MITOS E IDEOLOGIAS CONSTITUCIONAIS. REFLEXÕES SOBRE A "NEUTRALIDADE" DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MYTHS AND CONSTITUTIONAL IDEOLOGIES. CONSIDERATIONS ABOUT THE "NEUTRALITY" OF SUPREME COURT

SORAYA REGINA GASPARETTO LUNARDI*

Recebido para publicação em julho de 2005

Resumo: O presente estudo examina a difundida tese da neutralidade (política) das decisões do Supremo Tribunal Federal. Mediante referências às relações entre o sistema social e o sistema jurídico, aos problemas da interpretação jurídica e à função social da ideologia e dos mitos busca-se averiguar o papel da tese da neutralidade da função jurisdicional. Para verificar as possibilidades da neutralidade realizamos um estudo de caso, analisando criticamente algumas decisões do Supremo Tribunal Federal.
Palavras-chave: Ideologia. Interpretação jurídica. Neutralidade. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This essay examines the diffused thesis of neutrality (political) for decisions of Supreme Court. Through the references of relationships between the social system and the judicial system, the problems of juridical interpretation and the social function of ideology and the myths, in search of neutral thesis of juridical function. To verify the possibilities of neutrality we realize a study of case, analysing with appreciation some decisions of Supreme Court.
Key words: Ideology. Juridical interpretation. Neutrality. Supreme Court.

1. Introdução

Na teoria do direito contemporâneo é pacífico que inexiste "pureza". A criação e aplicação do direito estão comprometidas com o social, com o político, com o econômico, constituindo, em última análise, um discurso de poder.[1] Por outro lado, o saber teórico sobre o direito, como conhecimento, é interessado, sendo impossível à neutralidade.[2]

O presente estudo se propõe a realizar uma análise crítica da difundida tese sobre a neutralidade (ou pura tecnicidade) das decisões do STF. A pergunta poderia ser: O Tribunal Constitucional é um órgão político? Suas decisões podem ser classificadas como políticas?[3]

Em razão das características do tema necessário se faz um enfoque de teoria do direito (constitucional), motivo pelo qual apresentaremos algumas reflexões sobre o sistema social e o sistema jurídico. O que interessa mais diretamente são as ideologias ligadas à neutralidade do juiz, buscando averiguar qual é a função da neutralidade política do poder judiciário. Isso nos remonta imediatamente ao problema do sentido e da função social das ideologias e dos mitos no campo do direito.

Em contraponto apresentamos as formas da neutralização do poder judiciário sob o argumento de que há que se conservar a imparcialidade no âmbito da aplicação da lei. Para verificar as possibilidades da neutralidade judicial realizaremos um estudo

* Mestre em Direito (ITE/Bauru) e Doutoranda em Direito (PUC/SP). Professora de Direito Processual Civil (ITE/Bauru), onde também é Professora Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa Docente e do Núcleo de Pesquisas e Integração do Centro de Pós-Graduação. Professora de Cursos de Pós-Graduação. Advogada.

de caso, analisando criticamente algumas decisões do Supremo Tribunal Federal. A pergunta é: as decisões foram tomadas mediante aplicação objetiva ("positivista") de normas vigentes ou em razão de imperativos decorrentes de mudanças e pressões socioculturais e políticas? Também ressaltamos a impossibilidade de um Tribunal trabalhar sem métodos, baseado somente em argumentos políticos, observando que "a falta de um rigoroso método de interpretação e aplicação da Constituição não garantem o acerto e segurança desejados".[4]

2. A interpretação jurídica

A interpretação jurídica, também denominada de hermenêutica, do grego hermeneuein, (*ερμηνεύειν*), se insere na teoria ou filosofia da interpretação que objetiva tornar compreensível o objeto de estudo, além de sua simples aparência e compreensão superficial.[5]

A palavra *hermeios* remete-nos para o deus Hermes que, segundo a mitologia grega, foi o descobridor da linguagem e da escrita. Hermes era tido como aquele que descobriu o objeto utilizado pela compreensão humana para alcançar o significado das coisas e para o transmitir a outras pessoas. O deus Hermes era vinculado a uma função de transmutação, transformando aquilo que a compreensão humana não alcançava em algo plenamente inteligível.[6]

Interpretar é conhecer, especialmente conhecer formas de expressão. Toda e qualquer forma de expressão, tudo que transmite ao homem alguma informação pode (deve) ser interpretado. Assim, também, as normas jurídicas são objeto de interpretação. Interpretar uma norma, segundo entendimento geral, é compreender seu significado e alcance.[7]

Quanto à interpretação das normas vigentes, parte da doutrina entende que ela se dá com base em valores: "insustentável o propósito de uma teoria da interpretação cega para o mundo dos valores e dos fins e, ainda mais, alheia ou indiferente à problemática filosófica".[8]

Outros doutrinadores, partidários da visão positivista, afirmam: "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".[9]

Em termos esquemáticos, apresenta-se aqui uma controvérsia entre os partidários de uma visão moralista ou claramente subjetivista que considera a interpretação como processo volitivo (o intérprete constrói o sentido das normas de acordo com valores e "precompreensões", ditados pelo momento social e histórico ou simplesmente por sua preferência pessoal) e os adeptos de uma visão positivista ou objetivista que considera a interpretação como processo cognitivo (o intérprete deve extrair do texto da norma seus possíveis significados, afastando qualquer preferência ou valor que não corresponde à vontade do legislador).[10]

Seria possível a neutralidade na interpretação do direito?[11] Ou se trata de uma ideologia? Essa interrogação desdobra-se em dois questionamentos diferentes.

Um primeiro tema de estudo é a possibilidade de delimitar as condições, requisitos e limitações da interpretação jurídica "correta" ou seja, da interpretação jurídica "como deveria ser"[12]. Esse estudo objetiva elaborar uma *teoria normativa da interpretação do direito* que serve como guia para o operador do direito.

Um segundo tema, que constitui o objeto desse trabalho, é a análise da atividade decisória de autoridades estatais. O objetivo desse estudo é *descritivo*. Estuda-

se a interpretação jurídica "como ela é"[13], em suas formas reais, conforme as opções e tendências dos intérpretes autorizados dos textos normativos. Isso permite entender a postura dos aplicadores do direito diante do problema da interpretação. Antes de realizar esse exame, respondendo a pergunta da possível neutralidade do aplicador do direito, se faz necessário apresentar as premissas de nosso pensamento.

3. Mito e ideologia

O pensamento mítico formou-se na Grécia, do séc. XXI ao VI a.C. Nasceu do desejo de dominação do mundo, para afugentar o medo e a insegurança. A verdade do mito não obedece à lógica nem da verdade empírica nem da verdade científica. É verdade intuída que não necessita de provas para ser aceita. É, portanto, uma intuição compreensiva da realidade, uma forma espontânea do homem situar-se no mundo.[14]

Os mitos acompanham os homens e sua evolução. Normalmente associa-se o conceito de mito à lenda, à mentira, à ilusão, à crença a ídolos. Ora o mito não é uma mentira, pois é verdadeiro para quem vive; orienta a vida e desempenha importantes funções sociais.[15] A narração de uma história mítica é uma atribuição de sentido ao mundo, sobre o qual a afetividade e a imaginação exercem importante papel. Não podemos afirmar também que o mito é uma ilusão, pois sua história tem uma racionalidade, mesmo que não tenha uma lógica, por trabalhar com a fantasia.[16]

O mito pode ser conceituado como uma constelação de crenças, sentimentos e imagens organizadas ao redor de um tema central, com a finalidade de auxiliar os indivíduos a confrontarem e elaborarem os desafios capitais da existência.[17]

Na linguagem corrente do século XIX, o mito indicava aquilo que se opunha à realidade.[18] Em verdade o mito muitas vezes se contrapõe à realidade, mas não é necessariamente o contrário da verdade. É tudo aquilo que se tem por verdadeiro, mas que, na verdade, pode não o ser. É o que se apregoa como verdadeiro, sem maiores indagações ou questionamentos. No desenvolver da história, os mitos têm sido muito importantes para a educação. Através dos mitos, a população passa a desenvolver certas crenças e em razão das crenças adota comportamentos em conformidade com o sentido mitológico.

"Após Freud, Jung, Neumann, Melanie Klein, Erich Fromm, Mircea Eliade, e isto para citar apenas alguns dos grandes pioneiros e seus seguidores, o mito enveredou por caminhos bem mais legítimos e genuínos: deixou de ser uma simples história da carochinha ou uma ficção, 'coisa inacreditável, sem realidade'. (...) Em relação à semiótica, temos um conceito feliz que liga a idéia do mito e da ideologia: 'o mito é uma forma específica de manifestação do ideológico no plano do discurso"; é "estereotipação semiológica da ideologia'".[19]

Tavares cita a representação mítica como "inegavelmente presente no pensamento de alguns sistemas políticos atuais, encontrando-se historicamente em todas as grandes culturas".[20] Estes conceitos, principalmente a ligação do mito e da ideologia, nos leva a questão que move este estudo: o mito da neutralidade na jurisprudência.

Não é tarefa fácil descobrir o que é mito e o que é explicação científica nas variadas circunstâncias da vida. No estudo do direito nos deparamos com essa dificuldade quando encontramos conceitos aceitos pela força da tradição e da autoridade e sempre com uma áurea de dogma.[21] A neutralidade dos juizes tem sido tratada como dogma no direito, sendo erigida à categoria de mito, em razão das diversas influências existentes nas decisões.

A ideologia da ciência jurídica e todas as influências sociais externas recebidas pelo sistema jurídico permitem que o juiz que atue, como dizia Montesquieu, apenas como "boca da lei"? Para demonstrar a cientificidade do direito, Kelsen acabou fortalecendo o mito da ciência impermeável a fatores externos. Como devemos entender a idéia de sistema jurídico em relação ao sistema social? Há influências ou devemos analisar o direito como sistema fechado que permite uma interpretação e aplicação estritamente objetivas?

É da pretensa desideologização dos conceitos e métodos de trabalho no direito que os juristas têm haurido os fundamentos para uma concepção politicamente asséptica de direito, jurisdição e ciência, concepção essa que, no entendimento de muitos, não passa de mito.[22]

4. Direito e neutralidade

"Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto".[23]

Assim começa Hans Kelsen sua *Teoria Pura do Direito*, em que procura escoimar o Direito de toda e qualquer influência de elementos que lhe são estranhos. Durante algum tempo a neutralidade do jurista foi apontada como virtude. Por outro lado, a maioria dos pensadores do direito no século XX, partindo das mais variadas premissas filosóficas e sociológicas, questionaram a neutralidade do aplicador do direito, chegando até a considerá-la inexistente.[24] Preferimos denominar a visão da neutralidade como mito, por entendermos ser uma construção necessária para a justificação ideológica (legitimidade) do sistema jurídico.

Temos também a possibilidade de considerar como dogmática jurídica o paradigma que busca estabelecer regras para aplicação eqüitativa da norma jurídica no caso concreto. A verdade é que essa leitura tem caráter ideológico. Pretende-se, através da dogmática, estabelecer paradigmas teóricos, cuja função é garantir a uniformidade e a segurança jurídica na interpretação da lei.[25]

A dificuldade em aceitar a pureza pretendida por Kelsen vem da idéia de ser o estudo do direito intimamente ligado à sociologia e a outras ciências humanas, o que lhe atribui características de sistema que depende de crenças e práticas sociais e de interesses políticos. Nenhuma ciência é pura, autônoma ou neutra; todas estão sujeitas a influências externas. O teórico crítico não pode perder a perspectiva global, limitando-se a uma visão fragmentada do estudo do direito.

Uma das abordagens mais criticadas é o positivismo jurídico que sofre principalmente a seguinte censura: não refletir sobre a origem histórica do seu pensamento, ignorando que atende a interesses políticos específicos e que se presta à apropriação de poderes econômicos que deseja ignorar.[26]

Por outro lado, não pretendemos pregar a liberdade dos juízes em relação à lei, nos termos reivindicados, por exemplo, pela Escola do Direito Livre. Esta linha de pensadores entendia necessário proporcionar uma grande independência ao juiz com relação aos métodos de interpretação, permitindo-se ao juiz corrigir e completar a lei, guiado por orientações subjetivas, com a valoração de interesses pelos próprios sentimentos e criando, ao lado ou no lugar do direito positivo, novas normas. Tivemos ainda, no mesmo espírito, a escola do "direito vivo", pregando um "desapego" à lei positiva.[27]

Buscamos assim o equilíbrio entre o direito puro pretendido por Kelsen e o

direito com uma "tendência de materialização da interpretação, isto é, pela introdução de elementos subjetivos e moralistas na interpretação".[28] Este (difícil) ponto de equilíbrio deverá também considerar a crítica à idéia de que a interpretação é destituída de qualquer subjetividade por parte do operador o qual apresenta uma série de elementos além da letra da lei, com a presença de sua vontade no ato de interpretação,[29] não passando a neutralidade de um mito imposto para justificar um modelo idealizado do direito, conforme uma teoria normativa da interpretação.

A questão torna-se ainda mais complexa quando analisamos a jurisdição constitucional que trata de questões formalmente jurídicas, mas materialmente políticas.[30]

5. Imparcialidade e neutralidade

Imparcial significa julgar sem paixão, de forma reta, "justa". É uma idéia ligada à legalidade sem a interferência consciente de um elemento externo que não a conformidade do texto normativo. Imparcialidade significa, em última instância, decisão de acordo com a Constituição Federal. A imparcialidade se apresenta como um dos principais pressupostos da segurança jurídica e como principal justificativa da interpretação "positivista".

Já a neutralidade está ligada ao conceito da ideologia. Todos temos uma carga de valores que influencia nossos conceitos, crenças e práticas sociais. A ideologia não é um elemento externo e sim um elemento subjetivo e inextricável. Logo a interpretação, especialmente do texto constitucional, esta sempre impregnada de elementos ideológicos, não podendo ser neutra, "isenta" e "objetiva".

As normas constitucionais apreciadas pelo STF possuem, na maioria dos casos, baixo grau de densidade normativa, permitindo maior "elasticidade" na interpretação. O problema está na forma de aplicação de fontes do direito de baixo grau de densidade. Devemos aqui analisar as regras de funcionamento do sistema jurídico, definindo as categorias de elementos que o compõem e sua aplicabilidade.

As normas de baixa densidade incluem os princípios gerais de direito, os princípios constitucionais e os conceitos indeterminados.[31]

a) Os princípios gerais de direito[32] são indicações de conduta que norteiam o legislador na elaboração da norma. Não se encontram positivados no sistema normativo. A partir da positivação, o princípio passa a ser cláusula geral, que continua apresentando conteúdo normativo baixo, mas gera direitos e obrigações.

b) Pertencem também ao sistema os princípios constitucionais,[33] entre os quais encontramos os princípios fundamentais que assumem o caráter de normas estruturais ou de calibração.[34] Essas últimas não integram diretamente o sistema jurídico sendo um elemento regulador da introdução e aplicação de normas.

c) Os conceitos legais indeterminados[35] são vagos, imprecisos e genéricos. Cabe ao julgador, preencher os vãos exercendo atividade concretizadora. Os conceitos legais indeterminados passam a ser conceitos determinados pela função que exercem no caso concreto, em razão de suas características e aplicabilidade, sendo resultado de vetores indicados pelo próprio sistema. Devem ser classificados como normas estruturais ou de calibração.

Considera-se que a utilização das várias espécies de regras e princípios oferece a possibilidade de resolver problemas pela via integrativa mediante decisões dos tribunais que interpretam e aplicam a Constituição Federal. Quando o STF atua como intérprete da Constituição e admite a constitucionalidade ou inconstitucional-

lidade de uma norma atribui à norma um conteúdo concreto existente no sistema, mas não especificamente na própria norma - especialmente nos casos complexos.[36]

Nesse sentido, a decisão de cada membro do Tribunal Constitucional inevitavelmente adota elementos extrajurídicos ou políticos. Por outro lado não perde seu caráter jurídico, que lhe confere legitimidade, uma vez que sujeita a decisão a critérios de direito e adota formas jurisdicionais, reduzindo o conflito a uma forma jurídica sem ignorar sua natureza política. Devemos "compreender a junção que há entre o político e o jurídico, nas decisões do Tribunal Constitucional, que não interferem a ponto de desmanchar essa última característica".[37]

6. Aspectos gerais dos sistemas normativos

Para analisar a dinâmica das decisões do STF adotamos a abordagem sistêmica para verificar elementos que podem influenciar a neutralidade da Corte Constitucional brasileira. Questões políticas influenciam a aplicação da Constituição Federal? Como atua o sistema político-social e o sistema jurídico?

Luhmann partiu da premissa que "é necessário ver e pesquisar o direito como estrutura e a sociedade como sistema em uma relação de interdependência recíproca".[38] No desenvolvimento de sua obra, Luhmann recorreu ao conceito, desenvolvido pela biologia, da *autopoiese* que metaforicamente foi aplicado aos sistemas sociais.[39] O sistema autopoiético é construído por quem observa. A sociedade é um grande sistema social que compreende todas as formas de comunicação. Esse sistema se divide em sistemas parciais como o econômico, o jurídico e o político. Todos esses são operativamente fechados, segundo Luhmann, já que a operação é a reprodução de um elemento do sistema fechado a partir dos elementos que compõem esse mesmo sistema.[40]

Simplificando, podemos dizer que, observado a partir da perspectiva da sociedade, o direito faz parte do sistema social global, mas quando o direito é observado a partir da própria perspectiva jurídica apresenta-se como um sistema fechado que utiliza seu próprio código de comunicação (lícito/ilícito) - e não códigos sociais em geral.

Os partidários da visão autopoiética consideram como principais características do sistema jurídico a alienação permanente e multiforme do direito em relação às suas origens sociais. O direito é cognitivamente aberto, pois consegue "aprender" e se transformar segundo estímulos sociais. Isso ocorre através de mudanças na legislação e nas demais práticas decisórias. Mas mesmo assim, o direito permanece estruturalmente (ou operativamente) fechado, pois funciona e se reproduz segundo seu próprio código, diferenciando-se e isolando-se de qualquer outro sistema social. Temos então as decisões como uma forma de acoplamento do sistema jurídico ao sistema social que não anula a autonomia do direito.[41]

Muitas vezes constatamos a ausência de fronteiras claras entre os diversos domínios de ação e de experiência. Isso prejudica a identidade e a autonomia do sistema jurídico em relação ao seu contexto social. Devido à falta de diferenciação adequada das esferas de comunicação a complexidade social resta insuficientemente ordenada ou é estruturada de maneira defeituosa. Isto conduz ao bloqueio da reprodução do direito que se revela impotente para delimitar essas fronteiras em face das pressões da sociedade.[42]

Podemos descrever o sistema jurídico da seguinte forma: "o direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultante de vigência simultânea; e coerência ou, talvez mais rigorosamente,

consistência; e unidade de sentido, e valor incorporado em regra".[43]

O fato das proposições normativas se encontrarem ordenadas implica na idéia de hierarquia das normas. Kelsen desenvolveu a temática partindo da premissa da unidade formal e da consistência absoluta do ordenamento jurídico, tendo como ápice da hierarquia as normas da Constituição no sentido formal.[44]

Essa idéia sobre sistemas nos permite questionar se a aplicação do direito pelo Supremo Tribunal Federal corresponde ao sistema cognitivamente aberto e estruturalmente fechado de Luhmann ou se, analisando as decisões, verificamos a abertura do sistema jurídico com "quebra" de seu código. "É preciso analisar nesse contexto, problemáticas relacionadas às pressões sociais específicas, que poderiam repercutir negativamente na atuação neutra que se espera do Tribunal Constitucional".[45] É o que tentamos a seguir.

7. O confronto da teoria e da prática

Como se reflete esta teoria sobre a estrutura e o funcionamento do sistema jurídico na prática? Há possibilidade de afirmar o fechamento do sistema jurídico? Consegue o julgador manter a neutralidade e a imparcialidade, necessárias para a exata aplicação de normas hierarquicamente superiores? A aplicação do direito se dá de forma científica ou técnica com base nos critérios e códigos estabelecidos pelo próprio sistema jurídico? O sistema social influencia diretamente o sistema jurídico? No intuito de sugerir alguma resposta a essas interrogações passamos para a análise de casos concretos.

7.1. Caso Antonio Carlos Magalhães[46]

Nesse acórdão de 1993 o STF examinou sua competência para o julgamento de queixa-crime contra um Ministro de Estado que deixou o cargo para se tornar Governador de Estado. Discutia-se a aplicação ou não da Súmula 394 do STF de seguinte teor: "Cometido crime durante o exercício funcional prevalece à competência especial por prerrogativa de função ainda que o inquérito ou ação penal seja iniciado após a cessação daquele exercício."

A questão a ser decidida era a seguinte: Governador que, no período de exercício de seu cargo, estava sendo processado criminalmente deveria ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) conforme prevê o art. 105, I, a da CF, já que é Governador, ou pelo STF em razão de, na época dos fatos, ter sido Ministro de Estado (art. 102, I, c da CF) e a Súmula 394 determinar a competência especial mesmo após a cessação de exercício da função?

No julgamento do STF, ponderou o Relator Min. Moreira Alves que "é notório que o querelado é governador do Estado, estando sujeito a processo perante o STJ (art. 105, I a da CF)". O Ministro demonstrou sua preocupação com a imparcialidade do poder judiciário em relação às influências políticas que a Constituição procura evitar.

"A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que *resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade*.[47] Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia

bilateral, garantia contra e a favor do acusado. A prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. (...) As prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos".

Contrariamente ao entendimento do Relator temos o entendimento do Min. Celso de Mello:

"O que induz a competência penal originária do Supremo Tribunal Federal é a natureza do cargo ou das funções em cujo exercício teria sido praticado o ilícito penal. Trata-se, neste caso, de competência fixada *ratione muneris*, em face de uma relação de contemporaneidade entre o desempenho da atividade pública e o suposto cometimento da prática delituosa, que se revela inalterável mesmo ante modificações supervenientes da situação jurídico-funcional do acusado. Os elementos existentes nestes autos evidenciam a configuração de clara situação caracterizadora de *perpetuatio jurisdictionis*, do que deriva - como necessário efeito conseqüencial - a subsistência da competência penal originária do STF para processar e julgar a presente causa, ajuizada em face de réu que, anteriormente, ostentava a condição funcional de Ministro de Estado e, hoje, titulariza o mandato de Governador de Estado. Com estas considerações, e pedindo vênia ao em. Relator, entendo aplicável ao caso o enunciado 394 da Súmula desta Corte e, rejeitando a preliminar suscitada, reconheço a competência do Supremo Tribunal Federal para o procedimento penal em causa".

Constatamos que o mesmo texto normativo é interpretado de maneiras incompatíveis entre si, gerando divergências sobre a possibilidade de sua aplicação no caso concreto. Tais situações não são raras no mundo jurídico, mesmo se provocam perplexidade do ponto de vista lógico e causariam estranheza no âmbito de ciências e técnicas "exatas". Basta imaginar a situação de um paciente que tendo feito simultaneamente o mesmo exame em dois laboratórios recebe resultados que se contradizem.

Seja como for, interessa nesse ponto refletir sobre os motivos de tal divergência. O texto da norma não é mais do que um conjunto de palavras escritas que veiculam a vontade do legislador. Ora, as palavras podem ser polissêmicas, obscuras ou claramente inapropriadas. Isso leva o julgador a buscar a *intenção legislativa*,[48] ou seja, aquilo que *ele* considera como tal intenção, optando pela interpretação que *ele* considera como a melhor.

A interpretação, conforme podemos constatar no julgado acima apresentado, é uma atividade científica livre, indagação do sentido da lei com amplas margens de discricionariedade do aplicador. Esta interpretação é uma atividade única, complexa, de natureza lógica e prática, consistindo em induzir de certas circunstâncias a vontade legislativa.[49]

Neste caso, e como normalmente ocorre, a Constituição Federal e a Súmula estabelecem previsões genéricas e ambíguas, sendo legítimas as dúvidas sobre o sentido dos termos "Ministro de Estado" e "Governador". Sabemos que em muitos casos a resposta é fácil, mas em outros casos, marcados pela complexidade e pela imprevisibilidade da vida real, pode se formular a pergunta se o termo "Ministro de Estado" abrange qualquer pessoa que exerceu o cargo de acordo com o art. 102 da CF ou se a *ratio legis* cessa a partir do momento em a pessoa se desliga do cargo? E ainda mais: a interpretação pode ser influenciada pela circunstância fática de a

pessoa exercer outro cargo público de particular relevância e/ou ser político de destaque nacional? Constatamos que no STF foi proposta uma interpretação literal pelo Relator e uma interpretação extensiva pelo Min. Celso de Mello. Isto significa que os Ministros divergiam sobre o aspecto temporal das normas.

Uma análise mais profunda deveria levar em consideração as circunstâncias concretas do caso, o debate do período e o contexto político, informações sobre preferências e posturas políticas dos Ministros e outros elementos que eventualmente permitiriam encontrar fatores extrajurídicos que efetivamente influenciaram a decisão. De qualquer forma, temos aqui uma divergência que se justifica pela própria abertura semântica do material normativo a ser interpretado. A sua constatação indica a impossibilidade de afirmar que a interpretação do direito possa ser "automática" e o intérprete permanecer em uma postura de neutralidade.

7.1.2. Interpretação literal

A interpretação literal "propõe que aos termos de uma lei se atribua aquilo que melhor chamaríamos de seu significado acontextual, isto é, só significado que lhes atribuiríamos se não dispuséssemos de nenhuma informação especial sobre o contexto de seu uso ou as intenções do autor."[50] "Uma vez que a lei está expressa em palavras, o intérprete há de começar por extrair o significado verbal que delas resulta, segundo a sua natural conexão gramatical."[51]

Esse método de interpretação não admite que sejam feitas ressalvas tácitas e dependentes de contexto ao significado do termo na linguagem comum ou jurídica, motivo que levou o Relator do caso em estudo a aplicar o disposto na Constituição Federal de forma "acontextual", isto é, independentemente das circunstâncias particulares que estavam presentes no caso e que o Constituinte não podia evidentemente prever.

Muito se criticou esse método de interpretação. Afirma-se por várias correntes metodológicas que devem ser introduzidos à interpretação elementos subjetivos, históricos, sociais e, principalmente, morais, com vistas ao que se denomina "moralização da ciência jurídica", acusando o positivismo jurídico de ser ideologia envelhecida, teoria ingênua e politicamente perigosa.[52]

Por outro lado, a tentativa de afastamento da letra da lei e da sistemática jurídica no intuito de encontrar a melhor decisão foi também submetida a críticas. "O argumento de que uma decisão não conforme ao direito é justificada pela moral conduz a uma legitimação incondicional das decisões dos órgãos estatais."[53] A tentativa de não aceitar/interpretar o direito tal como ele é acarreta o que se denominou "subjetivismo desejado" que apresenta o risco de aniquilar as decisões do legislador democrático.[54] Base dessa posição é a tese (positivista) da separação entre o direito, a moral e as considerações sociológicas.

Para finalizar lembramos que, em matéria de interpretação jurídica, não podemos falar em verdadeiro/falso, pois essa dicotomia pertence às ciências exatas. "O direito é uma ciência convencional e, assim, admite a mutação de sua própria interpretação, sem que a anterior pudesse ser considerada verdadeira e, doravante, passasse a ser falsa".[55]

È necessário estabelecer um ponto de equilíbrio não caindo nas armadilhas simplificadoras de certo positivismo que adota o mito da neutralidade do julgador, considerando a interpretação como atividade quase mecânica. Em nossa opinião, *o julgador deve ser imparcial, mas não consegue ser neutro.* Tampouco podemos

aceitar que o juiz possa se valer de ponderações morais,[56] de cunho subjetivo, para o julgamento. Isso significa que devemos aplicar o direito "como ele é" e não como ele deveria ser na opinião do aplicador ou mesmo da maioria da sociedade. Verificamos mais uma vez que a abertura do texto normativo a ser interpretado dá margem a posicionamentos ideológicos, não sendo possível o julgador permanecer neutro.

7.1.3. Interpretação sistemática

Verificamos a proposta de uma interpretação sistemática no voto do Min. Ilmar Galvão quando aduz:

"Convenceu-me, todavia, o eminente Relator de que a Súmula, calcada em interpretação jurisprudencial de textos infraconstitucionais, como o art. 87 do Código de Processo Penal, não pode prevalecer, diante de norma constitucional expressa, introduzida pela Carta de 1988, segundo a qual compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados (art. 105, I, a). Trata-se de dispositivo que não permite distinguir crime praticado durante o exercício do mandato de crime ocorrido anteriormente. Engloba ambas as hipóteses".

A interpretação sistemática faz parte do trabalho de interpretação em razão do grande número de normas que formam o sistema jurídico e podem influenciar a decisão. Nessa perspectiva o direito é "um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, em que cada um tem o seu pôsto próprio".[57] O argumento sistemático tanto pode ser utilizado como referência para identificar a posição de uma norma no corpo jurídico quanto para estabelecer sua relação lógica e teleológica com outras normas, objetivos e princípios.[58]

A interpretação sistemática adquire maior relevo quando o significado de uma regra se revela inconsistente ou incoerente com outras regras válidas deste sistema. Verificamos então a necessidade de um modelo de interpretação operativa[59] dentro do contexto funcional do direito que permita decidir resolvendo as antinomias internas. No caso em análise temos a indicação da necessidade de levar em consideração os aspectos hierárquicos, procedendo à harmonização do sistema jurídico.

7.1.4. Interpretação histórica

O Min. Ilmar Galvão recorreu também à interpretação histórica, evidenciando que a Súmula 394 surgiu com base em uma omissão do então constituinte que hoje não se verifica na Carta Magna:

"No regime anterior, em que, também por via de interpretação, se chegou à competência dos Tribunais de Justiça para processamento e julgamento dos Governadores dos Estados, ainda se podia admitir a prevalência da Súmula, do mesmo modo como hoje ainda é de admitir-se, relativamente aos Deputados Estaduais, o mesmo sendo de dizer-se dos Prefeitos, em relação aos quais, como já admitiu esta Corte, em julgamento recente, o julgamento pelos Tribunais de Justiça, previsto no art. 29, VIII, da CF/88, corresponde menos a uma prerrogativa de função do que à necessidade de poupar-se a referida autoridade do vexame de ser julgado no seio restrito da própria Comuna que dirige, inconveniência de que lhe preserva a aplicação da Súmula. Em relação aos Governadores, Sr. Presidente, já não há que se decidir com base em construção jurisprudencial. A Constituição é expressa, não havendo como afastar a incidência da norma, que é clara e peremptória, por via de interpretação de textos de natureza infraconstitucional".

Nesse caso, a interpretação histórica tem especial relevo, uma vez que os acórdãos que justificaram a aprovação da

Súmula 394[60] foram anteriores à Emenda Constitucional nº 1/69, que estabeleceu a competência do STF para processar e julgar, originariamente, os Deputados e Senadores, nos crimes comuns (art. 119, I, "a").

Nem a Constituição de 1946, sob cuja égide foi elaborada a Súmula 394, nem a de 1967 com a Emenda Constitucional nº 1/69, atribuíram competência originária ao STF para o processo e julgamento de ex-titulares de cargos ou mandatos que durante o exercício gozavam de prerrogativa de foro, para crimes praticados no período. Portanto, o art. 105, I, a da CF justifica a mudança de interpretação com base na mudança normativa.

Verificamos que a Súmula apresentava um significado de acordo com a intenção do legislador histórico que não é mais compatível com o significado que o Ministro atribui ao texto constitucional vigente. Nesse âmbito é interessante observar que a Súmula 394 foi revogada em 25-8-1999, depois de vigorar por trinta e cinco anos. A súmula havia sido editada em 3-4-1964 em contexto de idéias e normas muito diferentes das atuais. Essa súmula teve seu cancelamento decidido em sessão plenária suscitada no Inquérito 687-SP, em que figurava como indiciado um ex-deputado federal.

As regras de direito são produto de uma lenta evolução. Isso torna crucial o entendimento da origem histórica de um texto, seu desenvolvimento e suas transformações. O entendimento contemporâneo da previsão legal oferece uma visão mais correta: "uma norma de direito não brota dum jacto, como Minerva armada da cabeça de Júpiter legislador."[61]

O principal ponto de ligação entre o sistema social e o sistema jurídico é a produção de normas jurídicas. Nos regimes democráticos, o legislador deve se preocupar com as mudanças sociais, deve estar "cognitivamente aberto" para implementar reformas, atendendo a solicitações e pressões sociais. O legislador e não o intérprete da lei deve ser o meio de interação, criando uma ponte entre o sistema político e o sistema jurídico. Sob pena de destruição do sistema jurídico, abolindo sua diferença de outros sistemas sociais e aceitando que o judiciário continue fundamentando, formalmente, suas decisões em critérios jurídicos, mesmo quando a conveniência política é a verdadeira *ratio decidendi*.

7.2. O caso da taxa de juros reais

Em outro acórdão, o STF, tendo como relator o Min. Marco Aurélio, decidiu, por maioria de votos (vencido o relator), não conhecer do recurso extraordinário, que pretendia a aplicação do § 3º do art. 192 da CF para a limitação dos juros reais em 12% ao ano. Decidiu-se que a norma não é auto-aplicável.[62]

Transcrevemos partes do voto do Min. Relator Marco Aurélio que aponta mudança de seu posicionamento:

"Senhor Presidente, trata-se do embate entre a usura e o Brasil. Não consegui mais resistir à força da minha consciência e passei, também nesta matéria, a votar de acordo com o convencimento pessoal. Em época de deflação, contamos com juros realmente excessivos.

Eis as razões do meu entendimento: Repetem-se os processos versando sobre o limite de juros previsto no § 3º do art. 192 da CF, em decorrência, única e exclusiva, de um só procedimento: em especial, as instituições financeiras vêm praticando juros muito acima da taxa-limite imposta pelo texto constitucional. Em época de inflação a girar em menos de 1% a. m., cobraram-se juros que chegam a 75% a. a. no desconto de duplicatas, 60% a. a., relativamente a empréstimos para capital de giro, e 187% a. a., em se tratando de crédito ao consumidor, conforme editorial publicado

na "Folha de São Paulo", de 25-05-98, sob o título "Juros ainda insuportáveis".

Esta prática implica a estagnação do desenvolvimento do País e, com isso, a ausência de empregos não só para aqueles que já se encontram no mercado, como também para a força jovem que, ano a ano, nele é projetada, isto sem falar da derrocada das contas públicas, a inviabilizar investimentos nas áreas vitais da saúde, da educação e da segurança pública. A quadra, ora vivida, é de molde a imaginar-se que haverá de ocorrer um desfecho em tal situação, e tudo deve ser feito para que não haja o afastamento da almejada paz social.

(...) Qual o móvel da volta à matéria, se houve a emissão de entendimento a respeito pelo Colegiado Maior? A resposta é única e diz respeito à força do convencimento, à força da consciência do próprio julgador, em conflito, considerado o precedente. Quando cobrado, no âmbito da coerência, da necessidade de preservar-se a hegemonia do Direito e a uniformidade do arcabouço normativo constitucional, costumo dizer que a disciplina na atividade judicante não conduz, por si só, a um efeito vinculante automático, colocando em plano secundário, até mesmo, o dever do magistrado de buscar a máxima eficácia do preceito constitucional, procedendo com submissão, tão-somente, à idéia que forme sobre o alcance da norma em tela. Oito anos passaram-se após o julgamento da ADIn nº 4-7. (...)

Em síntese Sr. Presidente, não tanto em prol do devedor, mas visando ao bem-estar social, a paz social com o indispensável desenvolvimento do país, observando-se os 12% previstos no preceito como taxa máxima de juros anuais passíveis de serem cobrados pelo credor, conheço do recurso e provejo para limitar em 12% ao ano os juros reais."

Verifica-se aqui a estreita ligação entre o sistema político e o sistema judiciário e como o ato de interpretação implica uma série de valores e acaba acarretando decisões não só divergentes, mas sujeitas à mudança de posicionamento com o decorrer do tempo.[63]

Encontramos argumentos que demonstram a pressão externa. No final do trecho citado, o Ministro se refere a valores como o bem estar e o desenvolvimento do país, indicando que as demandas sociais acabam permeando o espírito do julgador. A decisão demonstra a sua preocupação com o impacto social de medidas que influenciam a economia e o desenvolvimento nacional e o exercício de direitos sociais. Isto demonstra que o julgador não é, não precisa ser e, inclusive, confessa que não deseja ser um alienado político, pois não considera possível manter-se neutro em relação à realidade social. Mas apesar de se tratar de questão política a decisão pretende (e deveria) ser estritamente jurídica por seus métodos, fundamentos e critérios.

8. Considerações finais

Constatamos a impossibilidade de aceitar o mito da neutralidade do juiz no exercício da atividade decisória. As decisões colacionadas têm como característica comum uma forte influência política, sob vários aspectos. O juiz neutro não existe, pois não há como se desvincular das ideologias pessoais e socialmente prevalecentes. É diferente o problema do juiz imparcial, que corresponde ao imperativo de não favorecer uma das partes. O fato do juiz não ser neutro não implica necessariamente em sua parcialidade, mesmo se muitas vezes sua ideologia se reflete na direção do processo e na decisão. Por exemplo, um posicionamento ideológico de esquerda indica uma maior sensibilidade com a parte economicamente mais fraca e vice-versa.[64]

Isto não significa apenas que os valores pessoais estão presentes nas decisões,

mas que o sistema jurídico é cognitivamente aberto e estruturalmente acoplado a outros sistemas - especialmente ao sistema político. Se considerarmos que essa interligação sistemática por acoplamentos significa a "politização do judiciário", os tribunais realmente são políticos.[65]

Apesar de o intérprete usufruir de certa flexibilidade no exercício da atividade interpretativa, seu limite deve ser a lei. Muitas vezes o julgador se vê tentado a superar estes limites operativos, recorrendo a técnicas decisórias não compatíveis com o sistema jurídico.

Os sistemas possuem uma intercomunicação e no caso do sistema jurídico essa via é a mudança legislativa. "A lei é ferramenta do sistema jurídico, mas é também, simultaneamente, instrumento para estratégias políticas. Entretanto para o sistema jurídico, a lei é operacionalizada, descrita e aplicada de modo diverso que nos demais sistemas".[66]

A interpretação jurídica não é uma atividade apolítica nem deveria ser um exercício de arbítrio político. "O profundo conhecimento do contexto histórico e político é necessário, porque só a história e a política dão sentido às disposições legais. Porém este conhecimento constitui um requisito cognitivo da atividade de interpretação que não deve influenciá-la diretamente. O intérprete ideal não é um tecnocrata ou um apolítico, mas sim uma pessoa que conhece muito bem a política a consegue descrever o direito em vigor, sem fazer prevalecer as suas visões políticas".[67]

Verificamos nos julgados a existência de elementos externos que pressionam os julgadores. O STF pode ser imparcial e ter o mito da neutralidade assegurado pelos ritos processuais que permitem evitar que a decisão seja considerada política. O mito judicial denominado "neutralidade" cerca os Tribunais Constitucionais e permite confirmar a vontade do texto constitucional que, em última análise, seria a vontade do próprio povo[68]. Não falamos aqui de dogmas, mas sim de verdadeiros mitos do direito, uma vez que a neutralidade pretendida nada mais é do que a manifestação do ideológico como justificação do sistema legal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.*

ALTHUSSER Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. In ŽIŽEK, Slavoj (org.). Um mapa da ideologia. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1989.*

BECKER, Rafael Alexandre. O mito da neutralidade do Juiz no Processo*. Quaestio Iuris n° 1, jan./abr. 1997.*

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.*

CASTIGNONE, Silvana. Introduzione alla filosofia del diritto*. Roma: Laterza, 2001.*

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo, moralismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional. *Revista dos Tribunais*, v. 769, 1999, p. 11-27.

_____ . Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: RT, 2003.*

DWOKIN, Ronald. O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.*

EHRLICH, Eugen. Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.*

ELIADE, Mircea. Mitos, sonhos e mistérios*. Lisboa: Ed. 70, 1989.*

FARIA, José Eduardo. A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 1987.*

FERRARA, Francesco. Interpretação e aplicação das leis*. Coimbra: Armênio Amado, 1978.*

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.* São Paulo: Saraiva, 1988.

_____ . *Função social da dogmática jurídica.* São Paulo: Max Limonad, 1998.

FRANCHINI, Ademilson; SEGANFREDO, Carmen. As 100 melhores histórias da mitologia*. Porto Alegre: L&PM Editores, 2003.*

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2001.
HABERMAS, Jürgen. Conhecimento e interesse. *Rio de Janeiro: Zahar, 1982.*
HART, Herbert. O conceito de direito. *Lisboa: Gulbenkian, 1986.*
KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. *São Paulo: Martins Fontes, 2000.*
_____. Teoria pura do direito. *São Paulo: Martins Fontes, 2001.*
KURY, Mário da Gama. Dicionário de mitologia grega e romana. *Rio de Janeiro: Zahar, 1992.*
LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. *Lisboa: Gulbenkian, 1978.*
LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito, *v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.*
_____. *L'unité du système juridique*. Archives de philosophie du droit, *1986, v. 31, p. 163-188*.
_____. Law as a social system. *Oxford: Oxford University Press, 2004.*
LUZZATI, Claudio. L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certeza del Diritto. *Milano: Giuffrè, 2000.*
MATURANA, Humberto. *Emoções e linguagem na educação e na política*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.
MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, *t. II. Coimbra: Coimbra editora, 2000.*
MODUGNO, Franco. Principi generali dell´ordinamento. *In MENGONI, Luigi et. al.* Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici. *Torino: G. Giappichelli Editore, 2000.*
MARMOR, Andrei (org.). Direito e interpretação. *São Paulo: Martins Fontes, 2000.*
MOORE, Michel S. Interpretando a interpretação. *In MARMOR, Andrei (org.).* Direito e interpretação. *São Paulo: Martins Fontes, 2000.*
NERY Jr., Nelson. Contratos no Código Civil. In Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. *São Paulo: LTR, 2003.*
NEVES, Marcelo. A constitucionalizacão simbólica. *São Paulo: Acadêmica, 1994.*
PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença. *Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.*
PUGINA, Márcio Oliveira. Deontologia, magistratura e alienação. AJURIS, *v. 59, p. 169-198.*
REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. *São Paulo: Saraiva, 2000.*
_____ . O direito como experiência. *São Paulo: Saraiva, 1992.*
ROCHA, Leonel Severo, SCHWARTZ, Germano, CLAM, Jean. Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito. *Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.*
SCHIAVELLO, Aldo. Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. *Giappichelli: Torino, 2004.*
TAVARES, André Ramos. Tratado da argüição de preceito fundamental. *São Paulo: Saraiva, 2001.*
_____ . Curso de direito constitucional. *São Paulo: Saraiva, 2002.*
_____ . Teoria da justiça constitucional. *São Paulo: Saraiva, 2005.*
_____ . *Elementos para uma teoria geral dos princípios, na perspectiva constitucional. In LEITE, George Salomão (org.).* Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. *São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21-51.*
TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoiético. *Lisboa: Gulbenkian, 1993.*
TOMAZETTI Junior, Alcides. *Execução do contrato preliminar*. São Paulo: USP, Tese de doutorado não publicada 1982.
WARAT, Luiz Alberto. Introdução geral ao direito, *v. I. Porto Alegre: Fabris, 1995.*
WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. *Lisboa: Gulbenkian, 1993.*
WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. *Madrid: Civitas, 1985.*
ZIEMER, Roberto. Mitos organizacionais. *São Paulo: Atlas, 1996.*
ŽIŽEK, Slavoj (org.). Um mapa da ideologia. *Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.*

NOTAS

[1] *Tavares, 2001, p. 102; Ferraz Jr., 1988, p. 310 e ss.; Reale, 2000, p. 54; Miranda, 2000, p. 198.*
[2] *Habermas, 1982, p. 32.*
[3] *Tavares, 2005, p. 471-479; Tavares, 1998, p. 31.*
[4] *Tavares, 1998, p. 48; cfr. Dimoulis, 1999, p. 12.*
[5] *Tavares, 2005, p. 471-479. Tavares, 2002, p. 69-80; Hart, 1986, p. 309 e ss.; Luzzati, 2000;*

Dimoulis, 2003 p. 156-182; Dimoulis, 1999, p. 11-27.

[6] *Franchini, Seganfredo, 2003, p. 29-32.*

[7] *Trata-se de um processo de determinação do sentido das normas jurídicas. O operador do direito busca entender as normas jurídicas por meio da aplicação de métodos próprios ao seu campo do saber" (Dimoulis, 2003, p. 157).*

[8] *Reale, 1992, p. 237.*

[9] *Kelsen, 2001, p. 467.*

[10] *Dimoulis, 1999, p. 14-25.*

[11] *Tavares, 2005, p. 471-476.*

[12] *Do ponto de vista teórico há confusão entre a observação do direito na perspectiva dogmática (o direito válido, efetivamente existente) e a sua observação a partir da perspectiva da idealidade (o direito que uma pessoa, grupo ou até sociedade inteira gostaria que existisse). Cfr. Dimoulis, 2003, p. 51-53.*

[13] *Regra essa ressaltada tanto por partidários do realismo jurídico (Castignone, 2001, p. 112-114), como por autores positivistas (Schiavello, 2004. p. 11).*

[14] *Kury, 1992, p. 445.*

[15] *A ideologia é defendida conforme os valores do interlocutor ou daquele que impõe algum tipo de dominação, como o Estado, para garantir a reprodução das relações de produção e poder. Não se trata, portanto, de "mentiras", mas sim de adaptações de temas flexíveis. Cfr. Althusser, 1999, p. 162. O discurso ideológico possui ainda a característica de ser facilmente manipulável. Como exemplo podemos citar a guerra do Golfo, em 1991: "Em vez de dar informações sobre as tendências e antagonismos sociais, políticos e religiosos do Iraque, a mídia acabou reduzindo o conflito a uma briga com Saddam Hussein, personificação do mau, o fora da-lei que se excluíra da comunidade internacional civilizada. Mais que a destruição das forças militares do Iraque, o verdadeiro objetivo foi apresentado como sendo psicológico como a humilhação de Saddam que tinha que 'perder a pose'." (Žižek, 1999, p. 10).*

[16] *Franchini, Seganfredo, 2003, p. 11.*

[17] *Ziemer, 1996, p. 30.*

[18] *Eliade, 1989, p. 15.*

[19] *Warat, 1995, p. 45.*

[20] *Tavares, 2005, p. 550.*

[21] *Entendemos o dogma como crença ou verdade imutável, aceitos como base do direito que, juntamente com a ciência jurídica européia, surgem na escola de artes no século XI, onde professores pagos pela cidade ensinavam cultura literária, poesia lírica e promoviam a formação dos juristas. O ensino dava-se por obras que gozavam de autoridade como o* Corpus juris civilis *de Justiniano. Após o século V a Igreja reintroduz vários mitos gregos, como o inferno, que tornam-se dogmas da fé. A teologia influencia o pensamento jurídico que assume caráter dogmático (Wieacker, 1993, p. 38-93; Ferraz Junior, 1988, p. 61-65).*

[22] *Moore, 2000, p. 46; Luzzati, 2000, p. 308-315; Becker, 1999, p. 23.*

[23] *Kelsen, 2000, p. XI.*

[24] *Azevedo, 1989; Faria, 1987; Pugina, 1993; Portanova, 1997.*

[25] *Ferraz Jr., 1998; Ferraz Jr., 1988, p. 13.*

[26] *Theodor Adorno e Max Horkheimer citados por Becker, 1999, p. 47; cfr. Grau, 2001.*

[27] *O mais conhecido representante dessa abordagem é Ehrlich (1986, p. 24-25). Cfr. Larenz, 1978, p. 69-72.*

[28] *Dimoulis, 1999, p. 12.*

[29] *Tavares, 2002, p. 69.*

[30] *Tavares, 2005, p. 470.*

[31] *Nery Jr., 2003, p. 398-445.*

[32] *Tavares, 2003. Modungo, 2000, p. 103-106 diferencia entre princípios gerais do direito e princípios fundamentais (previstos na Constituição) e classifica os princípios fundamentais em: de ordenamento originário, relativos a forma do Estado, princípio republicano, democrático e de ordenamento derivado (relativos à proteção das minorias, normas programáticas).*

[33] *O conceito de princípio segue a lição de Robert Alexy. Em caso de conflito normativo (colisão), o princípio pode ser mais ou menos observado ou concretizado, a ele se opondo a regra jurídica restrita à bipolaridade entre cumprimento/descumprimento (Alexy, 2001, p. 78 e ss.).*

[34] *Os sistemas normativos jurídicos são constituídos primariamente por normas, que guardam entre si relação de validade regulada por regras de mobilidade ou de calibração que não fazem parte diretamente do sistema, mas de sua estrutura: regulam e estabilizam o sistema e devem atuar juntamente com normas (Ferraz Jr., 1988, p. 192).*

[35] *Um exemplo de conceito legal indeterminado encontra-se no inciso LXXVII do art. 5º da CF, inserido pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004 e se referindo à "razoável duração do processo". O que pode ser um "prazo razoável"? A compatibilização entre o devido processo legal, ampla defesa e celeridade é difícil. O processo tem seu tempo, a prestação jurisdicional exige tempo. É pretensão desmedida querer desfrutar o melhor de dois mundos. Nada mais rápido do que linchar o réu, mas certamente não é a melhor solução. Se uma justiça lenta não é boa, uma justiça instantânea pode ser também problemática.*

[36] *Tomazetti, 1982, p. 271.*

[37] *Tavares, 2005, p. 475.*

[38] *Luhmann, 1983, p. 75. A principal obra de Luhmann sobre o sistema jurídico é "O direito da sociedade" (1a edição alemã de 1993; tradução para o inglês em: Luhmann, 2004). Entre a bibliografia nacional cf. principalmente Neves, 1994; Campilogno, 2002; Rocha et al., 2005.*

[39] *O termo provém da biologia da cognição de Humberto Maturana. Maturana criou o conceito de "autopoiese" para definir os sistemas vivos, explicitando o tipo de organização que eles possuem.* Auto *(do grego: próprio, si mesmo) e* poiesis *(do grego: fazer, criar) indicam uma característica fundamental dos sistemas vivos, a de serem dinâmicos, produtos de seu próprio funcionamento, cuja organização permanece invariante enquanto eles se autoproduzem (Maturana, 1998, p. 15).*

[40] *Luhmann, 1986; Campilongo, 2002, p. 67-69.*

[41] *Teubner, 1993, p. 23.*

[42] *Neves, 1994, p. 56.*

[43] *Tavares, 2001, p. 102.*

[44] *Kelsen, 2000, p. 5-69. Temos aqui a forma escalonada de construção do ordenamento jurídico que estabelece relações hierárquicas (e genéticas) entre as normas, segundo a metáfora da estrutura piramidal. Entretanto, discordamos, juntamente com o Prof. André Ramos Tavares (aula de doutorado ministrada na PUC/SP em 25-32003) da universalidade dessa forma de estruturação do direito. Um estudo comparativo dos sistemas jurídicos (basta pensar no direito muçulmano) invalida a idéia da universalidade desse esquema, infelizmente admitida por muitos teóricos do direito.*

[45] *Tavares, 2005, p. 476.*

[46] *QC 427-8, DJ 15/10/1993, Relator: Min. Moreira Alves.*

[47] *Grifo nosso.*

[48] *Ferrara, 1978, p. 20.*

[49] *Ibidem, p. 24.*

[50] *Dworkin, 1999, p. 22.*

[51] *Ferrara, 1978, p. 34; Tavares, 2002, p. 72.*

[52] *Referências em: Dimoulis, 1999, p. 12.*

[53] *Ibidem, p. 18.*

[54] *Ibidem.*

[55] *Tavares, 2002, p. 69.*

[56] *Isso não significa que o direito não receba influências da moral dominante. O direito sempre incorpora valores morais que se encontram expressos no texto legislativo, mas isso indica que a moral é elemento externo e não interno ao direito.*

[57] *Ferrara, 1978, p. 38.*

[58] *Alexy, 2001, p. 232.*

[59] *Wróblewski, 1985, p. 38-39.*

[60] *Habeas Corpus n. 32.097, 20.08.52, DJ 08.11.54, p. 3.946; 33.440, 26.01.55; 35.301, 21.10.57, RTJ 4/63, DJ 16.03.59, p. 1.140; 38.409, 31.05.61; 40.382, 11.12.63; 40.398, 18.03.64; 40.400, 18.03.64, DJ 30.07.64. Cfr. também RE 39.682, 15.07.58, RTJ 6/408, DJ 02.03.59, p. 901; RCL 473, 31.01.62; RCr 491, 15.12.23.*

[61] *Ferrara, 1978, p. 40.*

[62] *Revista de Direito Constitucional e Internacional out/dez de 2001, n° 37, p. 325 e ss.*

[63] *A Emenda Constitucional nº 45 introduziu (art. 103-A CF) a súmula vinculante que objetiva assegurar uma maior uniformidade das decisões, mas não impede a mudança de posicionamento do próprio STF, nos limites previstos no § 2º do mesmo artigo.*

[64] *Becker, 1999.*

[65] *Campilongo, 2002, p. 182.*

[66] *Ibidem.*

[67] *Dimoulis, 1999, p. 26.*

[68] *Tavares, 2005, p. 567.*