



O ABUSO DOS PRINCÍPIOS À LUZ DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4650

Diego Ferreira Pimentel¹

Victor Frank Corso Semple²

RESUMO

O artigo debate a aplicabilidade dos princípios e regras sob o enfoque do abuso dos princípios na tomada de decisão pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650, que declarou a inconstitucionalidade da doação de empresas para campanhas eleitorais. Essa alegada abusividade principiológica é verificada a partir da construção argumentativa da decisão. Ao final, este trabalho conclui que a ação pautada baseou suas premissas no abuso das normas axiológicas mediante a ausência de pressupostos empíricos que justificassem seus enquadramentos normativos.

Palavras-chave: Abuso de princípios. Neoconstitucionalismo. Supremo tribunal federal. ADI nº 4650.

¹Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). Bolsista do Programa de Estágio Voluntário de Iniciação Científica (PEVIC/UEFS).

²Graduando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Membro do Centro de Pesquisa em Direito Constitucional Comparado (CPDCC/UnB). Estagiário no Supremo Tribunal Federal.

1 INTRODUÇÃO

Criticar as decisões, ou o modo de decidir, do Supremo Tribunal Federal parece ser um lugar comum na esfera jurídica. Esse fato tem um lado positivo e um negativo. O positivo é que o debate realizado dificilmente será menos apurado que a constatação originária. O lado negativo é que a crítica, sem que se estabeleçam os marcos teóricos pelos quais esta se realiza, ou mesmo sem que se tente entender a razão daquela instituição agir como age, pode desaguar reflexamente num modelo pior do que aquele que se pretendia criticar.

Para não desaguar nesse erro, será traçada, neste artigo, uma espécie de genealogia de algumas categorias sobre o debate da aplicabilidade dos princípios e regras. A exposição destas se subdividirá em quatro momentos, o que possibilitará ao leitor uma compreensão dinâmica do debate.

De maneira pormenorizada, será estudada a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650, que vedou a doação de empresas privadas para campanhas eleitorais, estabelecendo-se, no primeiro momento, o que se convencionou denominar por *neoconstitucionalismo* e sua responsabilidade pela redução do sistema jurídico à confusão entre Direito e Política.

Em seguida, será exposta a distinção de duas categorias fundamentais para compreensão do debate tratado: as regras e os princípios. Tendo em vista propor ao leitor uma compreensão sobre a distinção dessas espécies normativas a partir dos pensamentos de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Klaus Günther, especificando as principais características trazidas em suas teorias.

Com base nas categorias normativas traçadas por esses autores, dá-se início ao debate sobre o abuso de princípios na prática jurídica, de forma a abordar o que seria essa prática jurisdicional abusiva e quais seriam os fatores jurídicos que a ensejam, ao que se realizará críticas às teorias apresentadas.

O quarto momento diz respeito ao objeto central, isto é, o abuso de princípios na tomada de decisões por parte de membros do Poder Judiciário. Neste sentido, delimitou-se o problema a um caso concreto para indicar essa prática jurídica, que suplanta a aplicação de regras vigentes e válidas, a troco de uma invocação retórica de princípios constitucionais. Dessa forma, estabeleceu-se os contornos dessa invocação retórica dos princípios, no que concerne à sua aplicação sem a constatação empírica de fatos que ensejassem a invalidade das regras que, a princípio, vinculariam aquela situação, bem como no tocante à inobservância de outros

pressupostos normativos. Não se trata, portanto, de uma análise do mérito da ADI 4650, mas de uma observação do método de sustentação dos argumentos abordados na ação.

Conclui-se, que tanto a fundamentação da petição inicial da Ordem dos Advogados do Brasil – proponente da ADI –, como o voto do ministro-relator, Luiz Fux, foram incapazes de demonstrar como a doação empresarial poderia conflitar com os princípios invocados. Essa visão derivou do fato de que se inobservou a presença de quaisquer dados concretos que corroborassem as inferências sustentadas na petição e voto citados, de modo que esta viesse a incidir na posterior declaração de inconstitucionalidade.

2 O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO FATOR DE EXPANSÃO DA ATUAÇÃO JUDICIAL

A refundação do Estado brasileiro, após o fim da ditadura civil-militar que perdurou no Brasil entre a década de 60 e 80, fez emergir um novo sistema jurídico na história constitucional do país. Anteriormente alcunhadas como Cartas Políticas, consideradas *mera ordenação de programas de ação*, isto é, sem efetividade formal de suas normas, as Constituições predecessoras à Constituição Federal de 1988 foram marcas, essencialmente, da inconsistência democrática que viveu o país nas décadas antecedentes (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 142).

Esse cenário, contudo, rompeu-se com a Constituição Federal de 1988. Sob um viés amplamente analítico, a nova Constituição brasileira, seguindo os passos da Constituição alemã de 1949 e da Constituição italiana de 1947, normatizou uma série de programas de desenvolvimento, moldou políticas públicas prestacionais e ampliou o rol dos direitos fundamentais. Expandiu-se, portanto, a abrangência, e a aplicabilidade, das normas constitucionais. Sob as vestes do denominado *neoconstitucionalismo*, findou-se a ideia de um Estado não-interventor, que regularia apenas o lícito e o ilícito (BARROSO, 2005, p. 3-4), e se estabeleceu uma ordem constitucional que concebia transversalmente o direito e a política³.

Contudo, essa perspectiva ampliadora das normas constitucionais esbarrou diante da complexidade da sociedade moderna brasileira. Perante diversos entendimentos sobre como o

³ Na teoria elaborada por Luhmann (1996, p. 1-8), a Constituição é compreendida como um fato diferenciador do direito e da política, atuando, concomitantemente, com a função acoplar os dois institutos, ao que incorre numa relação transversal entre ambos, isto é, contribuindo para que a relação construtiva entre ambos, na medida em que o crescimento de um deles comprometeria o funcionamento do outro.

Estado deveria atuar, em face de valores conflitantes e, especialmente, em razão de o país comportar proporções continentais, abrigando variadas expressões culturais, cresceu-se a necessidade da edição de normas de conteúdo abstrato que não estabeleceria, em tese, sua consequência jurídica final (CAPPELLETTI, 1993, p. 40-56). Por consequência dessa abertura textual, naturalizou-se a divergência sobre o sentido da aplicabilidade normativa, o qual variaria a partir do referencial do sujeito que a interpreta por meio dos seus valores.

No plano judicial, essa conjuntura teve como consequência um problema de contingenciamento, na medida em que, diante da diversidade de expectativas normativas de uma sociedade complexa, a falta de objetividade das normas possibilitou ao magistrado interpretá-las de diversas maneiras, sem que, necessariamente, sua interpretação confronta-se as normas vigentes (NEVES, 2013, p. 56-63). Para exemplificar, um juiz com histórico de atuação em movimentos sociais em defesa de minorias, em vista do princípio da igualdade, poderia consubstanciar a promoção de políticas afirmativas pelo Estado como amparada pelo texto constitucional, ao passo que outro, sem relação com tais movimentos, poderia ter uma visão inversamente proporcional, e nenhuma dessas visões poderiam ser tidas, a princípio, como afrontosas à vontade do legislador constituinte, criando-se uma incerteza sobre a resposta jurisdicional.

Por outro lado, rompeu-se com o viés de que a Constituição seria um documento político que apontaria os caminhos a serem traçados pelo legislador ordinário sem, entretanto, vinculá-lo. A Constituição Federal de 1988 consagrou em seu sistema a força normativa de seu texto, amparado pela expansão da jurisdição constitucional e da nova interpretação constitucional (BARROSO, 2005, p. 5-12). Não é objetivo deste estudo, contudo, esgotar os critérios conceituais acerca do neoconstitucionalismo que passa a se desenvolver no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988. Em face disso, importa centralizar o debate a algumas críticas que apontam como esse novo regime jurídico carrega consigo parte da responsabilidade pelo deslocamento do judiciário ao centro do debate político no país através da judicialização da política.

Consoante apontado no início deste ponto, a complexidade das relações sociais conduziu o sistema jurídico à impossibilidade de prever, através de dispositivos normativos, as inúmeras situações pelas quais o cidadão ensejaria que a lei (em sentido amplo) abarcasse. Esse cenário compeliu o legislador (constituinte e ordinário) à edição de normas abstratas que não preveriam uma situação jurídica concreta na qual atuaria, sendo aplicada a partir de critérios reflexivos mediante um caso concreto.

Concomitantemente a essa abertura textual, o ordenamento jurídico elevou a norma constitucional ao ápice do sistema normativo, impondo sua aplicabilidade e interpretação em face das normas ordinárias. Esse fator criou a problemática de como aplicar uma norma aberta num caso concreto, uma vez que não disporia de um conteúdo que permitisse sua subsunção a este. Nessa circunstância, houve o crescimento da atuação do judiciário, uma vez que o intérprete (em sentido estrito) passou a ser convocado, continuamente, a aplicar, e interpretar, normas principiológicas diante de demandas levadas ao judiciário, incorrendo, em diversas oportunidades, no abuso dos princípios.

Como efeito dessa conjuntura, percebe-se que o neoconstitucionalismo conduziu o judiciário ao centro do ordenamento jurídico em função da interpretação das normas principiológicas, especialmente a interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal, ao que se elevou a figura do magistrado a uma espécie de atribuidor da *última palavra*, ainda que o próprio ordenamento jurídico assim não o conceba (VICTOR, 2015, p. 221-234). Esse enfoque na figura do magistrado conduziu a uma limitação no papel de criação do direito pelos órgãos representativos, de forma obscurecer a atuação do legislador (SARMENTO, 2009, p. 12-15). Na medida em que a atuação do judiciário, com ênfase na aplicação de normas abertas, ignora que a legislação (com conteúdo objetivo) resulta das múltiplas visões existentes na sociedade, visões essas que são expressas pelo parlamento, sendo que essa legitimidade popular não é observada nos órgãos judiciais (WALDRON, 2003, p. 37).

Importa, antes de adentrar ao debate sobre o abuso na aplicação das normas, tecer alguns comentários acerca da distinção entre as normas de cunho axiológico e aquelas de dotadas de enunciados objetivos. Nesse passo, o próximo item centrará o debate sobre como se observa a distinção doutrinária entre os princípios e as regras, bem como o seu modo de aplicação.

3 A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS NO DIREITO E A EXPANSÃO DA DOUTRINA DOS PRINCÍPIOS NO BRASIL

O problema enfrentado nesta seção do artigo é a ascensão acrítica do uso prático dos princípios na jurisdição constitucional brasileira. Sobre a questão, é importante tratar: da condição principiológica da modernidade; das teorias da distinção entre regras e princípios jurídicos; e da crítica a tal distinção, com foco na possibilidade de abuso dos princípios pelo intérprete constitucional.

A modernidade nasce anunciando princípios. A experiência da Revolução Francesa remete à importância da ruptura total com o absolutismo para construção de uma nova sociedade. J. J. Canotilho (1998, p. 43-95) ensina que, naquele momento, era necessário “criar tudo a partir do nada” – essa foi a ideia do poder constituinte francês. O rompimento se fortificou em duas noções contemporâneas da época: a de direitos humanos e a do Império da razão.

A articulação entre iluminismo e os direitos humanos levou em conta as evidências racionais da transformação dos direitos naturais para um novo direito de base ético-moral. Os princípios universais indisponíveis criaram uma justiça moral transcendente (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 21-22).

Ocorre que esse fundo de justiça moral foi totalmente ignorado pelo movimento de codificação que se sucedeu. A racionalização exacerbada queria contemplar numa legislação moderna todo conteúdo jurídico possível – o que estava fora não era direito. Nesse sentido, leitura da norma e interpretação eram atividades separadas, interpretadas eram somente aquelas normas que tivessem problemas comunicativos. Exaustivamente provado que era impossível dotar um código de todo conteúdo jurídico, começam os juízes a criar as chamadas *lacunas* e a chamarem para si a função de preenchê-las hermeneuticamente, como forma de resolução de problemas de aplicação (COSTA, 2013, p. 9-46).

Nesse ínterim, cabe tratar, sucintamente, da construção hermenêutica do direito sob o paradigma do Estado de bem-estar social. O século XX afirmará que não há nada sem interpretação, qualquer leitura é interpretação. As Constituições sociais, como a Constituição alemã de 1919, começaram a prever direitos sociais e normas programáticas e isso era refletido na atividade legislativa. Os Parlamentos começam a atribuir força ao Judiciário para que materializasse os direitos sociais presentes nas Constituições e, ainda, conferiram autoridade aos tribunais para estes interpretarem regras a partir, diretamente, da Constituição e a tomarem decisões válidas para todos (COSTA, 2013, p. 9-46).

Na experiência nazifascista, os juristas arguíam a necessidade de que as regras jurídicas deveriam orientar-se por princípios de ordem valorativa e por finalidades. Marcelo Neves argumentará que um modelo de regras seria fatal para o totalitarismo, o que levou, justamente, os regimes a orientarem-se por princípios que seriam condizentes com a ideia de realização do *espírito comum do povo* (NEVES, 2013, p. 173-174).

Na contramão dessas ideias, Hans Kelsen (1998, p. 349) preferiu tratar do problema da interpretação como uma questão de autoridade. O sistema de regras por ele desenhado buscava resolver todos os problemas de aplicação, transformando a arbitrariedade do legislador

na discricionariedade do intérprete. No entanto, no projeto de dominar a linguagem, Kelsen acabou traído por sua própria teoria pura. Em 1960, o jurista austríaco adiciona um parágrafo na edição revisada, em que reconhece que nada pode o sistema fazer se o aplicador transborda a moldura normativa. É o *giro decisionista*, notório também em Herbert Hart, ao tratar dos chamados *casos difíceis*. A conclusão inafastável é o desmoronamento do sistema de regras e a possibilidade de arbítrio pela autoridade aplicadora num sistema amplamente principiológico.

Ainda, tem-se que as ideias de Immanuel Kant são o ponto de partida desta discussão. Seu projeto de construção de uma normatividade universal remete à própria ética do indivíduo. O filósofo trabalha por *máximas, imperativos categóricos*, que pretendem regular todo o comportamento humano. Apesar de Kant tratá-los como ponto de partida da conduta, também pretende que estes possam regular toda e qualquer situação fática diante da qual se coloca o agente. Isto é, o aprisionamento das condições de aplicação de toda conduta previamente definida como universal. No entanto, importa notar que as *máximas kantianas*, na verdade, deveriam ser tratadas apenas como ponto de partida de uma teoria do conhecimento, ou seja, tratá-las como princípios, e não como regras. Esta é a premissa do que seguirá.

Nesse sentido, dois autores são imprescindíveis na tentativa de explicar a preponderância de uma doutrina de princípios nos sistemas jurídicos, Ronald Dworkin e Robert Alexy. Para Ronald Dworkin, a lógica normativa é deontológica, ou seja, orienta-se segundo as escolhas moralmente estabelecidas que são, a seu tempo, vinculantes. As normas protegem valores, sem hierarquizá-los. Valores são escolhas intersubjetivas de lógica plúrima e axiológica. Nesse sentido, as normas são binárias: algo é moral ou imoral, legal ou ilegal, inconstitucional ou constitucional.

A partir dessa primeira noção, há, segundo Dworkin (2002, p. 36), uma diferença lógica entre princípios (em sentido geral) e regras, que classifica como dois padrões de comportamento. As regras são normas jurídicas que pretendem regular todas as suas situações de aplicação. Enquanto os princípios são normas jurídicas que oferecem um padrão moral a ser observado, como exigência de correção e que não pretendem regular as circunstâncias de sua aplicação. Para o autor, o ordenamento é principiológico e decorrente da moral objetiva daquela comunidade. As regras, seriam densificações dos princípios.

A regra opera sob o *tudo ou nada*. Ou ela é válida e deve ser aplicada, ou ela não é válida e deve ser afastada em razão da incidência de outra regra, ou, ainda, de uma exceção previamente estabelecida (DWORKIN, 2002, p. 40). Esse choque no plano da validade é característico entre regras. Os princípios, por outro lado, não têm a pretensão de regular as condições que façam com que sua regência seja necessária no caso concreto. O princípio

enuncia uma direção, mas a aplicação do princípio permanece condicionada à situação particular. Se dois princípios colidem, o fazem, pois há uma tensão produtiva entre eles e não porque há um válido e outro inválido. Os princípios possuem um caractere que não é observado nas regras: a *dimensão do peso* ou *da importância*. Sendo assim, os princípios se inter cruzam em tensão produtiva, não no plano da validade, mas na consideração do peso relativo de cada um para reger um caso concreto (DWORKIN, 2002, p. 42-43).

Se os princípios são base do sistema e carregam o peso da correção normativa, exige-se mais deles do que somente o funcionamento como regra. É por isso que Dworkin tratará dos chamados *trunfos* que os intérpretes têm para barrar políticas. Para além da constitucionalidade das políticas editadas (principalmente pelos Parlamentos e pelo Executivo), os princípios são barreiras de fogo para que, em casos concretos, eles possam barrar qualquer contradição com a liberdade e a igualdade e com as condições de igual respeito e consideração (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011).

Robert Alexy (2003), por sua vez, sofisticava a diferença na teoria de Dworkin em termos argumentativos. Para ele, os direitos fundamentais podem apresentar duas faces: uma *estreita e estrita* (regras) e outra *ampla e extensa* (princípios). Sua teoria baseia-se fundamentalmente na experiência prática do Tribunal Constitucional Alemão.

A teoria de Alexy trata de racionalizar o balanceamento (difundido no Brasil como *ponderação*) a partir de uma técnica rigorosa que considere os princípios como comandos de otimização, ou seja, devem ser aplicados “na maior medida do possível” (MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p. 249). Diferente da tese de Dworkin, para o alemão há uma lógica axiológica. Os princípios constitucionais, além de proteger valores, poderiam ser eles mesmos valores do intérprete.

Para explicar a distinção entre regras e princípios para Alexy, que pretende ser mais rígida do que a de Dworkin, faz-se importante tratar do conflito entre estes. Para ele, o conflito de regras poderia levar a duas soluções: a introdução de uma exceção (via argumentação) ou a declaração de que uma das duas é inválida – sendo uma discussão no plano da validade. Já em um conflito entre princípios, não haveria discussão sobre validade, mas sim sobre o *valor* de cada um na situação concreta (MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p. 250).

A teoria de Alexy recebeu duras críticas de Jürgen Habermas. Para este, a Corte Constitucional Alemã teria mesmo forte influência axiológica, mas que isso não contribuía positivamente para a proteção que o Direito tem de dar aos valores sociais. O risco, ressaltado por Habermas, encontra-se, justamente, no abuso argumentativo dos princípios, que esvaziaria o caráter normativo da Constituição em favor de seu *valor*. Inverte-se, então, a lógica de

Dworkin, que afirma que a situação concreta ofereceria ao intérprete o princípio regente do caso. A crítica de Habermas afirma que, através da *ponderação de princípios*, poderia o juiz escolher o princípio de acordo com seu valor, afastando a normatividade. Isso possibilitaria conclusões do tipo *mais ou menos inconstitucional*⁴.

Para superar a diferença *estrutural* entre regras e princípios, Klaus Günther retoma as ideias de aplicação das normas de Dworkin e de Alexy. Para ele, há dois discursos distintos e orientados por questões diversas: o discurso de justificação e o discurso de aplicação. Seu ponto de partida é: apenas a fundação das normas jurídicas é guiada pela ideia de Habermas (1997, p. 215-216) de universalização. A inviabilidade dessa universalização na aplicação das normas dialoga com a ideia de argumentos de política de Dworkin – é impossível universalizar o caso concreto.

Günther (2004, p. 67) contesta a universalidade normativa kantiana no plano da validade. Apesar de, para Kant, a norma universal ser tida como válida, que, embora sabidamente limitada, não abandona sua pretensão, para Klaus Günther, uma norma somente é válida na sua aplicação, e não em sua justificação, se “as consequências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses individuais de cada um” (2004, p. 65).

É por isso que as regras não contêm todos os efeitos colaterais de sua aplicação. A justificação conclui que as diversas possibilidades normativas aparentemente aplicáveis a um caso são igualmente legítimas e válidas – quer se considere elas como princípios, quer como regras. Importa notar que, somente no momento da aplicação é que, considerando todas as circunstâncias, se decide pela mais adequada. Trata-se, portanto, da ideia de adequabilidade (MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p. 246).

Em síntese, o caráter definitivo das normas não pode ser verificado senão na consideração das reais condições concretas. Para Günther, obrigações jurídicas somente surgem após a consideração de todas as circunstâncias relevantes, ou seja, como resultado de discursos de aplicação normativa.

⁴ Apesar de não ser o intuito do artigo, tem-se que o instituto da *interpretação conforme a Constituição*, largamente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, transforma normas válidas em *mais ou menos inconstitucionais* ao não declarar sua inconstitucionalidade, mas a inconstitucionalidade de alguma (ou de algumas) de suas possíveis interpretações. Isto, de certa forma, contribui para o esvaziamento normativo das decisões do STF e de sua crise de legitimidade.

4 O ABUSO DE PRINCÍPIOS NA PRÁTICA JURÍDICA

A partir dos conceitos tratados importa adentrar ao debate acerca do abuso dos princípios na prática constitucional. Em síntese, serão combinadas as principais críticas doutrinárias a esse sistema, no que concerne à sua aplicabilidade. Ademais será introduzida, no ponto seguinte, uma demonstração empírica dessa conduta na decisão do STF da ADI 4650, acerca da proibição de doações empresariais a campanhas eleitorais.

Como abordado anteriormente, na teoria formulada por Dworkin (2002, p. 34-46), as regras se configuram como uma norma absoluta que será aplicada pelo critério do *tudo ou nada*, isto é, diante de um fato concreto, aquela norma será válida ou inválida perante o caso, neste último caso sendo afastada enquanto solução jurídica. Os princípios, distintamente, seriam padrões de justiça, ou de isonomia social, que devem ser seguidos e aplicados a partir de uma dimensão de peso ou importância, definindo-se qual é sua relevância, de modo a confrontar a norma perante a situação em julgamento.

Tratando da possibilidade de reinterpretação de uma regra a partir dos princípios, sustenta-se que essa mudança de interpretação deve favorecer um outro princípio vigente, de modo que esta norma justificará sua alteração. De maneira sucinta, não será qualquer norma principiológica que legitimará essa alteração, esta deverá, dentro de sua dimensão de importância, suplantará as demais normas colidentes, de modo a sobressair-se em relação àquelas que legitimam a aplicabilidade da regra, assentando-se o novo entendimento (DWORKIN, 2002, p. 34-46).

Esse processo de superação da regra depende de uma ampla conexão entre as disposições constitucionais principiológicas vigentes que demonstram a legitimidade constitucional na inaplicabilidade daquela norma tida como inválida, sendo, portanto, inconcebível a atribuição de uma dimensão de importância ao princípio de modo que este supere uma regra ao mero arbítrio do intérprete-aplicador (NEVES, 2013). Verifica-se, portanto, uma primazia na aplicabilidade das normas de conteúdo objetivo na concretização da resposta jurisdicional aos casos conduzidos à esfera judicial, especialmente se estiverem num mesmo grau hierárquico.

Observa Marcelo Neves (2013, p. 191-192), no entanto, que esta não tem sido a conduta praticada na realidade jurídica brasileira, ao contrário, nota-se uma adoção do que denominou por *principialismo* pelos órgãos jurisdicionais. Em sua visão, o fascínio pelos princípios na prática brasileira sugere a superioridade intrínseca destes em relação às regras, tendo como consequência a compreensão errônea de que é possível afastar uma regra através

da invocação retórica das normas-princípio. O que conduz à negação da consistência do sistema jurídico, pelo qual se substitui a força normativa da Constituição pelos interesses de grupos particulares que buscam na via judicial a concretização de seus anseios.

Entende-se que esse abuso da aplicação dos princípios é potencializado por diversos fatores, alguns descritos na seção em que se discutiu o desenvolvimento do neoconstitucionalismo. O principal, todavia, está intimamente associado à estrutura dos princípios, isto é, a adoção de normas de valor axiológico que não preveem, a princípio, a norma de decisão a ser extraída. Essa estrutura normativa aberta possibilita ao intérprete um amplo espaço de liberdade de atribuição de sentido à norma jurídica no seu processo de aplicação.

Dessa forma, ainda que o próprio Dworkin (2002, p. 34-46) negue a existência de um espaço de discricionariedade ao intérprete na aplicabilidade dos princípios, uma vez que sua teoria assenta que diante de uma norma principiológica o magistrado se vincula a uma dimensão de peso para definir seu modo de atuação no caso concreto, restringindo-se essa discricionariedade a um *sentido fraco*, a prática jurídica brasileira tem demonstrado que essa submissão às dimensões de peso é ilusória. O uso retórico dos princípios na busca de respostas jurisdicionais plúrimas se demonstra recorrente (NEVES, 2013, p. 196-220), ao que ocasiona a existência de “não mais uma interpretação da Constituição, mas uma constituição do intérprete” (AZZARITI, 2005, p. 164).

Essa prática abusiva do uso retórico dos princípios não se ocasiona por uma conduta exclusiva do Judiciário. Apesar de as regras se configurarem como um elemento de conformação mais rígido a atividade judicial, a codificação excessiva de normas axiológicas se verificou como uma opção do próprio legislador que, diante da complexidade da sociedade, demonstrou-se incapaz de exaurir todas as expectativas normativas em enunciados objetivos e com normas de decisão expressas (CAPPELLETTI, 1993, p. 40-56).

De acordo com Elival Ramos esse realce dado aos princípios na ordem constitucional objetivou ampliar ao máximo a criatividade na aplicação do direito, de modo a “levar ao extremo a liberdade dos aplicadores oficiais do direito, uma vez investidos na jurisdição constitucional, o que é proporcionado, exatamente, pela porosidade das normas-princípio” (RAMOS, 2015, p. 95).

A concepção dos princípios adotada por Dworkin, enquanto normas fundadas e legitimadas por uma ordem moral universal, parece assentar esse fraco espaço de conformação do magistrado. A coexistência de um ordenamento jurídico aberto, que funda sua norma em conceitos morais imprecisos, concomitantemente à aplicabilidade deste numa sociedade complexa, que possui valores morais relativos, possibilita aos intérpretes aplicarem um mesmo

princípio de maneiras variadas, sendo que, em primeiro plano, nenhuma delas se reputaria como incorreta (NEVES, 2013, p. 56-63), como nas situações hipotéticas apontadas quando abordou-se o desenvolvimento neoconstitucional.

Expostos esses fatores, retoma-se o entendimento de Marcelo Neves, que afirma haver, no Brasil, um fascínio principiológico na prática jurídica dos intérpretes. A concepção de que é possível afastar a aplicabilidade das regras por meio da invocação genérica dos princípios constitucionais deriva de um debilitado espaço de conformação proveniente da norma jurídica em face do aplicador. Fatores como a abertura textual resultam na possibilidade da extração das normas de decisão por meio de critérios axiológicos individuais, atingindo a rigidez dos dispositivos constitucionais, que é substituída pelo entendimento pessoal do intérprete.

Nesse contexto, os princípios são invocados, em detrimento as regras, sem qualquer demonstração empírica que apontaria ofensas a essas normas e desconformidade com outras normas vigentes. Com isso, será analisado a seguir como a decisão do STF, que vedou a doação de empresas para campanhas políticas, se amparou por esse uso abusivo dos princípios constitucionais, suplantando as regras correlatas atinentes à matéria em debate.

5 O CASO DA ADI 4650: UMA DEMONSTRAÇÃO EMPÍRICA DO ABUSO DE PRINCÍPIOS NA PRÁTICA JURISDICIONAL BRASILEIRA

Foi visto, no ponto anterior, que a sustentação retórica dos princípios constitucionais, em detrimento às regras, configura o abuso da aplicabilidade dessas normas axiológicas. Em que pese ser possível haver uma superação da aplicabilidade de regras por afronta aos valores constitucionais estabelecidos, é imprescindível que esse processo seja acompanhado de uma consistente argumentação que ampare a inaplicabilidade da regra.

Marcelo Neves sustenta que, continuamente, a realidade brasileira inobserva esse mandamento formulado pela teoria das regras e princípios, ao que se atenua a densidade do sistema jurídico em proveito das visões individuais do intérprete sobre a aplicabilidade das normas. Com base nessas premissas formuladas, o objetivo deste artigo, neste momento, é demonstrar esse abuso de princípios empiricamente na esfera judicial, ao que se tomará como base a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasileiro, em que se requereu a declaração de inconstitucionalidade da doação de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais.

A concepção formulada de uso retórico dos princípios proposta neste trabalho se concentra na conduta de se apontar a ofensa a normas principiológicas sem dados empíricos que sustentem essa visão, bem como na inobservância de outras normas válidas aplicáveis à matéria. Como se percebe não contempla parte do objetivo analisar o mérito da visão final formulada na propositura da ação, mas como se chegou a essa formulação. Para isso, opta-se por analisar especificamente duas peças que compõem a ADI 4650: a petição inicial proposta pela OAB e o voto proferido pelo ministro-relator, Luiz Fux. Essa alternativa possibilitará uma visão ampla do debate traçado na ação, sem incorrer em repetições de termos e conclusões prescindíveis ao nosso objeto.

5.1 A Petição da OAB: a ausência de pressupostos empíricos na sustentação dos princípios

A petição inicial formulada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pode ser assinalada como a principal demonstração do uso retórico dos princípios constitucionais em sede da ADI 4650. Como fundadora da ADI, a petição se sustenta num vácuo argumentativo que é incapaz de demonstrar como os dispositivos normativos impugnados da Lei 9.096/95 e Lei 9.504/97, os quais possibilitam a doação de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais, agrediriam a ordem constitucional. Não há ao longo da peça qualquer demonstração empírica das premissas sustentadas.

Em sua epígrafe, referencia-se um trecho de *O Federalista* em que se cita: “nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido [...]. É muito mais racional supor que os tribunais é que têm a missão de figurar como corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, dentre outras razões, para assegurar que este último se contenha dentre dos poderes que lhe foram deferidos” (BRASIL, 2015)⁵. Observa-se, então, a argumentação de que os dispositivos de ambas as leis vão de encontro a três princípios constitucionais: o princípio da igualdade (art. 5º, caput), o princípio democrático (art. 1º, caput) e o princípio republicano (art. 1º, caput), ao que se incorreria a necessidade de atuação do controle de constitucionalidade.

As enunciações dessas normas, no entanto, não estão acompanhadas de quaisquer dados que pressuponham sua transgressão. A retórica utilizada se resume a descrever os conceitos desses princípios mediante sua conjugação em expressões de forte apelo emocional. Dessa maneira, a pretensa demonstração de invalidação de uma situação fática perante o texto normativo falha por ser incapaz de apontar exemplos concretos imprescindíveis ao debate.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4650**. Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. j. 17/09/2015. DJE e DOU 24/09/2015

No primeiro caso, sustenta-se que a transgressão ao princípio da igualdade decorre da possibilidade de que as empresas, ao doarem para campanhas eleitorais, exacerbem as desigualdades políticas e sociais existentes, possibilitando, assim, um maior controle dessas pessoas jurídicas ao pleito eleitoral em detrimento do povo. Com isso, as normas de financiamento de campanhas impugnadas abririam “o sistema político brasileiro à captura pelo poder econômico” (BRASIL, 2015)⁶, ao que aponta, como consequência, a perpetuação de elites socioeconômicas no poder.

Essas inferências, todavia, possibilitam uma série de questionamentos que não são respondidos pelos autores da ADI. Inicialmente, cabe perguntar: quais desigualdades políticas são essas? A afirmação de que *ricos* (para utilizar a expressão do texto da ação) obteriam um maior controle sobre o processo eleitoral é vaga, especialmente quando se supõe a consequência do controle do sistema político por essa classe econômica, ao que gera uma incompatibilidade processual na ação.

Afirmações dessa magnitude necessitariam de uma ampla demonstração factual dessa pretensa realidade que se apresenta. É inconcebível que se suponha, no âmbito de um processo judicial que defronta a constitucionalidade, ou inconstitucionalidade, de uma regra perante uma norma axiológica, a invalidade daquela sem a apresentação de dados que ratifiquem a afronta à norma-princípio. A aceitação dessa conduta geraria a inconsistência do sistema jurídico, no qual regras seriam afastadas pela mera referência retórica aos princípios, sem que sequer se comprovasse que a situação fática apontada seria real.

Dessa forma, inferências como a de que as doações empresariais deturpariam o sistema político decorrente do controle de elites econômicas exigiriam, minimamente, a apresentação de dados eleitorais que apontassem uma maior possibilidade de sucesso eleitoral de um candidato que recebesse tais doações. Não se verifica, todavia, um dado sequer de que o número de candidatos eleitos num pleito eleitoral, recente à época de propositura da ADI, teria correlação com o valor das doações recebidas.

Para Ran Hirschl (2012, p. 60) o mundo jurídico tem sido ineficiente em mesclar o conhecimento e contribuição de outras áreas ao campo do direito, de modo que são raros os debates realizados que abordam estudos de outras áreas como a ciência política, a filosofia, sociologia, etc. Neste caso concreto, há diversos estudos que abordam os perfis dos políticos brasileiros, os caminhos que conduzem sua eleição, entre outros fatores. A argumentação, entretanto, ignora a questão e apresenta sustentações que se resumem a fatores normativos.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4650**. Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. j. 17/09/2015. DJE e DOU 24/09/2015

Não se busca, com isso, denegar uma realidade que possivelmente seria tida como *óbvia* ao intérprete. O que se mostra incompatível com o sistema jurídico é que a sustentação da afirmação de que a ordem eleitoral estaria abalada pela competição desigual entre candidatos, devido às doações eleitorais desproporcionais, não seja acompanhada de um dado empírico correlato, e, de toda forma, seja suficiente para se inferir a desobediência ao princípio da igualdade.

Essa mesma conduta se demonstra na alegação de desrespeito ao princípio democrático. Segundo a tese defendida, *a norma-princípio não se compatibiliza com a disciplina legal da atividade política que tenha o efeito de atribuir um poder muito maior a alguns cidadãos em detrimento de outros*. Neste caso, a transgressão ao dever de argumentação da parte parece ainda mais explícita.

A princípio, é indiscutível que a atribuição de espaços de poderes distintos aos cidadãos no âmbito de um processo eleitoral seria afrontosa ao ideal democrático. Como assertivamente aponta a petição da OAB “a ideia de democracia pressupõe a igualdade política dos cidadãos. *É essa igualdade que está por trás da atribuição do mesmo valor a todos os votos*” (BRASIL, 2015, grifo nosso)⁷. Nesse contexto, a eleição garantiria a igualdade de participação dos eleitores no processo democrático, na medida em que não há distinção do valor do voto.

Para se sustentar haver algum mecanismo estranho à lógica eleitoral que mitigasse a igualdade de condições aos eleitores seria necessário argumentos empíricos, o que não é notado no caso em questão. Como na abordagem do princípio anterior, não se consegue verificar qualquer indicativo que aponte o favorecimento, em maior ou em menor grau, de um candidato que fosse beneficiado por doações de pessoas jurídicas e outro que obtivesse apenas doações de pessoas físicas, por exemplo.

Na abordagem do princípio republicano, segue-se ainda uma outra linha argumentativa, que incorre em idênticas inconsistências. Nesse caso, a peça aponta uma correlação entre as doações empresariais a práticas corruptas no cenário político brasileiro:

O sistema de financiamento de campanhas hoje existente fomenta estas práticas antirrepublicanas ao invés de combatê-las. No Brasil contemporâneo, raros são os escândalos políticos que não têm alguma correlação com o financiamento das

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4650**. Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. j. 17/09/2015. DJE e DOU 24/09/2015

campanhas eleitorais. Tragicamente, é comum que o dinheiro investido nas campanhas seja, depois, subtraído aos cofres públicos (BRASIL, 2015).

A alegada relação promíscua entre o poder econômico e o meio político, da mesma maneira, não é observada. A sustentação realizada se limita a traçar um panorama amplo do princípio na esfera eleitoral, ao que se estaciona em pontos comuns e incontroversos, como o indicativo de que “o princípio republicano envolveria múltiplas exigências, revestidas de profundo significado ético, como a responsabilidade jurídico-política dos agentes públicos” (BRASIL, 2015)⁸. No entanto, verificação empírica de que a doação empresarial é afrontosa a esses valores é ignorada e não é indicada em casos reais.

De maneira que a peça formulada pela OAB abusa da aplicabilidade dos princípios por ser incapaz de apontar como há pressupostos inconstitucionais no tocante à possibilidade da doação empresarial a campanhas políticas. Esse indicativo, conforme exposto, dependeria de uma consistente linha argumentativa fundada em dados verídicos que não foi verificada no caso, ao que se incidiria a inépcia da petição inicial.

5.2 O Voto do Ministro-Relator e a sua inconsistência argumentativa

A construção do raciocínio argumentativo que levou o ministro Luiz Fux a concluir pela inconstitucionalidade do financiamento privado de campanhas políticas iniciou com a audiência pública convocada pelo STF. As contribuições do professor titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Daniel Sarmento, foram, inequivocamente, as que mais reverberaram no voto vencedor do relator.

A praxe do Tribunal tem sido a de convocar audiências públicas, comuns aos Parlamentos ao redor do mundo, para resolver questões técnicas sobre temas contravertidos que chegam à Corte. Sustentou o relator, quando da convocação, que não era objetivo da reunião organizada com especialistas, classe política e sociedade civil buscar interpretações doutrinárias do texto constitucional sobre o assunto, mas um debate fático sobre as vantagens e desvantagens do sistema ora vigente.

No entanto, da leitura das transcrições da audiência pública e do voto do ministro, resta clara a vasta referência que faz à obra de Sarmento. Seguindo a mesma linha argumentativa, o ministro inaugura seu voto sugerindo ao Legislativo, sugerindo que pecara em reação à

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4650**. Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. j. 17/09/2015. DJE e DOU 24/09/2015

“reforma estrutural mais importante (ainda) a ser formulada no país: a Política” (BRASIL, 2015).

De fato, antes de adentrar no mérito da argumentação, tratou-se nas palavras do relator, não de uma mera declaração de inconstitucionalidade em abstrato da Lei Eleitoral, mas de uma *sentença aditiva de princípio*, isto é, o entendimento de que a omissão dos princípios republicano, democrático e da igualdade pela edição legislativa das normas questionadas teria violado a Constituição. Nesse tipo de decisão, além da declaração de inconstitucionalidade, de legislar negativamente, a Corte Constitucional, de maneira ativa, traça uma moldura constitucional ao Parlamento, sinalizando aos Deputados e Senadores a forma com que deve escrever a lei (CAMPOS, 2013, p. 120-121).

A construção do mérito do financiamento privado no voto do ministro foi parecida com o da petição inicial da OAB. Os princípios invocados são atacados ao longo do voto, em um senso de complementaridade entre princípio da igualdade, republicano e democrático.

Para tratar do primeiro, o ministro lança mão justamente de Robert Alexy. Segundo ele, haveria um descompasso entre a teoria do alemão e a razão legislativa das leis eleitorais. Se a orientação do Legislativo deveria ser guiada por uma norma que coibisse o surgimento de *relações promíscuas* entre os poderes político e econômico, *deveria esta ter proibido a doação por empresas privadas*. Com base no argumento de Alexy, o ministro conclui que somente se admite desigualdade ao princípio da igualdade à medida que se tenha um confronto principiológico no caso concreto, desaguando, assim, no mesmo problema do balanceamento.

Sobre o princípio republicano, Fux contesta o interesse constitucional em se permitir a doação privada por pessoas jurídicas, argumentando que isso resulta em uma proteção ineficiente da República. Em nenhum momento, no entanto, o ministro trata do princípio, destacado pelo Artigo 1º da Constituição Federal de 1988, separado do princípio democrático. O argumento de que o sistema eleitoral, como fora até então, trazia consequências, e resultados, antirrepublicanos. A impugnação foi feita justamente sobre esses resultados, já que as principais doadoras das campanhas guardavam intrínseca relação com o Poder Público e que isso produzia estado de inconstitucionalidade permanente.

Já na peça inicial, a premissa é a de que há desigualdade política entre os que recebiam e os que não recebiam financiamentos e a de que o Parlamento deveria criar iguais chances de oportunidades entre os partidos políticos para terem uma arena justa no embate eleitoral. O argumento de Fux é o de que qualquer reforma política produzida fora da arena legislativa seria antidemocrática. Contradizendo-se, mesmo assim, Fux supera o caráter substantivo do procedimento legislativo e diz que é “dever da Corte Constitucional otimizar e aperfeiçoar o

processo democrático, de sorte a corrigir patologias que desvirtuem o sistema representativo [...]” (BRASIL, 2015)⁹. O ministro levanta, reiteradas vezes, o questionamento se a Lei Eleitoral promovia o princípio democrático, ou se seria uma barreira ao seu *adequado funcionamento*. No entanto, exime-se de desenvolver esse ponto para demonstrar o que seria um funcionamento adequado da normatização do princípio democrático.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo apresentado possibilita a conclusão de que a decisão do Supremo Tribunal Federal de declarar inconstitucional a legislação eleitoral vigente aponta para um uso abusivo dos princípios. Isso porque restou claro o uso retórico dos princípios constitucionais democrático, republicano e da igualdade em favor de um anseio representativo de pautar a atuação do Supremo Tribunal Federal pela opinião média popular na elucidação da matéria.

As argumentações da ação e do voto vencedor não trataram de densificar as noções dos princípios da igualdade, república e democracia. Com isso, foram incapazes de demonstrar a inconstitucionalidade das regras eleitorais da Lei 9.096/95 e da Lei 9.504/97 com base no seu confronto com os princípios constitucionais. Verificou-se, da interpretação do Acórdão, ampla ausência de elementos que indicassem a violação às normas.

Como bem concluiu o voto vencido do então ministro Teori Zavascki (BRASIL, 2015), a decisão pela inconstitucionalidade representou um *monólogo unidirecional*, em que o Supremo definiu, ou melhor, atuou, com base em parâmetros de atuação legislativa do Congresso Nacional. Na pretensa de buscar diálogo institucional com o outro Poder, esculpido no ideal de que o controle constitucional das normas deveria afastar aquelas inválidas perante a Constituição Federal, optou-se por ser a voz da última palavra sem se amparar nos pressupostos necessários.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4650**. Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. j. 17/09/2015. DJE e DOU 24/09/2015

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Tradução: Menelick de Carvalho Netto.

AZZARITI, Gaetano. **Interpretação e teoria dos valores: retorno à Constituição**. Revista Brasileira de Direito Constitucional. São Paulo. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. 2005.

_____. BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. 2003.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Constituição e constitucionalismo. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 1993.

CARVALHO NETTO; Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte. Fórum. 2011.

COSTA, Alexandre. **Judiciário e interpretação: entre direito e política**. Pensar, Fortaleza. 2013.

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

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo. Landy. 2004, p. 67. Tradução de Cláudio Moltz.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HIRSCHL, Ran. A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. *In*: MOREIRA, Luiz (org.). **Judicialização da política**. 22 Editorial. São Paulo. 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo. Martins Fontes. 1998.

LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição evolutiva. *In*: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jorg. **Il futuro della costituzione**. Torino: Einaudi, 1996. Tradução: Menelick de Carvalho Netto.

MARTINS, Argemiro Cardoso; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. **Revista Direito GV 3**. 2006.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. WMF Martins Fontes. São Paulo. 2013.

RAMOS, Elival. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos**. Saraiva. São Paulo. 2015.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. 2009.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade: Debate entre o STF e o Congresso Nacional**. Saraiva. São Paulo. 2015.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. Martins Fontes. São Paulo. 2003.

THE ABUSE OF PRINCIPLES IN THE FEDERAL SUPREME COURT'S DECISION OF IDA 4650

ABSTRACT

The article discusses the applicability of principles and rules under the approach of abuse of principles in decision making by the Federal Supreme Court in Direct Action of Unconstitutionality 4650, which ruled companies' donation to electoral campaigns unconstitutional. This argued abusive principle is verified from the decision's argumentative construction. In the end, this paper concludes that the Action based its premises on the abuse of axiological norms by the absence of empirical assumptions that justify its normative frameworks.

Keywords: Principles abuse. Neo-constitutionalism. Supreme federal court. IDA 4650.