º, da Lei nº 12.830/13, prescrever que o indiciamento “[...] dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias [...]” (BRASIL, 2013), seja porque o art. 10, § 1º, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) e, de modo similar, o art. 52 da Lei nº 11.343 de 2006 (BRASIL, 2006)), prescrevem que “[...] a autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará os autos ao juiz competente[...]”, sem existir qualquer delimitação do conteúdo e amplitude da análise em relação ao conceito de crime nos dois atos decisórios, em especial se forem consideradas as legislações mais recentes.

Ademais, como se verifica pela leitura do art. 397 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), em redação dada pela reforma de 2008, o juiz deve absolver sumariamente o acusado antes de receber a denúncia quando verificar a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato, a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente (salvo inimputabilidade), que o fato narrado evidentemente não constitui crime e que a punibilidade foi extinta. Ora, como se pode admitir, dentro de um Estado Democrático de Direito, que o mesmo Estado que absolve sumariamente o réu possa, com os idênticos elementos de informação provenientes do inquérito policial, admitir o indiciamento ou um relatório conclusivo de tipificação sem que se violem direitos fundamentais do investigado?

A mesma situação fática tratada de forma diferente pelo Estado, ao simplório argumento do momento processual, traduz a exata noção de “dois pesos e duas medidas”. Esta expressão é uma referência bíblica (Deuteronômio 25:13-16) ao antigo sistema de medidas e pesagens, época na qual inexistia um sistema de confiança capaz de uma padronização. Assim, os pesos e as medidas menores seriam usados na venda de produtos, ao passo que os pesos e as medidas maiores seriam usados na compra de produtos, instituindo um sentimento ininterrupto de roubo e violação de direitos. A aplicação desse brocardo no Direito, como decorrência dos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, impõe a necessidade de tratamento igual ao cidadão perante diferentes órgãos e poderes do Estado. A mencionada posição ultrapassada da doutrina, portanto, deve ser abandonada, cabendo ao delegado de polícia analisar, seja no momento do indiciamento, seja por ocasião do relatório final do inquérito policial, todas as questões que compõem o conceito analítico de crime (aqui, adota-se a teoria tripartite do crime, composta pelo fato típico — já reestruturado pelo princípio da insignificância¹⁰⁹ —, antijurídico e culpável) e as hipóteses de extinção da punibilidade, conforme art. 107 do Código Penal (BRASIL, 1940), salvo se alguma dessas hipóteses consistir em reserva de jurisdição, como ocorre na imposição de medida de segurança decorrente da inimputabilidade, nos termos do art. 97 do Código Penal (BRASIL, 1940). Presente alguma dessas hipóteses, o delegado de polícia deve deixar de proceder o indiciamento, relatar o inquérito policial com sugestão de arquivamento ou não lavrar um auto de prisão em flagrante delito.

Assim se estrutura o terceiro nível interpretativo (ou etapa da reformulação), pois o intérprete tenta identificar uma melhor compreensão do sentido da prática presente no primeiro nível e, no caso exposto, concluir que ela deve ser abandonada em razão dos novos valores e argumentos, até porque não pode ser conferido àquele que possui o poder decisório a possibilidade de não se manifestar sobre determinado argumento levantado pelos que participaram do procedimento. A decisão final deve ser construída de modo que os participantes do procedimento tenham o seu ponto de vista presente, mesmo que esse ponto de vista seja juridicamente refutado ou mesmo que fundamente eventual pedido de arquivamento do caderno investigativo. Trata-se de mais um reflexo do aspecto procedimental do Direito como integridade.

¹⁰⁹ O tema do princípio da insignificância foi tratado anteriormente, nesta seção.

5.5 PARA ALÉM DAS CONCEPÇÕES CLÁSSICAS

Repensar concepções clássicas da investigação criminal representa um grande desafio que não pode ser delegado ou rejeitado, mas que é imposto a todos aqueles que buscam a melhor decisão para a formação de uma comunidade de pessoas livres e iguais. É por isso que repensar o funcionamento da investigação não passa, exclusivamente, por uma releitura do conceito de Direito que constitui o delegado de polícia e subjaz a cada decisão que toma. Como bem colocou Dworkin (2010, p. 243), uma reinterpretação das práticas jurídicas à luz dos valores e dos direitos fundamentais possui impactos impensáveis, já que sempre reorganiza o modo de pensar e agir, em especial dentro de uma composição que foi pensada e gestada em ambiente ditatorial.

Como se observou ao longo deste trabalho, o *deficit* metodológico do Positivismo Jurídico é potencializado em um Estado Democrático de Direito e, tal como a árvore do conto de Cal, representa uma estrutura corroída que, inevitavelmente, sucumbirá, levando consigo tudo o que se acreditava ser importante. Ao final, sobrarão somente lamentos, um sentimento de impotência, representado por um vazio. Desse modo, um conceito de Direito deve possuir convicção e conteúdo, ou seja, ser capaz de integrar justiça, valores e um propósito de vida que se preocupe com o indivíduo e com o próximo, isto é, na formação de uma comunidade de pessoas que compreendam o significado de uma vida digna:

A justiça que imaginávamos começa naquilo que parece ser uma proposição indisputável: o governo tem de tratar aqueles que estão sob o seu domínio com preocupação e respeito iguais. Esta justiça não ameaça — mas expande — a nossa liberdade. Não troca a liberdade por igualdade ou o contrário. [...] Torna mais fácil e mais provável que possamos ter uma vida boa. Lembremos, também, que aquilo que está em jogo é mais do que mortal. Sem dignidade, as nossas vidas são meros lampejos de duração. No entanto, se conseguirmos viver uma vida boa, criamos algo mais. Escrevemos um subscrito para a nossa mortalidade. Transformamos as nossas vidas em pequenos diamantes nas areias cósmicas (DWORKIN, 2012, p. 430).

O conceito de justiça em Dworkin guarda íntima relação com o “princípio de Kant”, ao conferir justificativa moral para compreender o poder coercitivo do Estado, representando o conteúdo que o Direito deve ter para se apresentar efetivamente vinculante no âmbito de uma comunidade de pessoas livres e iguais. É por isso que a legitimidade não se esgota na autoridade de quem a profere, devendo cada pessoa compreender o fato de toda decisão se fundamentar em uma rede complexa de valores, entre os quais — como valor central — a dignidade da pessoa humana, capaz de dar uma nova luz sem perder coerência com a história materialmente justificada de uma determinada comunidade. O ideal de justiça, portanto, não

se encontra na figura do magistrado, na pessoa do administrador ou mesmo na autoridade policial, mas na exata compreensão do que cada decisão tomada — e a fundamentação nela presente — representa à luz do Direito como integridade.

De fato, nada ficará como antes!

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O funcionamento das Polícias Judiciárias no Brasil, seja nas práticas administrativas que lhe dão suporte, seja em sua atuação investigativa, necessita de um novo olhar, de um novo conceito de Direito que compreenda a relevância que a fundamentação possui no Estado Democrático de Direito. O grande problema consiste na ligação positivista que exsurge das práticas jurídicas decorrentes da circularidade nas atividades-meio e atividades-fim da estrutura responsável pelas investigações criminais.

O senso comum dos juristas responsáveis pelas tomadas de decisão forma um modo de ver e pensar o Direito Administrativo de modo a conceber a interpretação como desnecessária em alguns atos (os atos vinculados) ou mesmo como imprescindivelmente discricionária em outros (os atos discricionários). No entanto, a influência do giro linguístico mostrou que tudo se apresenta no âmbito da linguagem e da interpretação, mas não de qualquer tipo de interpretação ou vertente interpretativa.

As esferas de pré-compreensão do intérprete exigem uma reflexão sobre o paradigma que subjaz a cada tomada de decisão, ou melhor, uma reflexão sobre a antecipação que cada pessoa possui da Constituição, da Moral política e das práticas jurídicas que constituirão o prólogo silencioso de cada veredicto. Mostra-se não só inviável, mas, na verdade, impossível pensar em uma concepção neutra e isolada do que se constitui o próprio Direito e do que ele representa para uma comunidade de pessoas livres e iguais.

Decidir implica tomar partido, localizar uma decisão em uma rede mais ampla de valores e direitos, pois cada interpretação traz alguma concepção de justiça, democracia, dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade. Como consequência, o intérprete não consegue se despir dessas esferas de pré-compreensão presentes na comunidade da qual faz parte, projetando um conceito de Direito que se apresenta como relação do homem com o seu mundo.

Esse conceito de Direito deve ser capaz de responder os problemas de uma sociedade naturalmente plural e dinâmica, compreendida a partir da sua historicidade e que mostre a comunidade do melhor ponto de vista da Moral política. Deve, ainda, compreender a força normativa dos princípios, o seu caráter integrador com a comunidade e de que modo ele constitui — e não cria — as decisões jurídicas para além do que é proposto no âmbito do

convencionalismo hartiano ou do positivismo normativista kelseniano. Deve, com isso, superar a plenipotenciariade da regra como fonte do sistema jurídico vigente, de modo a compreender a relação entre a Moral e a Ética, no âmbito do “princípio de Kant”, como pressuposto interpretativo das práticas sociais e jurídicas.

Essas são as estruturas centrais do Direito como integridade proposto por Dworkin, conceito que é essencialmente interpretativo e moral, definido pela atitude do intérprete, capaz de superar o sistema de regras do Positivismo Jurídico. O império do Direito, assim compreendido, não se fundamenta no poder (na validade de uma lei como condição única de coercitividade) ou no processo (na simples existência do precedente vinculante de um tribunal) ou na autoridade de quem profere a decisão (no magistrado, no administrador ou mesmo no delegado de polícia), mas na postura autorreflexiva e contestadora que torna cada pessoa responsável com os compromissos de sua sociedade.

É necessário levar os direitos a sério, ou seja, compreender o que cada compromisso efetivamente representa para mostrar essa sociedade por uma melhor luz, sendo inevitável a superação do modelo de regras inerente ao Positivismo Jurídico. O impacto das críticas de Dworkin a esse modelo teórico e o seu projeto essencialmente interpretativo e moral foram tão contundentes que, alguns positivistas, como o próprio Hart, não negaram a existência de princípios em sua teoria convencionalista. De fato, tudo é uma questão de princípios, mas os princípios só podem ser adequadamente compreendidos dentro de uma vertente na qual eles não sejam determinados e delimitados pela natureza criterial inerente ao próprio positivismo que subjaz à proposta hartiana.

No Direito como integridade, a compreensão dos princípios, dos valores ou mesmo dos direitos fundamentais deve ter por referência uma concepção de justiça fundamentada na unidade (e não na colisão), em um sistema peculiar que se baseia na relação entre a Ética e a Moral — o “princípio kantiano” — para o seu funcionamento. Com isso, Dworkin se intitula um ouriço, não existindo um sistema estruturante do Direito e outro sistema estruturante da Moral (com eventuais diálogos entre eles), uma vez que o Direito só pode ser corretamente compreendido como uma vertente da Moral política (*tree structure*).

Tal proposta deve impregnar todos os aplicadores do Direito, não só os magistrados, de modo que esses influxos devem ser igualmente reconhecidos no âmbito da Polícia Judiciária, seja nas práticas administrativas que lhe dão suporte, seja em sua atuação investigativa. Trata-se

de uma percepção holística das práticas jurídicas, devendo ser reconhecido em todo o poder coercitivo estatal uma unidade moral interpretativa, na medida em que o giro linguístico deve alcançar não só todos os aplicadores do Direito, mas também todos os ramos do Direito.

Tendo essa premissa como ponto de partida, a segunda seção demonstrou de que modo alguns autores do Direito Administrativo no Brasil trabalharam os aspectos teóricos desse ramo do Direito e, em especial, a relação desses autores com o Positivismo Jurídico. Uma fala de Francisco Campos, mesmo datada de 1958, ainda encontra eco nos atuais, demonstrando a dificuldade que o Direito Administrativo apresenta em relação a um necessário avanço para a aplicação das normas. Como foi abordado pelo autor, em muitos aspectos, o Direito Administrativo brasileiro tentou trabalhar o ato discricionário tendo como referência exclusiva a atuação administrativa. Daí a premissa de existir uma espécie de “Positivismo Jurídico à brasileira”, responsável por influenciar, como se viu na seção cinco da tese, até mesmo os procedimentos investigativos das Polícias Judiciárias.

O Positivismo Jurídico à brasileira trouxe um novo significado para a fundamentação dos atos administrativos discricionários, tornando-a desnecessária, ou melhor, tornando-a inexistente por não haver determinação legal ou constitucional impondo tal obrigação. O tema somente teve novo cenário no ano de 1999, com a previsão de um rol taxativo de atos administrativos que deveriam ser fundamentados, consoante art. 50, *caput*, da Lei nº 9.784. Mesmo após a inovação legal, os autores divergiram bastante sobre a necessidade de se fundamentar todos os atos, de modo a existir ainda quem defenda, em caráter excepcional, a ausência de fundamentação em alguns poucos atos discricionários, sempre que tal ato não estiver previsto no mencionado artigo.

A pesquisa empírica sobre o período entre 2011 e 2015 no Estado do Espírito Santo, tendo como referência o ato de remoção dos delegados de polícia (ato tipicamente discricionário), demonstrou que a prática jurídica dos administradores ignorava a existência do mencionado dispositivo legal. Em síntese, a grande parte da pesquisa, mais especificamente até agosto de 2014, evidenciou um total descompromisso da Administração Pública em fundamentar tais atos, como se discricionariedade fosse sinônimo de ausência de fundamentação.

Tal postura foi alterada somente a partir de setembro de 2014, em muito influenciada pela Lei nº 12.830/13, a qual determinou que o ato de remoção do delegado de polícia deveria ocorrer somente por ato fundamentado. Não obstante, a ausência de fundamentação foi supostamente

adequada por uma fundamentação legal genérica, mantendo a completa inexistência de uma fundamentação fática, estruturada a partir das peculiaridades do caso concreto. Essa mudança, em vez de resolver os graves problemas de validade e de fundamentação do ato administrativo, fraudou expectativas legais, violando direitos fundamentais dos delegados de polícia, das vítimas, dos investigados ou mesmo de qualquer pessoa que se relacionasse com a investigação criminal, como o magistrado e o membro do Ministério Público.

Esse grave *deficit* de fundamentação é potencializado por outros problemas estruturais do positivismo, tais como a sua proposta de neutralidade como ciência e a necessária separação entre a interpretação e a aplicação do Direito. Por um lado, a neutralidade tornou o intérprete incapaz de reconhecer os influxos éticos e morais nas práticas jurídicas, de modo a pensar o Direito tendo como pressuposto exclusivo as convenções previamente estabelecidas (leis, normativas, decisões judiciais, decisões administrativas, entre outras). Por outro lado, a necessária separação entre a interpretação e a aplicação do Direito potencializou (e até legitimou!) a classificação dos atos administrativos quanto ao grau de liberdade que o administrador possuiria, de modo que o ato vinculado seria regido por um silogismo que dispensaria a interpretação, uma vez que todos os seus elementos já estariam presentes na regra, ao passo que o ato discricionário seria dotado de uma área conhecida com mérito administrativo, insuscetível de controle, na qual o administrador agiria mediante conveniência e oportunidade, demandando uma postura interpretativa. Em síntese, as respostas “fáceis” (os atos vinculados) e as respostas “difíceis” (os atos discricionários) possuiriam diferente estrutura interpretativa.

Em razão de os atos discricionários não apresentarem uma resposta pronta na regra, o intérprete deveria ser dotado de um poder criativo do Direito, tal como o poder legislativo sempre possuiu. Ou seja, é exatamente na natural indeterminação das regras ou mesmo na área deixada em aberto pelos precedentes que aplicador da norma possui a função criadora de regras. E tal pressuposto se apresenta como um problema no âmbito do próprio Direito Administrativo que trabalha o princípio da legalidade (a regra) como limite para a atuação legislativa; afinal, mostra-se incompatível a relação entre o respeito à regra existente e um poder criativo do intérprete decorrente da discricionariedade.

O Positivismo Jurídico concebe o Direito como uma imagem distorcida das discussões nos casos limítrofes. Ou a regra existe e o intérprete possui o papel de investigador das decisões tomadas no passado, ou ela não existe (ou mesmo, quando existente, ela se apresenta

semanticamente aberta) e ao intérprete cabe o papel de agir como se legislador fosse. Essas teorias, gestadas no âmbito do Estado Social, estão envenenadas pelo agulhão semântico, por acreditarem em um conceito de Direito incompatível com o Estado Democrático de Direito e fixado em regras semânticas previamente compartilhadas.

Em razão da necessidade de superar esses problemas estrutural-metodológicos do Positivismo Jurídico, potencializado por um Positivismo Jurídico à brasileira, a terceira seção da tese apresentou a ideia de integridade, de Ronald Dworkin, como uma proposta capaz de superar a relação sujeito-objeto, inerente à Filosofia da Consciência da qual o Direito Administrativo brasileiro ainda faz parte. Tendo como ponto de partida o texto “O modelo de regras I”, presente na obra *Levando os direitos a sério*, Dworkin apresentou três críticas internas ao positivismo: primeiro, qualificou a regra de reconhecimento utilizado por Hart como um “teste de *pedigree*”, cuja metodologia guardava relação exclusiva com a aceitação (consenso de convenção) de tais regras pela comunidade jurídica, independentemente do seu conteúdo ou aspecto moral; segundo, nos casos difíceis, o aplicador da norma deveria ir além do Direito na busca de algum padrão para criar a nova regra, colocando em risco a própria neutralidade pretendida pelo Positivismo Jurídico; terceiro, nesses casos em que a regra jurídica não existisse (ou fosse insuficiente), via de consequência, a obrigação jurídica também não existiria, de modo que o poder criativo do intérprete autorizaria o exercício do poder público retroativamente para regular uma situação muito tempo após a ocorrência do fato.

A solução para todos esses problemas, em Dworkin, diz respeito ao reconhecimento dos princípios como normas integrantes do Direito e dotadas de coercitividade. Não bastou o mero reconhecimento da existência de tais princípios, até porque Hart, no pós-escrito do seu livro *O conceito de Direito*, os reconheceu como integrantes de sua perspectiva teórica. Foi necessário compreender uma relevante distinção da natureza do princípio no âmbito do Direito como integridade em relação ao Positivismo Jurídico. Os princípios possuiriam uma natureza interpretativa e moral, ao passo que, no Positivismo Jurídico, eles seriam limitados pela neutralidade da ciência ou mesmo pela estrutura criterial dessa proposta teórica. Enquanto a utilização de critérios aparentava ser suficiente para trabalhar com conceitos criteriosais próprio do Direito, como casa, propriedade, furto, homem, entre muitos outros, a tentativa de estruturação de conceitos criteriosais para justiça, direito, liberdade e igualdade mostrou-se inviável, por serem conceitos essencialmente interpretativos.

Somente pela compreensão dessa estrutura interpretativa e moral dos princípios — e, portanto, do Direito como integridade — foi possível retirar o agulhão semântico que impregnava os intérpretes. Ao avançar no estudo, pontuou-se que a estrutura interpretativa proposta por Dworkin era formada por três níveis interpretativos. No primeiro nível, identificaram-se as regras ou os padrões para individualizar a prática. No segundo nível, buscou-se uma justificativa geral que fundamentasse a prática identificada no primeiro nível. No terceiro nível, o intérprete adequou a prática ao que ela realmente requer para servir a comunidade. Essa estrutura interpretativa representou a base na qual a ideia de romance em cadeia foi concebida, concepção essa que Dworkin trabalha em razão de uma especial relação existente entre o Direito e a Literatura.

O Direito se assemelha a uma forma bem peculiar de interpretação literária, pois ambas buscam a utilização de uma proposta hermenêutica que tenta mostrar como uma maneira de ler e refletir o mundo é capaz de revelar algo (um livro, uma pintura ou uma decisão) por uma melhor luz. Tendo como referência um estudo das teorias da Arte, Dworkin apresentou cinco pressupostos aplicáveis ao Direito: a) a Arte não existe isoladamente da Filosofia, da Psicologia, da Sociologia e da Cosmologia; b) a Literatura não possui uma única função ou propósito; c) um romance pode ser valioso em vários sentidos que só são descobertos pela prática de ler, olhar ou escutar, mas nunca mediante uma reflexão abstrata; d) o intérprete da Arte é capaz de alcançar a melhor resposta para a questão substantiva colocada pela interpretação; e e) a superação da interpretação do autor como modelo ideal de interpretação de uma obra.

Em razão desses pressupostos, o autor desenvolveu a ideia de romance em cadeia, cabendo a cada novo romancista a dupla responsabilidade de interpretar e criar, de modo a buscar não só a coerência com os capítulos precedentes, mas também proporcionar uma integridade do novo capítulo com o propósito que subjaz ao romance e mostrar aquela história a partir de um consenso de convicção. Para tanto, toda nova interpretação deveria passar por um duplo teste: deveria ajustar-se às práticas do passado (dimensão do ajuste) e demonstrar sua finalidade ou valor (dimensão da substância). A dimensão do ajuste reclamou uma preocupação com as práticas do passado em relação ao presente, a fim de que cada novo capítulo mantivesse um grau de relação com os anteriores, ao passo que a dimensão do ajuste possuiria uma preocupação com a finalidade, o valor ou o princípio subjacente a tais práticas e de que forma a nova interpretação mostraria determinada sociedade. Ressalte-se que a imparcialidade processual constituiu a essência da dimensão do ajuste, do mesmo modo que a justiça

substantiva constituiu a essência da dimensão da substância. Apesar dessa aproximação entre a Arte e o Direito, o Direito não se apresentaria como empreendimento artístico, mas como um empreendimento político que se funda em uma relação especial entre a Ética e a Moral, baseada no “princípio de Kant”.

A relação entre o Direito e a Moral teria por base uma “estrutura em árvore” (*tree structure*), na qual o Direito se apresenta como um ramo da Moral política e a Moral política com um ramo de um tronco ainda maior, qual seja, a Moral. Com isso, Dworkin estabeleceu o “princípio de Kant” como elemento central do interpretativismo, em uma relação entre a Ética (estudo de como viver bem) e a Moral (estudo de como devemos tratar as outras pessoas), não como conflitantes entre si, mas como complementares e necessárias para a adequada interpretação das práticas jurídicas e dos direitos fundamentais. Trata-se de uma base valorativa, superando a ideia de pureza tão defendida pelo Positivismo Jurídico.

Esse caráter substancial das práticas jurídicas originou, necessariamente, a existência de respostas corretas para o caso que se analisa. Afinal, se cada caso concreto possui um grau determinado de impacto na rede de valores que subjazem à tomada de decisão, é impossível aceitar que todas as respostas possuam o mesmo grau de legitimidade em relação aos direitos envolvidos. A ideia que se apresentou no centro dessa discussão foi a compreensão da unidade do valor, na medida em que Dworkin refutou a possibilidade de colisão de direitos fundamentais, tão defendida ainda hoje, por exemplo por Alexy e a sua teorização da proporcionalidade. Em síntese, tratou-se de uma percepção holística do Direito que se baseou na ideia de que a leitura mais adequada de um valor ou um direito deve levar em conta a rede de valores, em uma relação incidível com outros valores e direitos.

Compreender a qualidade da argumentação utilizada no âmbito do Direito apresentou-se como um ponto central dessa proposta hermenêutica. Não se admitiu a utilização de qualquer argumento. A fim de preservar a integridade do Direito e evitar a utilização de padrões extrajurídicos (em especial nos casos difíceis), Dworkin distinguiu argumentos de princípio e argumentos de política, como pressuposto da argumentação válida no âmbito das práticas jurídicas. O argumento de política buscaria um fim coletivo, baseando-se em aspectos econômicos, políticos e sociais da comunidade. Já o argumento de princípio, ao contrário, analisaria se uma pessoa é detentora de algum direito, tendo por referência uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade na qual a sociedade está inserida. Em conclusão, o argumento de política não se apresentou como um argumento

válido para o Direito, pois sua utilização acarretaria o necessário poder de criação para o intérprete — o juiz, o administrador... —, atuando como se legislador fosse.

O Direito como integridade e as críticas apresentadas ao Positivismo Jurídico foram trabalhadas por Dworkin de forma preponderante pela lente do magistrado. As seções quatro e cinco da tese se constituíram como propositivos no sentido de pensar a interpretação jurídica para além da jurisdição, aplicando-a no âmbito da Polícia Judiciária, seja em sua atividade administrativa (atividade administrativa típica), seja em sua atividade investigativa (atividade híbrida, como elementos do Direito Administrativo e do Direito de Processo Penal).

A quarta seção teve como ponto de partida situar a atividade administrativa no âmbito da Filosofia da Linguagem e, de modo mais específico, após o giro linguístico, buscando superar a classificação dos atos administrativos em discricionários e vinculados. Enquanto no ato vinculado a interpretação se mostrava desnecessária, pelo fato de a lei apresentar todos os elementos necessários para delimitação do fato, no ato discricionário a interpretação estava à disposição do intérprete para sua utilização, por ser necessário complementar o sentido da regra. No entanto, a linguagem não se mostra como uma ferramenta ou um instrumento que está à disposição do sujeito, que poderia utilizá-la ou não, de acordo com a sua necessidade ou vontade. Tudo o que ocorre já acontece na dimensão da linguagem, que se revela constitutiva do ser e do mundo a sua volta. Por isso, verificou-se uma relação direta e incindível entre interpretar e aplicar o Direito, mesmo nos atos supostamente vinculados. Os casos não são fáceis (atos vinculados) ou difíceis (atos discricionários), mas as perguntas feitas podem possuir (ou não) respostas evidentes, demonstrando, na verdade, uma maior ou menor profundidade da dimensão hermenêutica.

Esse novo olhar sobre o Direito Administrativo brasileiro e a perspectiva teórica dworkiniana trouxeram graves problemas para algumas das premissas gestadas nesse ramo do Direito à luz da doutrina pátria que sempre se ocupou do tema, como a questão envolvendo o princípio da legalidade. De modo geral, a ideia de legalidade sempre foi vinculada à identificação da regra válida como limite para a atuação administrativa. A ideia de consenso, de regra ou mesmo de vinculação como limite para a atuação da Administração Pública carrega em si os equívocos inerentes à Filosofia da Consciência (por acreditar que a linguagem era um instrumento à disposição do aplicador da norma). Ao contrário, Dworkin inseriu na legalidade — e, como consequência, na identificação da validade de uma regra — a premissa de que uma regra só seria válida (no sentido de coercitiva) se em conformidade com algum conteúdo moral que a

fundamenta. E mais, não só as regras, mas também os princípios fariam parte da estrutura da legalidade e se apresentariam como padrões jurídicos morais vinculantes (coercitivos). A atuação do Poder Público, com isso, ganharia uma nova dimensão, uma base valorativa e uma responsabilidade interpretativa, capaz de perceber que todo ato administrativo deve ser justificado e compreendido a partir da própria sociedade da qual ele faz parte.

Assim pensada a atuação administrativa, a necessidade de fundamentação de todo ato administrativo se apresentou não só como condição de validade do ato, mas também como meio que possibilitou o seu efetivo controle interno e externo. O tema da fundamentação ganhou maior relevância por causa do positivismo à brasileira, cuja existência foi comprovada em pesquisa empírica sobre o ato de remoção do delegado de polícia, devidamente detalhada na segunda seção, seja pela completa ausência de fundamentação, seja pelo uso de fundamentação genérica (conceitos jurídicos indeterminados) e sem vínculo com o caso concreto. Verificou-se que a Polícia Judiciária do Estado do Espírito Santo, após rejeitar a fundamentação como condição de validade do ato administrativo por muitos anos, considerou ser suficiente, na maioria dos casos, fundamentar o ato de remoção do delegado de polícia na expressão genérica (e performática) “no interesse do serviço”, essa concebida como decorrência do princípio da supremacia do interesse público.

Com isso, um passo necessário para repensar a fundamentação do ato de remoção do delegado de polícia passou pelo redimensionamento do princípio da supremacia do interesse público no contexto do Direito como integridade. Em linhas gerais, verificou-se que esse princípio constituiria um fim em si mesmo, na medida em que ele se apoiaria em uma premissa que praticamente não comporta refutação, qual seja, a premissa de que o agir administrativo — por ser fundamentado na coletividade — subjugaria o interesse privado, praticamente desconsiderando a influência que esse pode e deve ter na Administração Pública. Com o propósito de superar tal cenário, a dignidade da pessoa humana foi integrada ao princípio da supremacia do interesse público por se constituir no núcleo central dos direitos à luz da compreensão de Dworkin. As duas estruturas centrais da dignidade da pessoa humana, quais sejam, o princípio do respeito próprio e o princípio da autenticidade, reformularam a ideia de supremacia do interesse público, que deixou de possuir preferência em relação aos demais direitos fundamentais e se apresentou como mais um valor ou direito integrante de uma rede mais complexa de valores.

O avançar sobre o estudo do ato de remoção do delegado de polícia, tendo como pressupostos a Filosofia da Linguagem, a reformulação dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público e também a necessidade de uma fundamentação à luz do Direito como integridade, reclamou um novo olhar sob as práticas administrativas e a sua relação com o romance em cadeia que subjaz a tais práticas. A Constituição Federal de 1988 não foi suficiente para mudar esse quadro (BRASIL, 1988), a Lei nº 8.112 também não (BRASIL, 1990), do mesmo modo que a Lei nº 9.784 (BRASIL, 1999b) não conseguiu alterar o cenário apresentado, sendo necessária uma lei específica para o cargo de delegado de polícia, qual seja, a Lei nº 12.830 (BRASIL, 2013) para, ao final, a Administração Pública fazer uso de fundamentação genérica sem contextualização fática e manter os equívocos até então existentes, vistos como legítimos pelo Positivismo Jurídico. Essa cadeia de atos legislativos possuiu singular relevância no ato de remoção do delegado de polícia que, sempre vale a pena lembrar, foi historicamente visto pela Administração Pública como um ato que nem mesmo de fundamentação precisaria. Ao contrário, o fundamento desse ato deve considerar, entre outros valores e direitos presentes, a democracia como fruto das reiterações legislativas e constitucionais, o princípio da publicidade, a autonomia da investigação e os direitos fundamentais dos afetados pela investigação policial.

Apesar do corte metodológico para direcionar o estudo para o ato de remoção do cargo de delegado de polícia, essas premissas reformularam a postura que se espera do administrador na condução da atividade administrativa como um todo e serviram como base também para repensar a investigação criminal, tema trabalhado na quinta seção. Resgatou-se a ideia do Positivismo Jurídico à brasileira, trabalhada na segunda seção, ao situar o poder investigativo do delegado de polícia como um poder administrativo fundamentado em uma atuação discricionária, de modo a trazer todos os problemas do Positivismo Jurídico para o contexto da investigação policial. De forma emblemática, verificou-se que alguns autores apontaram a discricionariedade como uma característica do inquérito policial (e não da postura daquele que o preside), evidenciando o fato de desconhecerem a existência de divergências teóricas inerentes ao Direito.

Tal cenário é potencializado, de acordo com tais autores, pelo fato de o inquérito policial não possuir um rito pré-definido. Em uma concepção positivista, durante o inquérito policial, as regras procedimentais confeririam à autoridade policial o poder de escolher o trâmite mais conveniente e oportuno para determinado caso. Ao mudar o foco de análise do tema a fim de compreender como ele se apresenta a partir de artigos escritos por delegados de polícia,

constatou-se duas conclusões: os autores trabalharam com a questão da discricionariedade do inquérito policial tendo como referência a doutrina administrativista e, ao examinarem a questão da discricionariedade, eles a entenderam como algo inerente à atuação do delegado de polícia, como se estivessem descrevendo a atividade no dia a dia da investigação policial, sem a qual não seria possível conduzir a investigação criminal. Em outras palavras, a leitura que os delegados de polícia fazem da investigação criminal segue os mesmos passos dos livros sobre a temática no Brasil.

No entanto, verificou-se que qualquer proposta de leitura do mundo traz em si alguma concepção de justiça, democracia ou liberdade e, por conseguinte, um conceito de Direito que se mostra constitutivo daquele que analisa as práticas jurídicas. Esse conceito de Direito reflete na superação dos problemas presentes no Positivismo Jurídico, de modo que a atuação dos delegados de polícia é impregnada por uma proposta teórica que leva os direitos a sério e compreende que o verdadeiro fundamento do Direito não decorre, somente, da vinculação consensual de uma regra, mas sim dos fundamentos substanciais que lhe dão suporte e mostram o Direito à luz dos princípios e dos valores que subjazem em determinada sociedade, tal como se verificou no emblemático exemplo do princípio da insignificância. O reconhecimento do caráter interpretativo e do caráter moral do princípio da insignificância possibilitam a gradação do poder coercitivo do Estado, de modo a tornar possível a tipificação de um fato como crime nos casos em que exista um real motivo para além do mero tipo penal presente na legislação pátria.

O repensar da investigação criminal, no entanto, não se limita a uma nova postura daquele que a preside, de modo que uma necessária expansão da integridade demanda um novo olhar sobre determinadas compreensões relativas ao funcionamento da investigação criminal e do poder decisório do delegado de polícia. Desse modo, o tema foi trabalhado a partir de quatro pontos que também necessitaram de releitura, a fim de serem compatibilizados com os aspectos da teoria em estudo.

O primeiro tema tratou da questão relativa à postura do investigado, que poderia se apresentar como um sujeito de direitos ou objeto da investigação criminal. A partir do debate de Jakobs e Meliá no âmbito do Direito penal do inimigo e do Direito penal do cidadão, verificou-se que o Direito como integridade consiste em uma proposta que se funda em uma rede de valores que guarda relação com o Direito penal do cidadão, de modo a tratar todos os investigados ou indiciados como sujeitos de Direito.

O segundo tema teve por referência a ideia de imparcialidade processual como a essência do ajuste, tema estudado por ocasião da estrutura do romance em cadeia. Mesmo que se relute em aceitar a imparcialidade como pressuposto para a atuação do delegado de polícia em razão dos argumentos contrários (como a questão da iniciativa provatória ampla, a inexistência do contraditório ou ampla defesa plenos e inexistência de previsão legal ou constitucional sobre o tema) ou mesmo de outros tantos que podem ser imaginados, algum grau dessa imparcialidade deve necessariamente existir na investigação criminal, por ser colocada como pressuposto do Direito como integridade ou mesmo do sistema constitucional vigente, cenário que aproximou o estudo do tema da impessoalidade. Como consequência, conclui-se que: a) o art. 307 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pelo sistema constitucional vigente; b) o dever de suspeição dos delegados de polícia se revela como mandatário, sob pena de nulidade dos elementos de informação; e c) a finalidade da investigação não pode ser o fornecimento de justa causa para uma futura ação penal, mas a apuração das infrações penais.

O terceiro tema guardou relação com o aspecto procedimental do Direito como integridade, a consequente influência do investigado ou indiciado na investigação criminal e a abertura do procedimento para terceiros. O “princípio de Kant” se constituiu como o núcleo de diálogo entre as teorias de Habermas e Dworkin, tendo como estrutura central para essa integração a leitura moral da dignidade da pessoa humana, analisada na seção quatro. O princípio da inclusão ou universalidade, considerado verdadeira regra de ouro de qualquer proposta de que se intitule democrática, requer a participação do investigado (ou indiciado) na investigação criminal e sua efetiva influência no procedimento, a fim de que possa se ver, também, como autor da decisão final ou do ato de indiciamento. De igual modo, o Estado deveria ter uma postura proativa em conferir aos envolvidos iguais direitos às liberdades subjetivas e comunicacionais, de modo a possibilitar a incorporação ao procedimento de terceiros que inicialmente dele não fariam parte ou não tinha como dele fazer (audiências públicas, *amicus curiae*, questionários e palestras são alguns exemplos de abertura do procedimento).

O quarto tema abordou a limitação que a doutrina impôs ao ato de indiciamento ou ao relatório final do inquérito policial e a sua relação com o Direito como integridade. De acordo com parte da doutrina, o delegado de polícia não possuiria atribuição para analisar questões relativas à ilicitude, culpabilidade ou mesmo relativas à extinção da punibilidade. Por outro lado, não pode ser conferido àquele que possui o poder decisório a possibilidade de não se manifestar sobre determinado argumento levantado pelos que participaram do procedimento.

Trata-se, também, de uma consequência do aspecto procedimental do Direito como integridade. É por isso que a decisão final deve ser reflexo dos argumentos apresentados, mesmo que esse ponto de vista seja juridicamente refutado ou mesmo que fundamente eventual pedido de arquivamento do inquérito policial.

Esses quatro temas, somados à nova leitura dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, serviram para mostrar a potencialidade de um conceito de Direito pensado à luz do Estado Democrático de Direito. Deve-se ir além, muito além da superação de alguns pressupostos positivistas que há décadas impregnam a atuação da Polícia Judiciária, seja nas práticas administrativas que lhe dão suporte, seja em sua atuação investigativa. É preciso ressignificar cada valor e cada direito de uma sociedade e localizá-los dentro de uma complexa rede estruturada em uma peculiar relação entre a Moral e a Ética, a fim de realmente compreender o significado (e as consequências) de uma pergunta que há tempos inquieta vários teóricos do Direito e que desvela a relação que cada pessoa possui com as práticas jurídicas e sociais. Afinal, o que é o Direito?

Essa pergunta, mesmo que o intérprete não compreenda o significado, constitui o seu paradigma e impõe a sua condição no mundo, influenciando e direcionando cada tomada de decisão. Não se trata, portanto, de um questionamento secundário, de uma questão que pode ser ignorada ou mesmo de uma resposta vazia e sem significado. A compreensão dessa pergunta — e a resposta apresentada — direcionará cada tomada de decisão e mostrará o tipo de sociedade que se deseja, bem como o perfil do cidadão que se busca. Assim, tudo se apresenta interligado, sem existir uma linha que seja capaz de distinguir a interpretação, o Direito, a sociedade, a Moral e a Ética.

O Estado Democrático de Direito demanda uma nova perspectiva para iluminar as suas decisões, de modo que não resta outro caminho que não seja o abandono da discricionariedade, ainda que isso não signifique o fim da indeterminação do Direito ou o retorno da subsunção. O Direito assim pensado não busca sua legitimidade no poder, no processo ou na autoridade responsável pela tomada de decisão. Ao contrário, o Direito como integridade projeta na sociedade e em cada cidadão uma responsabilidade política na construção do romance que subjaz a cada interpretação, uma responsabilidade contestadora que coloca um princípio ou um valor acima da prática jurídica, uma responsabilidade argumentativa que reconhece a dimensão da linguagem e da interpretação como constitutivas da prática.

Se o mundo é linguagem e tudo ocorre no âmbito da hermenêutica, o Direito só pode, consequentemente, ser pensado na dimensão da Filosofia da Linguagem, integrando as práticas jurídicas aos princípios socialmente reconhecidos e moralmente estruturados. Isso representa uma característica central do Direito, qual seja, a sua atitude fraterna, capaz de compreender como cada pessoa, apesar de projetos e interesses particulares, é unida por aspectos substanciais da comunidade da qual faz parte.

Repensar o Direito brasileiro para além do Positivismo Jurídico, em especial no Direito Administrativo e na investigação policial, representou um primeiro passo dado por este trabalho. Uma percepção mais holística impõe a necessidade, ou melhor, o dever de refletir sobre cada aspecto do Direito Administrativo e da investigação criminal, em especial aqueles que sempre foram considerados pontos pacíficos pelos livros que tratam sobre os temas. Afinal — e vale a pena sempre repetir — uma reinterpretação muito abrangente dos valores políticos não deixa nada exatamente como era antes!

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da ponderação à brasileira. **Revista de Processo**, n. 269, p. 109-138, jun. 2017. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br>>. Acesso em 27 ago. 2017.
- ABBOUD, Georges. **Discrecionalidade administrativa e judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. **Derecho y razón práctica**. Tradução de Manuel Atienza. 1998. Disponível em <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2017.
- ANSELMO, Marcio Adriano. **Ato de indiciamento deve ser devidamente fundamentado**. Texto disponibilizado em 13 out. 2015. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-13/academia-policial-ato-indiciamento-devidamente-fundamentado>>. Acesso em: 8 out. 2017.
- A QUESTÃO DOS PARADIGMAS. Documentário. Produção: Chart House, Learning Corporation. [S.l.], [199?]. 1 videocassete (38 minutos e 20 segundos), VHS, son., color.
- APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ASSIS, Joaquim Maria Machado de. **Ideias de canário**. São Paulo: Hedra, 2012.
- AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.
- ÁVILA, Simon Bolivar. **O MP e o poder discricionário da autoridade policial**. Texto disponibilizado em 19 set. 2009. In: Praia de Xangri-lá. Disponível em: <<http://praiadexangrila.com.br/o-mp-e-o-poder-discricionario-da-autoridade-policial/>>. Acesso em: 8 out. 2017.
- BADARÓ, Gustavo. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BAHIA, Alexandre. Ingeborg Maus e o Judiciário como superego da sociedade. **Revista CEJ**, [online], v. 9, n. 30, jul./set. 2005. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/672/852>>. Acesso em: 26 set. 2017.
- BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Delegado natural é princípio basilar da devida investigação criminal**. Texto disponibilizado em 6 out. 2015. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-06/academia-policial-delegado-natural-principio-basilar-investigacao-criminal#_ftnref9>. Acesso em 5 dez. 2017.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-Modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

BENJAMIN, Cássio Corrêa; SOUZA, Eron Geraldo. O problema da interpretação em Kelsen. **Revista da Faculdade de Direito da UFG** [online], v.34, n. 1, p. 132-148, jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/9969/9524>>. Acesso em: 5 ago. 2017.

BERLIN, Isaiah. **The Hedgehog and the fox**. Disponível em: <http://www.blogs.hss.ed.ac.uk/crag/files/2016/06/the_hedgehog_and_the_fox-berlin.pdf>. Acesso em: 5 out. 2017.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [S.l.], v. 20, n. 98, p. 117-148, set./out. 2012.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. In: Portal da Legislação. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/codigos-1>>. Acesso em: 14 de jan. 2018.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. In: Portal da Legislação. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/codigos-1>>. Acesso em: 14 de jan. 2018.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. In: Portal da Legislação. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/codigos-1>>. Acesso em: 14 de jan. 2018.

_____. **Código de Trânsito Brasileiro**. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. In: Portal da Legislação. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/codigos-1>>. Acesso em: 14 de jan. 2018.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: Portal da Legislação. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/codigos-1>>. Acesso em: 14 de jan. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei nº 6.815**, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Brasília, 1980. (Revogada pela Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração).

_____. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 14 jan. 2018.

_____. **Lei nº 6.385**, de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Brasília, 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm>. Acesso em: 14 jan. 2018.

_____. **Lei nº 9.882**, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, 1999a. In: Portal da Legislação. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias/1999>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

_____. **Lei nº 12.830**, de 20 de dezembro de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm>. Acesso em: 2 jan. 2018.

_____. **Lei nº 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 11 jan. 2018.

_____. **Lei nº 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 13 jan. 2018.

_____. **Lei nº 13.245**, de 12 de janeiro de 2016. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm>. Acesso em: 14 jan. 2018.

_____. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, 1999b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 2 jan. 2018.

_____. **Lei nº 8.884**, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Mensagem de veto. Brasília, 1994. In: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/leis>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.681**, de 4 de julho de 2012. Institui o Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais e sobre Drogas - SINESP; altera as Leis nºs 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, e 11.530, de 24 de outubro de 2007, a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal; e revoga dispositivo da Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112681.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. **Lei nº 9.613**, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 14 jan. 2018.

_____. **Lei nº 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1999c. In: Portal da Legislação. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias/1999>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

_____. **Lei nº 12.037**, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 14 jan. 2018.

_____. **Lei nº 13.344**, de 6 de outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. **Lei nº 9.503**, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 9 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Brasília, 1980. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_1980.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2018.

BRUTTI, Roger Spode. **Concepções acerca do poder discricionário da atividade policial**. Texto disponibilizado em [201?]. In: Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1314&revista_caderno=4>. Acesso em: 8 out. 2017.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAL, Rafael Vieira da. A árvore. In: **Coletânea de Contos & Crônicas**. Vitória: EDUFES, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.ufes.br/bitstream/10/1509/1/Coletanea%20de%20contos%20%26%20cronicas.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. 1v.

CAMPOS, Pedro Henrique Resende Teixeira. **O poder discricionário do delegado de polícia civil**. Texto disponibilizado em 13 ago. 2015. In: Revista da Defesa Social & Portal Nacional dos Delegados. Disponível em: <<http://delegados.com.br/juridico/o-poder-discricionario-do-delegado-de-policia-civil>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Gen, 2016.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista brasileira de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 573-586, 1999.

_____. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 88, p. 81-108, dez. 2003.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; SANNINI NETO, Francisco. **Independência funcional é prerrogativa do delegado e garantia da sociedade**. Texto disponibilizado em 2 jun. 2016. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-02/independencia-funcional-prerrogativa-delegado>>. Acesso em: 8 out. 2017.

CATTONI, Marcelo. **Devido processo legislativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CAVALCANTI, Themístocles. **Instituições de Direito Administrativo brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/6988_V2/PDF/6988_V2.pdf>. Acesso em 2 jul. 2017.

COURA, Alexandre de Castro. **Hermenêutica e jurisdição (in) constitucional**: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

COURA, Alexandre de Castro; AZEVEDO, Silvagner Andrade de. Interpretação Constitucional e os Desafios para a Jurisdição no Estado Democrático de Direito. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza: CONPEDI, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/>>. Acesso em: 20 maio 2017.

COURA, Alexandre de Castro. Sobre discricionariedade e decisionismo na interpretação em Kelsen. In: FARO, Julio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo (Org.). **A**

diversidade do pensamento em Hans Kelsen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, v. 1, p. 131-140.

COURA, Alexandre de Castro; BEDÊ JUNIOR., Américo. Existe uma resposta correta sobre o problema da resposta correta no direito? **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, [online], n. 41, p. 681-695, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n41/a20.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

COURA, Alexandre de Castro; ZANOTTI, Bruno Taufner. Pós-Positivismo Jurídico e a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. **Revista Nomos**. Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 53-69, 2014. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/>>. Acesso em: 5 jan. 2015.

COURA, Alexandre de Castro; ROCHA, Livia Avance. Tutela Jurisdicional do meio ambiente e o fenômeno da colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do STF e do STJ. **Revista de Direito Ambiental**, [online], v. 19, n. 76, p. 37-61, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

CRETELLA JÚNIOR, José; CRETELLA, Agnes. Vida e obra de Hans Kelsen. In: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: versão condensada pelo próprio autor. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 17-18.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. Hermenêutica jurídica em Kelsen: apontamentos críticos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 45, n. 180, p. 279-291, out./dez. 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v.1.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes: 2005.

_____. **Is democracy possible here?** New Jersey: Princeton University Press, 2006.

_____. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes: 2011a.

_____. O que é uma vida boa? Tradução de Emilio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Freire. **Revista direito GV**, v. 14, p. 607-616., jul./dez. 2011b. Disponível em <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/edicao/revista-direito-gv-14>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

_____. **Justiça para ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Constituição (1989). **Constituição [do] Estado do Espírito Santo 1989**. Vitória: Assembleia Legislativa, 1989.

FONTAINE, Jean de la. **Fábulas**. Tradução de Françoise Reverdy. Bangkok: Orch, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAMBOA, Silvio Áncizar Sánchez. O debate da pós-modernidade: as teorias do conhecimento em jogo. **Filosofia e Educação**, v. 2, n. 2, p. 74-98, out. 2010/mar. 2011. Disponível em: <<http://ojs.fe.unicamp.br/ged/rfe/article/viewFile/2170/2039>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

_____. **Reações ao giro linguístico**: o resgate da ontologia ou do real, independente da consciência e da linguagem. Porto Alegre: CBCE, 2009.

GARCIA, Ismar Estulano; PIMENTA, Breno Estulano. **Procedimento policial**: inquérito e termo circunstanciado. Goiânia: AB, 2009.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prefácio. In: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. **Delegado de Polícia em Ação**. 5 ed. Bahia: Juspodivm, 2017.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de Teoria Política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2007.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. v. 1.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. v. 2.

HARGER JUNIOR, João Carlos. A insignificância como sintoma da crise dogmática do direito penal e sua autonomia nos crimes tributários. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [S.l.], v. 23, n. 117, p. 17-50, nov./dez. 2015.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

_____. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LADEUR, Karl-Heinz; CAMPOS, Ricardo. Entre teorias e espantalhos-deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens. Tradução de Ricardo Campos. In: CAMPOS, Ricardo (Org.). **Crítica da ponderação**: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Niterói: Impetus, 2011.

_____. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 12. ed. Paris: Dalloz, 1999.

LUCHI, José Pedro. **A superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas**: a questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade. Roma: Pontificia Università Gregoriana, 1999.

LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. **Revista Brasileira GV**, v. 15. n. 1, p. 203-236, jan./jun. 2012.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Apresentação. In: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MADALENA, Luis Henrique. **Discricionariedade administrativa e hermenêutica**. Bahia: Juspodivm, 2016.

MALACHIAS, Bolivar. **Manual do Delegado de Polícia**. 2. ed. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1987.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos estudos, CEBRAP**, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELCHIOR, Antonio Pedro; MALAN, Diogo; BARROS, Victoria-Amália de; SULOCKI, Carvalho Gozdawa. **Autoritarismo e processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MELIÁ, Manuel Cancio. Direito penal do inimigo? In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. Coord. Lenio Luiz Streck. Bahia: Juspodivm, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Forense, 1976.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. Bahia: Juspodivm, 2017.

NARLOCH, Leandro. **Guia politicamente incorreto da história do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Leya, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Delegado natural**. Texto disponibilizado em 18 fev. 2016. In: Guilherme Nucci. Disponível em: < <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/delegado-natural>>. Acesso em: 5 dez. 2017.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

OMMATI, José Emílio Medaur. **Teoria da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015a.

_____. Sobre a relação entre Ética e Moral a partir de uma teoria da decisão judicial. **Pensamento Jurídico - Revista da Faculdade Autônoma de Direito**, v. 8, p. 90-102, 2015b.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho**, n. 8, p.101-130, 2007. Disponível em: <www.derecho.uba.ar>. Acesso em 27 ago. 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medaur. De que maneira a Administração Pública se vincula ao princípio da dignidade da pessoa humana? A resposta de um ouriço sob os pressupostos do pensamento de Ronald Dworkin. In: OMMATI, José Emílio Medaur (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

POSCHER, Ralf. Teoria de um fantasma: a malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto. Tradução de Eduardo Vandré Lema Garcia. In: CAMPOS, Ricardo. (Org.) **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 11. ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSS, Alf Niels Christian. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2000. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. Disponível em: <https://juristasfraternitas.files.wordpress.com/2012/01/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin.pdf>. Acesso em 18 out. 2017.

SAAVEDRA, Miguel de Cervantes. **Dom Quixote de la Mancha**. Tradução dos Viscondes de Castilho e Azevedo. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Versão Digital. Disponível em: <www.passeidireito.com>. Acesso em: 22 ago. 2017.

SHAKESPEARE, William. **Medida por medida**. Tradução de Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **É possível fazer direito sem interpretar?** 2012a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/secoes/colunas/senso-incomum>>. Acesso em: 22 dez. 2012.

_____. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Poder legislativo não deve revogar decisões judiciais**. 2012b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-31/senso-incomum-problema-ativismo-judicial-nao-resolvido-pec>>. Acesso em: 26 jul. 2012.

_____. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012c.

TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. **Revista Brasileira de Direitos Constitucionais**, Belo Horizonte, a. 1, n 1, jan. 2007. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/6092>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva: 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal**: parte general. 2. ed. e 4. reimp.
Buenos Aires: Ediar, 2010.