



Centro Universitário de Brasília – UNICEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

ANJULI TOSTES FARIA OSTERNE

O DIREITO À INFORMAÇÃO À LUZ DA PERSPECTIVA DO DIREITO
COMO TRUNFO DE DWORKIN

BRASÍLIA
2014
ANJULI TOSTES FARIA OSTERNE

O DIREITO À INFORMAÇÃO À LUZ DA PERSPECTIVA DO DIREITO
COMO TRUNFO DE DWORKIN

Monografia para conclusão do curso de Direito, na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais-FAJS, da Universidade Centro de Ensino Superior de Brasília-UNICEUB, sob orientação do Professor Alvaro Luis de Araújo Sales Ciarlini.

BRASÍLIA
2014

ANJULI TOSTES FARIA OSTERNE

O DIREITO À INFORMAÇÃO À LUZ DA PERSPECTIVA DO DIREITO
COMO TRUNFO DE DWORKIN

Monografia para conclusão do curso de Direito, na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais-FAJS, da Universidade Centro de Ensino Superior de Brasília-UNICEUB, sob orientação do Professor Alvaro Luis de Araújo Sales Ciarlini.

BRASÍLIA, 2014

BANCA EXAMINADORA:

Professor Alvaro Luis de Araújo Sales Ciarlini

Professor José Eduardo Elias Romão

Professor Ivan Cláudio Borges

É preciso que se compreenda que não existe liberdade sem igualdade e que a realização da maior liberdade na mais perfeita igualdade de direito e de fato, política, econômica e social ao mesmo tempo, é a justiça.

(Mikhail Aleksandrovitch Bakunin)

RESUMO

A perspectiva do direito como trunfo de Dworkin evidencia a importância de se levar os direitos a sério, sob pena de esvaziá-los em sua força e sentido. Para o autor, o direito é uma promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas, razão pela qual não deve ser subordinado por argumentos de cunho utilitarista formulados pelo Estado. Utilizando o ferramental oferecido pela teoria do direito de Dworkin, com especial ênfase na concepção de trunfo e na visão do direito como integridade, analisou-se o acórdão do Supremo Tribunal Federal referente ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) n. 23.036-1/RJ, cuja discussão centrou-se no direito a informação. A partir da referida análise, concluiu-se que a consideração do direito como trunfo foi variável determinante, no caso concreto, para a definição do resultado do julgamento e consequente entrega da informação requerida. Por fim, incorpora-se a contribuição do modelo procedimentalista de Habermas à teoria do direito de Dworkin, o que possibilita a evolução da compreensão do direito como trunfo na direção de uma concepção libertária. PALAVRAS-CHAVE: Direito. Trunfo. Integridade. Informação. Dworkin.

ABSTRACT

Dworkin's perspective of rights as trumps highlights the importance of taking the rights seriously, under the penalty of emptying them on their strength and meaning . For the author, the right is a promise of the majority to the minorities that their dignity and equality will be respected, reason why it should not be subordinated by utilitarian arguments formulated by the State. Using the tools offered by Dworkin's theory of law, with particular emphasis on the conception of trump and the vision of law as integrity, we analyzed the judgment of the Federal Supreme Court regarding to the Ordinary Appeal in Writ of Mandamus (RMS) n. 23.036-1/RJ, in which the discussion focused on the right to information. From the above analysis, it was concluded that the consideration of right as a trump was a key variable in the case in question to define the outcome of the trial and the resulting delivery of the requested information. Finally, we incorporate the contribution of Habermas' proceduralist model to Dworkin's theory of law, which enables the evolution of the understanding of rights as trumps towards a libertarian conception. KEYWORDS: Right. Law. Trump. Integrity. Information. Dworkin.

Sumário

I. INTRODUÇÃO.....	12
II. A TEORIA DO DIREITO DE DWORKIN.....	14
1) Os Direitos como Trunfos	14
2) Casos Dífceis.....	15
3) Direito e Moral.....	21
4) Peso e Ponderação	24
III. UM BREVE RELATÓRIO SOBRE O CASO ANALISADO	27
IV. ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA.....	30
1) Direito à intimidade	30
2) A Não Violação à Lei de Arquivos Públicos (Lei 8.159/91)	33
V. ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO NELSON JOBIM	40
VI. PROCESSO INTERPRETATIVO: DA CONCEPÇÃO SOLIPSISTA DE DWORKIN AO MODELO PROCEDIMENTALISTA DE HABERMAS	47
VII. CONCLUSÃO.....	52

I. INTRODUÇÃO

A teoria do direito de Ronald Dworkin fornece um relevante ferramental teórico para a tomada de decisão. Centrado na preocupação de que o juiz possa sempre identificar os direitos das partes no caso concreto, o autor formula um importante conceito: direitos são trunfos políticos frente a justificativas de fundo utilitárias formuladas pelo Estado. Esse conceito, aliado a uma compreensão do direito como integridade, será o norte para o desenvolvimento do presente trabalho.

Com esteio na teoria do direito formulada por Dworkin, será analisado o acórdão do Supremo Tribunal Federal referente ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) n. 23.036-1/RJ¹, em que os recorrentes se insurgiam contra a negativa de acesso às gravações das sustentações orais de julgamentos realizadas perante o Superior Tribunal Militar (STM) durante o período da ditadura.

Buscar-se-á, a partir da análise empreendida, responder a seguinte pergunta: a consideração dos direitos – e, nesse caso específico, do direito à informação - como trunfos tem impacto sobre a tomada de decisão?

No acórdão mencionado, um mesmo caso concreto ensejou duas decisões com perspectivas diametralmente opostas. Pretende-se investigar, por meio do presente trabalho, se a consideração do direito à informação como trunfo, sob a perspectiva de Dworkin, foi variável determinante para a definição do resultado do julgamento no caso concreto.

Primeiramente, faremos uma exposição geral da teoria do direito de Dworkin, tomando por base, principalmente, dois livros relevantes para sua compreensão: *Levando os Direitos a Sério (Taking the Rights Seriously, 1977)*², em que Dworkin expõe algumas de

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 23.036/RJ, pp. 246-282. Relator originário: Corrêa, Maurício. Relator para o Acórdão: Jobim, Nelson. Segunda Turma. Recorrentes: Fernando Augusto Henriques Fernandes e outro. Recorrido: Superior Tribunal Militar. Publicado no DJ de 25-08-2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115926>. Acessado em 10/03/2014. Acesso em 5 de março de 2014.

² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

suas ideias por meio de uma coleção de ensaios; e *O Império do Direito (Law Empire, 1986)*³, uma versão mais amadurecida em que autor desenvolve e aperfeiçoa algumas das concepções apresentadas no primeiro livro. Desse modo, serão explicitados os principais elementos da teoria de Dworkin, destacando-se os mais relevantes à análise empreendida, como a concepção de direitos como trunfos, a tese da única resposta correta, o conceito de norma jurídica, a distinção entre argumentos de princípio e de política, a interpretação construtiva e a concepção de direito como integridade.

Na sequência, a teoria do direito de Dworkin será utilizada como ferramenta para a análise dos votos dos ministros Maurício Corrêa e Nelson Jobim, no bojo do acórdão supramencionado. O primeiro, relator originário, decidiu pelo não provimento do recurso, com base, sucintamente, (i) na colisão entre o direito a informação e o direito a intimidade e (ii) na inaplicabilidade da lei de arquivos, negando, portanto, o direito a informação no caso concreto. O segundo, relator para o acórdão, entendeu pelo provimento do recurso, com base na não configuração de situação excepcional apta a limitar o direito a informação.

³ DWORKIN, Ronald [1986]. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

II. A TEORIA DO DIREITO DE DWORKIN

1) Os Direitos como Trunfos

*“Rights are best understood as trumps over some background justification for political decisions that states a goal for the community as a whole.”*⁴

Entre os importantes legados deixados por Ronald Dworkin à Teoria do Direito, destaca-se a concepção dos direitos como trunfos. Para Dworkin, direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm contra justificativas de fundo utilitário que possam ser apresentadas pelo Estado.

*“Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhe impor alguma perda ou dano”*⁵

A noção de “trunfo” é uma metáfora que alude a um jogo de cartas. Um trunfo deve representar uma vantagem no jogo para aquele que o possui, em relação a algo ou a alguém. Assim, no contexto político, um direito deve prevalecer quando contrastado com uma meta coletiva: ele representa um trunfo, portanto deve ter um peso maior na avaliação dos tomadores de decisão.⁶

Essa caracterização revela uma compreensão liberal do direito, que permeará do primeiro ao último escrito de Dworkin. Há, no entanto, uma evolução à descrição inicial de Carl Schmitt – que expressa um tom mais ideológico do que filosófico - pois não reveste os

⁴ “Direitos são melhor compreendidos como trunfos sobre alguma justificativa de fundo para decisões políticas que afirmem um objetivo para a comunidade como um todo.” (DWORKIN, Ronald. *Rights as Trumps*. In: WALDRON, Jeremy. *The Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 153).

⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. XV.

⁶ É importante compreender que, para Dworkin, tanto direitos quanto metas são expressões de objetivos políticos, e que esses últimos são justificações políticas genéricas para um determinado estado de coisas. Podemos considerar algo como um objetivo político no âmbito de uma teoria política se, para essa teoria, ele contar a favor de uma decisão política que tem a probabilidade de promover um estado de coisas, e contra uma decisão que irá retardar sua ocorrência ou colocar esse estado de coisas em perigo. Um objetivo político pode se manifestar tanto como um direito quanto como uma meta no âmbito de uma determinada teoria política: um direito é um objetivo político individuado, enquanto uma meta é um objetivo político não-individuado. (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 142-143.)

direitos fundamentais de um pretensão caráter absoluto⁷. Na verdade, a própria definição do direito como trunfo explicita que, em casos extremos, é possível que uma meta coletiva⁸ venha a se sobrepor a um direito subjetivo⁹:

*“Segue-se, da definição direito, que ele não pode ser suplantado por qualquer meta social. Para simplificar, podemos dizer que não chamaremos de direito qualquer objetivo político, a menos que ele tenha um certo peso contra as metas coletivas em geral; a menos que, por exemplo, não possa ser invalidado mediante o apelo a qualquer das metas rotineiras da administração política, mas somente por uma meta de urgência especial.”*¹⁰

Conferir o devido peso aos direitos, portanto, envolve a compreensão de que é preciso levar os direitos a sério, sob pena de esvaziá-los em seu sentido. Em última análise, os direitos são uma promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas¹¹, e devem ser tratados com o devido apreço por seus aplicadores.

2) Casos Difíceis

Segundo Dworkin, quando juristas tentam descrever a lei por meio de conceitos que não são claros – “normas de textura aberta”, no dizer de Hart - acabam por gerar nos aplicadores do direito perplexidades conceituais, e a controvérsia entre esses aplicadores é um desacordo não sobre o fato ou a doutrina, mas sobre a forma correta de interpretar esses

⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Madrid: Alianza, 1996, p. 169

⁸ Meta é um objetivo político não-individuado, ou seja, promove um estado de coisas cuja especificação não requer a concessão de nenhuma oportunidade ou recurso particular, nem de nenhuma liberdade para indivíduos determinados. Uma meta coletiva estimula as trocas de benefícios e encargos em uma determinada comunidade, visando a produção de algum benefício geral para a comunidade como um todo. Como exemplos de meta, temos a eficiência econômica e a segurança nacional. (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 143.)

⁹ Um direito é um objetivo político individuado, pois conta a favor de uma decisão política que promove um determinado estado de coisas no qual se concede uma oportunidade, recurso ou liberdade para indivíduos determinados - mesmo que com isso nenhum outro objetivo político seja servido e algum objetivo político seja desservido – e conta contra uma decisão que retarde ou coloque em perigo esse estado de coisas, mesmo que com isso algum outro objetivo político possa ser afetado. (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 142-143.)

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 144. (Aqui fiz uma correção na tradução, para manter a fidedignidade ao texto original.)

¹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 314.

conceitos. Não haveria clareza, portanto, sobre o modo como resolver controvérsias conceituais com base nas técnicas correntemente utilizadas pelos juízes na prática do direito.¹²

Há, também, um outro tipo de dificuldade interpretativa imposta aos aplicadores do direito, que se manifesta quando não é possível identificar de forma precisa, no caso concreto, a regra correta a ser aplicada: seja porque há dúvidas entre a aplicabilidade de duas ou mais regras, seja porque não existe regra alguma que poderia subsumir o fato no caso concreto.¹³

Esses dois tipos de problemas manifestam-se especialmente no que Dworkin chama de “casos difíceis”, e requerem, portanto, a aplicação de um método especial para serem solucionados. As soluções oferecidas pelo positivismo jurídico - criticado pelo autor em sua versão mais refinada, formulada por Hart – e pela teoria do direito de Dworkin fornecem respostas distintas para esses problemas, que serão aqui brevemente analisadas.

O positivismo concebe o direito como um sistema de regras. Essas regras são consideradas como válidas se, quando da sua gênese, tiverem sido formuladas respeitando procedimentos pré-estabelecidos, que fazem referência a uma “regra fundamental de reconhecimento”.¹⁴

Hart reconhece que as regras jurídicas possuem limites imprecisos, em virtude de sua “textura aberta”. Além disso, há situações em que não haveria uma regra explícita a ser aplicada ao caso. Nesses casos problemáticos, Hart afirma que os juízes estariam autorizados a exercer um poder discricionário, estabelecendo uma nova legislação no caso concreto¹⁵. Segundo Dworkin,

“a teoria do direito clássica pressupõe que os juízes decidam os casos em duas etapas: encontrem o limite daquilo que o direito explícito exige e, em seguida, exerçam um poder discricionário independente para legislar sobre problemas que o direito não alcança.”¹⁶

¹² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 3.

¹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 55.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 33.

¹⁵ HART, H. L. A., *The Concept of Law*, apud DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 35.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 195.

Em *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin demonstra que esses resultados que conduzem a uma discricionariedade do juiz são inevitáveis para aqueles que pensam o direito como um conjunto de regras jurídicas.¹⁷ Tendo isso em conta, propõe uma nova abordagem para resolver os problemas apresentados nos casos difíceis: atribui ao juiz a obrigação de investigar exaustivamente a única resposta certa para o caso concreto, com base na melhor interpretação moral possível das práticas em vigor em uma determinada comunidade. Para explicitar essa missão, se utiliza da metáfora do juiz Hércules, um jurista de “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”¹⁸, que tomará sua decisão com base naquilo que a intenção legislativa e os princípios requerem, de modo a “fazer cumprir os direitos institucionais verdadeiros daqueles que procuram o seu tribunal”¹⁹. Habermas nos fornece uma descrição da missão desempenhada por esse juiz filósofo:

“O ‘juiz Hércules’ dispõe de dois componentes de um saber ideal: ele conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação; ao mesmo tempo, ele tem uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos. Ambos os componentes traçam limites à construção da teoria. O espaço preenchido pela sobre-humana capacidade argumentativa de Hércules é definido, de um lado, pela possibilidade de variar a hierarquia dos princípios e objetivos do direito positivo e de corrigir ‘erros’. Hércules deve descobrir a série coerente de princípios capaz de justificar a história institucional de um determinado sistema de direitos, ‘do modo como é exigido pela equidade’.”²⁰

Dworkin entende que, para levar os direitos a sério, é preciso que o juiz continue investigando qual seria a resposta certa para o caso em questão, mesmo quando as regras não oferecem uma solução. Cada caso, portanto, ensejaria uma única resposta certa, e, para alcançá-la, seria necessário compreender o direito de uma forma mais abrangente, introduzindo-se no conceito de norma também os princípios jurídicos.²¹ As normas jurídicas seriam, portanto, na teoria dos direitos de Dworkin, de dois tipos: regras, aplicáveis à maneira

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 165.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 192.

²⁰ HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 263.

²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

do tudo-ou-nada, e princípios, que apenas inclinam a percepção do juiz em uma determinada direção. Segundo Dworkin:

“A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. Regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão; (...) Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta o peso de cada um.”²²

Para Hart, toda decisão seria uma estipulação de significado, e, portanto, ensejaria a criação de novas normas jurídicas.²³ Dworkin discorda: em casos difíceis, os juízes não possuem discricionariedade para atuar como “legisladores delegados”, permanecendo obrigados a identificar o direito aplicável ao caso concreto²⁴: devem buscar a “melhor interpretação” para o caso à luz da perspectiva do direito como integridade. Essa “melhor interpretação” é obtida por meio de uma “atitude interpretativa”, que se desenvolve sobre um conjunto de procedimentos (etapas interpretativas) destinados à aplicação do Direito de maneira congruente com os princípios e a moral existentes na base da comunidade política.²⁵

Em *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin já prevê que essas questões pedem uma análise do uso moral conceito, e não meramente de seu uso legal.²⁶ Para Dworkin, “os problemas do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos”, como querem fazer crer os positivistas.²⁷ Em *O Império do Direito*, a tese da única resposta certa apresenta uma evolução: o juiz Hércules passa de um juiz

²² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 39-42

²³ Hart e A. M. Honore, no livro *Causation in the Law* (A Causação no Direito) discutiram as perplexidades conceituais relativas ao conceito de “infração legal”, mas, ao contrário dos demais positivistas predecessores de Hart, propuseram-se a explicar tanto os sentidos cotidianos como os estritamente jurídicos desse conceito. Hart e seus demais colegas da corrente filosófica de Oxford, e J. L. Austin em particular, focaram no estudo da linguagem para definir o sentido que devem ter as regras para os seus aplicadores. (in: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 12.).

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 129.

²⁵ DWORKIN, Ronald [1986]. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 52.

²⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 6.

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 12.

devotado aos princípios para um aplicador do direito na busca da “melhor interpretação” para o caso, que estará fundada em uma compreensão do direito como integridade.²⁸

Em *O Império do Direito*, Dworkin ataca a teoria semântica positivista de forma mais detalhada, descrevendo seus defensores como prisioneiros do “agulhão semântico”. Para esses teóricos, o direito se resumiria a uma questão de fato, um dado objetivo, e os conceitos jurídicos como convenções jurídicas para o uso de certos termos. Segundo Dworkin, os desacordos acerca do direito não são meros desacordos verbais – se assim fosse, bastaria, como creem os partidários da Teoria do Dado Objetivo (*Plain Fact Theory*), uma pesquisa acerca dos sentidos atribuídos a esses conceitos jurídicos indeterminados. Na verdade, os desacordos acerca do Direito envolvem conflitos interpretativos: os conceitos não decorrem de simples convenções, mas de interpretação. O Direito não é, portanto, uma mera questão de semântica, mas de “concepção”.²⁹

Para Dworkin, o habitat do fenômeno jurídico é a controvérsia e o debate, razão pela qual propõe que se realize uma interpretação com características específicas, denominada “interpretação construtiva”. A “interpretação construtiva” visa “impor um propósito a um objeto ou prática, afim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”³⁰. Essa interpretação pressupõe uma “atitude interpretativa”, realizada do ponto de vista interno³¹, que implica na busca pela finalidade geral da prática (dimensão crítica), de modo que seja possível compreender a melhor maneira de se continuar essa prática (dimensão construtiva). Quando desenvolvida de forma apropriada, a atitude interpretativa implica que “a interpretação repercute na prática, alterando sua forma, e a nova forma incentiva uma nova interpretação”³², estabelecendo-se uma relação dialógica. Portanto, a prática, ou o conceito jurídico, possui um valor, e é compreendida, aplicada, modificada, limitada ou ampliada de acordo com esse valor.

²⁸ DWORKIN, Ronald [1986]. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 52-53.

²⁹ DWORKIN, Ronald [1986]. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 31-33.

³⁰ DWORKIN, Ronald [1986]. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 53.

³¹ DWORKIN, Ronald [1986]. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 47.

³² DWORKIN, Ronald [1986]. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 48.

A investigação a respeito do valor dessa prática, empreendida por meio da interpretação construtiva, deve ser concebida à luz da concepção de direito como integridade³³. Essa concepção introduz uma noção de congruência com um todo admitido como coerente em uma comunidade de princípios, e é aplicada tanto na atividade legislativa quanto na deliberação judicial.³⁴ Segundo Dworkin:

“A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por essa razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo. (...) O princípio legislativo da integridade exige que o Legislativo se empenhe para proteger, para todos, aquilo que vê como seus direitos morais e políticos, de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade. (...) O princípio judiciário da integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade jurídica personificada – expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”³⁵

A compreensão do direito como integridade, traduz, portanto, uma noção de coerência interna ao sistema jurídico em relação às concepções de justiça e de equidade. Habermas explica o sentido de coerência em Dworkin:

“Coerência é uma medida para a validade de uma declaração, a qual é mais fraca que a verdade analítica, obtida através da dedução lógica, porém mais forte do que o critério da não-contradição. A coerência entre enunciados é produzida através de argumentos substanciais (no sentido de Toulmin), portanto através de argumentos que revelam a qualidade programática de produzir um acordo racionalmente motivado entre participantes da argumentação.”³⁶

³³ Ao desenvolver esse conceito, Dworkin utiliza a metáfora do romance em cadeia, que é um aprimoramento da ideia de “teia inconsútil” apresentada em *Levando os Direitos a Sério*. Segundo essa metáfora, o intérprete, ao aplicar uma norma da qual não é autor, deve fazê-lo como se estivesse escrevendo o próximo capítulo de um romance: respeitando a congruência textual e a coerência narrativa tanto com capítulos já escritos quanto com os capítulos futuros, representados pelos próximos casos relacionados àquela mesma prática social. (DWORKIN, Ronald [1986]. *Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 229 - 231.)

³⁴ DWORKIN, Ronald [1986]. *Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 211.

³⁵ DWORKIN, Ronald [1986]. *Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 221.

³⁶ HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 289.

A concepção de direito como integridade requer a aplicação de dois cânones interpretativos: a adequação, segundo a qual os juízes devem, ao interpretar, harmonizar-se com os materiais jurídicos / institucionais existentes, tais como disposições legislativas e precedentes; e a justificação, que é a interpretação de acordo com os princípios da equidade, da justiça e do devido processo legal adjetivo.³⁷

Juiz e legislador, para cumprirem a exigência da integridade, precisam agir de maneira congruente com os princípios e a moral política que se encontram na base da comunidade política personificada.³⁸ Desse modo, acordos semânticos adquirem importância secundária na interpretação de enunciados jurídicos.

Os juízes devem, portanto, mesmo nos casos difíceis, oferecer em suas decisões a melhor prática interpretativa à luz da perspectiva do direito como integridade. Incorporando-se a compreensão de direito como integridade à noção de direito como trunfo, uma interpretação sobre a aplicabilidade do direito a informação, no caso concreto, que enseje na perda de peso desse direito ao ponto de ele não ser mais apto a produzir efeitos, não seria condizente com os postulados da adequação e da justificação propostos por Dworkin, nem com a percepção de um direito embasado sobre uma comunidade de princípios: uma sociedade que é governada por princípios comuns, e não somente por regras criadas em conformidade com um acordo político.³⁹

3) Direito e Moral

A expurgação da moral do contexto jurídico havia sido estabelecida pelo positivismo jurídico na busca de uma pretensa “pureza” das normas jurídicas. No entanto, ela acaba sendo, por eles, contraditoriamente resgatada no contexto dos casos difíceis, sem o componente de racionalidade alcançado quando se utiliza o direito como um *medium* para a sua assimilação. Segundo Habermas:

³⁷ DWORKIN, Ronald [1986]. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 166.

³⁸ DWORKIN, Ronald [1986]. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 52.

³⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 254.

“A ligação da validade do direito à sua gênese não permite uma solução simétrica do problema da racionalidade. A razão ou a moral são, de certo modo, subordinadas à história. Por isso, a interpretação positivista da prática de decisão judicial faz com que, no final das contas, a garantia de segurança jurídica eclipse a garantia de correção. A precedência da segurança jurídica revela-se no modo como o positivismo trata os “casos difíceis” (hard cases). Em tais casos, se revela de modo bastante claro o problema hermenêutico fundamental: como fundamentar a adequação de decisões seletivas inevitáveis? O positivismo aborda superficialmente esse problema e analisa suas consequências como sintomas de uma imprecisão inevitável de formulações da linguagem coloquial. Hart pensa que a carência interpretacional das normas jurídicas é resultado da estrutura aberta das linguagens naturais e chega a uma conclusão decisionista. Na proporção em que o direito vigente não é suficiente para a determinação precisa de um estado de coisas, o juiz deve decidir conforme seu próprio arbítrio. O juiz preenche o seu espaço de arbítrio através de preferências não fundamentáveis juridicamente, e às vezes orienta suas decisões por padrões morais, que não são mais cobertos pela autoridade do direito.”⁴⁰

Dworkin, por seu turno, procura resgatar a referência moral ao direito, sem, contudo, conferir a ele um caráter axiológico. Para tanto, o autor faz uma distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política, estabelecendo que, muito embora ambos estejam relacionados a conteúdos morais, somente os primeiros podem ser utilizados pelos juízes na formulação de suas decisões.⁴¹

Isso decorre do fato de que os argumentos de princípio, destinados a estabelecer direitos individuais⁴², já se incorporaram ao Direito pela mediação do processo legislativo ou das instituições⁴³, segundo um critério de coerência⁴⁴. Por outro lado, os argumentos de política, destinados a estabelecer objetivos coletivos⁴⁵, não passaram por esse filtro.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 251.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 151.

⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 141.

⁴³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 132–139.

⁴⁴ “Um argumento de princípio pode oferecer uma justificção para uma decisão particular, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas. Isso é dificilmente surpreendente, mas o argumento não se sustentaria se os juízes fundamentassem suas decisões em argumentos de política. Nesse caso, eles teriam liberdade para dizer que uma determinada política pode ser adequadamente sustentada, no caso em juízo, precisamente quando se concede, por exemplo, o subsídio necessário a alguma indústria com problemas, de sorte que nem as decisões anteriores, nem as hipotéticas decisões futuras precisem ser compreendidas como uma sustentação da mesma política. Coerência aqui significa, por certo, coerência na aplicação do princípio que se tomou por base, e não apenas na aplicação da regra específica anunciada em nome desse princípio. Se, por exemplo, o princípio segundo o qual ninguém tem o dever de indenizar as perdas remotas ou inesperadas que decorram de sua

Para explicitar essa diferenciação, Dworkin formula um exemplo no qual uma empresa aeronáutica ingressa com uma ação para pleitear o recebimento de um subsídio previsto em lei. Ao invocar o direito a esse subsídio, a autora está formulando um argumento de princípio, pouco importando se a defesa nacional ou a eficiência econômica global poderão ser melhoradas com a sua concessão, muito embora esse tipo de argumento pudesse estar presente na gênese da lei. Poder-se-ia admitir, inclusive, que a lei estava politicamente errada quando foi adotada. O direito ao subsídio não depende mais de um argumento de política para justificá-lo, pois o processo legislativo o transformou em uma questão de princípio.⁴⁶

Ao contrário de Dworkin, os positivistas não estabelecem distinção alguma entre argumentos de princípio e de política. Para os positivistas, uma decisão apropriada para um caso difícil estaria na esfera discricionária do juiz, podendo estar embasada tanto em argumentos de princípio quanto de política.⁴⁷ Assim, o positivismo acaba incorrendo em contradição: promete um direito puro pretendendo distanciá-lo da moral, mas permite que critérios axiológicos penetrem em suas decisões nos casos difíceis, sem que tenham passado pela mediação do direito.

Segundo Carvalho Neto, Dworkin admite que o Direito recepcione os conteúdos morais de uma comunidade de princípios para conferir a esses maior densificação, de modo que passem a funcionar não mais como critérios axiológicos, mas jurídicos:

“A teoria de Dworkin defende que a Constituição constitui uma comunidade fundada sobre princípios, a chamada comunidade de princípios. Uma comunidade que se alicerça sobre o reconhecimento recíproco da igualdade e da liberdade de todos e cada um de seus membros. Esses princípios que constituem a base dessa comunidade são princípios que o Direito tomou emprestado da moral, uma moral de princípios extremamente abstratos e universais. Porém, o Direito, ao recepcionar esse abstrato conteúdo moral, empresta-lhe maior densidade e

negligência for usado como base para justificar uma decisão favorável ao réu no caso da Spartan Steel, deve-se então mostrar que a regra formulada em outros casos, que permite a indenização nos casos de declarações falsas e negligentes, é consistente com esse princípio; e não apenas que a regra sobre as declarações falsas e negligentes é uma regra diferente daquela que foi aplicada ao caso da Spartan Steel.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 1439.)

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 141.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 143.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 131 e 132.

concretude, ao passo que a moral fornece ao Direito sua legitimidade. Esse conteúdo moral incorporado ao Direito como direitos fundamentais, submete-se ao código próprio do Direito, ou seja, funciona como Direito, e não mais como moral.”⁴⁸

Além disso, Dworkin também se distancia do positivismo por conferir um critério material para a atribuição de validade a uma norma: a coerência com uma norma tida por Dworkin como fundamental, o direito à igual consideração e respeito:

“(...) o direito a igual consideração e respeito é mais fundamental que os outros direitos desde uma outra perspectiva, pois mostra como a própria ideia de um objetivo coletivo pode ser derivada daquele direito fundamental. Se assim for, o direito à consideração e ao respeito é tão fundamental que não pode ser apreendido através da caracterização geral dos direitos como triunfos diante dos objetivos coletivos, a não ser como um caso limite, pois ele é a fonte tanto da autoridade geral dos objetivos coletivos quanto das restrições especiais à autoridade desses objetivos, usada para justificar direitos mais particulares.”⁴⁹

A preocupação de Dworkin em atribuir uma força preponderante aos direitos individuais e em atrelá-los a um critério de validade substantivo reflete uma tendência comum aos autores pós-positivistas, que visam, a partir de uma reconciliação do direito com valores éticos e morais, evitar sua instrumentalização para legitimar ordens políticas autoritárias. Os horrores praticados pelo fascismo e pelo nazismo na Europa, bem como pelas ditaduras latino-americanas, sob um pretense manto de legalidade e fundados no argumento de um “interesse público” superior aos direitos individuais revelaram a necessidade de uma reaproximação do Direito com os seus princípios fundamentadores, agora alçados ao status de típicas normas jurídicas.

4) Peso e Ponderação

A dimensão de peso, atribuída por Dworkin aos princípios, relevante para os casos de colisão, difere-se, porém, do critério de ponderação produzido por Alexy. Habermas explica que Dworkin resolve o problema da colisão de princípios por meio de uma noção de

⁴⁸ CARVALHO NETO, Menelick de. Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013b, p. 7 (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. XX.

transitividade (portanto, operada em uma relação binária), em que um princípio pode gozar de primazia no caso concreto, “porém não ao ponto de anular a validade dos princípios que cedem o lugar”⁵⁰:

*“Um princípio passa à frente do outro, conforme o caso a ser decidido. No desenrolar dos casos, estabelece-se entre os princípios uma ordem transitiva, sem que isso arranhe sua validade”*⁵¹

A obediência a um código binário é, para Habermas, característica às normas jurídicas, uma vez que “tanto as regras como os princípios são mandamentos (proibições, permissões), cuja validade deontológica exprime o caráter de obrigação”.⁵²

Alexy, ao conferir aos princípios uma gradação no momento de sua aplicação, por meio da regra do balanceamento, adota, segundo Habermas, um procedimento tipicamente axiológico, o que tem por consequência a subtração ao direito do seu fundamento de racionalidade.⁵³

*“A distinção entre esses princípios e regras não pode ser confundida com a distinção entre normas e determinação de objetivos. Princípios e regras não têm estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização – conforme é sugerido pela ‘ponderação de bens’ nas demais doutrinas metodológicas, porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica.”*⁵⁴

Ao evidenciar a percepção de uma dimensão axiologizante conferida pela teoria de Alexy aos princípios, Habermas chama atenção para os riscos que essa concepção traz aos direitos individuais. Quando se atribui uma dimensão de “ponderação” aos direitos, estes,

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 258-259.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 259.

⁵² HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 259.

⁵³ HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants, Benjamin N. Cardozo School of Law. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Orgs.). *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1998, p. 429.

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 258, em uma referência à ALEXY: Cf. ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden, 1985 e Frankfurt a/M., 1986, 75ss. Cf. a crítica de GÜNTHER, K. *Der Sinn für Angemessenheit*. Frankfurt a/M., 1988, 268ss.

assim como os valores, passam a poder ser negociados segundo um critério de preferência (ao invés do critério de aplicação/não-aplicação, inerente às normas), permeando a decisão de elementos de convicção subjetivos⁵⁵: resultado que se contrapõe frontalmente à concepção de direitos como trunfos formulada por Dworkin e, em última análise, ao próprio princípio democrático.

Tomando esses pontos cardeais da teoria do direito de Dworkin, passaremos agora a analisar o acórdão referente ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) n. 23.036-1/RJ.

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants, Benjamin N. Cardozo School of Law. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Orgs.). *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1998, p. 429.

III. UM BREVE RELATÓRIO SOBRE O CASO ANALISADO

Para auxiliar a compreensão do caso, relataremos de maneira breve a trajetória processual até o momento da interposição do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 23.036/RJ⁵⁶, que ensejou o acórdão ora estudado.

Trata-se de requerimento em que se requeria o acesso a registros documentais e fonográficos de sessões de julgamento público do Superior Tribunal Militar para subsidiar a elaboração de um livro em homenagem a advogados que atuaram na defesa de acusados de crimes políticos durante o período da ditadura.

Fernando Henriques Fernandes, acadêmico de direito, e Fernando Tristão Fernandes, advogado, requereram administrativamente os mencionados registros ao Presidente do Superior Tribunal Militar. Em um primeiro momento (08/08/1997), o presidente da referida Corte deferiu o pedido do segundo requerente, no entanto, em 26/08/1997, reconsiderou o deferimento antes proferido para negar o acesso às gravações das sessões, sob o argumento de que estas “não seriam partes integrantes de qualquer processo” pois objetivariam tão somente “subsidiar internamente a elaboração dos acórdãos” e, ademais, que “a concessão de cópias de tais fitas viria a constituir indesejável precedente, a comprometer a estrita finalidade dos registros fonográficos nelas gravados”.

Ante a negativa do tribunal, os requerentes impetraram Mandado de Segurança, argumentando, em síntese, (a) que foram violados os incisos XIV e LX do art. 5º da Constituição Federal e negada vigência aos incisos XIII, XIV, XV e XVI do art. 7º da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil); arts 3º, 29, 75 e 387 do Código de Processo Penal Militar; art. 40 e 155, do Código de Processo Civil; arts. 4º e 22 da Lei 8.159/91 (Lei de Arquivos Públicos); e arts. 3º, 15 e art. 19, do Decreto n. 2.134/97, regulamentador da Lei n. 8.159/97; (b) que os processos que não estavam sob sigilo de justiça são públicos, devendo, portanto, ser franqueado o acesso destes ao cidadão para que

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 23.036/RJ, pp. 246-282. Relator originário: Corrêa, Maurício. Relator para o Acórdão: Jobim, Nelson. Segunda Turma. Recorrentes: Fernando Augusto Henriques Fernandes e outro. Recorrido: Superior Tribunal Militar. Publicado no DJ de 25-08-2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115926>. Acessado em 10/03/2014. Acesso em 5 de março de 2014.

possa deles ter vista e tirar cópias; (c) que tirar cópias de processos não é ato privativo de advogado; (d) que, quanto ao segundo impetrante, por ser ele advogado, não se lhe poderia negar nem mesmo o acesso a autos que tramitem em segredo de justiça; e, por fim (e) a natureza de arquivo público das gravações das sustentações orais de advogados perante o tribunal.

A segurança foi denegada, conforme ementa a seguir colacionada:

“Mandado de Segurança. Exame e retirada de autos findos, direito assegurado ao Advogado, no exercício da profissão, com restrição (CF, art. 5º, LX, e Lei nº8.906/94 art. 7º, XIII e XVI, e § 1º, nº 1, 2, e 3). Inexistência de direito líquido e certo a ser conhecido ao impetrante que não ostenta a qualidade de Advogado e, por mero interesse que, sequer figura em normas objetivas, pretende ter acesso pleno a autos findos e a gravações, que não integram processos. Estas últimas de uso interno do Tribunal e de acesso privativo, não são consideradas de caráter público, em razão de norma interna regulamentadora de seu uso, "ex vi" da Lei nº 9.507 de 12/11/97. Advogado que pretende acessar registros fonográficos contidos em fitas não integrantes de processos e de uso exclusivo do Órgão, para subsidiar serviços particulares - elaboração de livro -, atividade, inclusive de caráter comercial, não tem em vista a defesa de direito subjetivo amparado em lei. Decisão administrativa em harmonia com o ordenamento jurídico, não se vislumbrando afronta ao rol das garantias onde se define o pressuposto remédio heróico (CF, art. 5º, LXIX, e Lei nº 1.533 art. 1º). Medida de uso excepcional conhecida e denegada. Unânime”. (Grifos meus)
 STM – MANDADO DE SEGURANÇA MS 380 RJ 1997.01.000380-0 (STM)
 Data de publicação: 09/12/1997

Dessa decisão foi interposto Recurso Ordinário, em que se reiteraram os argumentos contidos na inicial. O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso (fls. 132/133), conforme segue:

“De outra parte, o direito de acesso pleno aos documentos públicos é condicionado, pela própria Lei Federal n. 8159/91, que o instituiu, a que o candidato à sua obtenção esteja buscando “informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral” (art. 4º), o que não se configura, na presença do simples propósito de se reunirem dados para a edição de livro, ainda que, nesse caso, nem se pode ser afirmado o necessário INTERESSE PARTICULAR, nem o imprescindível INTERESSE COLETIVO OU GERAL”

O objeto do litígio é, portanto, o acesso às gravações das sessões de julgamento do STM, e, para decidir a questão, os ministros deveriam responder se, no caso concreto, o cidadão teria direito de acessar as referidas informações.

Serão nesse estudo analisadas apenas as questões pertinentes ao direito à informação, até porque os demais pontos, relativos aos direitos processuais dos advogados, foram excluídos em ambos os votos, por se entender que não se estaria diante do exercício da profissão de advogado.

IV. ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA

Em seu voto, o Ministro Maurício Corrêa manifesta o entendimento de que as partes não teriam direito, no caso concreto, à informação pleiteada. Essa decisão embasou-se em dois argumentos principais, que serão aqui analisados: (1) a colisão entre direito à informação e direito à intimidade e (2) a inaplicabilidade da lei de arquivos.

1) Direito à intimidade

“Estabelecem os incisos XIV e LX do art. 5º da Constituição Federal:

‘XIV – é assegurado a todos o acesso à informação, e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...)

LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;’

Indiscutível que o preceito do inciso XIV nada tem a ver com a hipótese, dado que não se cuida de assegurar-se o exercício profissional do advogado, estando claro que os fins alvitados pelos requerentes não dizem respeito a qualquer procedimento necessário à defesa de seus eventuais clientes. Quanto ao inciso LX é de ver-se que a publicidade a que se refere o preceito não pode agasalhar a pretensão dos recorrentes, de modo que seja permitido que as gravações produzidas perante os Tribunais em seus julgamentos, que são passíveis de revisões, possam ser levadas ao domínio público, de modo irrestrito. Até porque, no calor dos debates, sobretudo entre advogados, podem aflorar linguagem e colocações tais, que eles próprios não desejam que venham a público o que disseram, o que leva a admitir que essa intimidade deve ser preservada, como a dos juízes, das partes e dos membros do Ministério Público que tenham participado do julgamento.

(...)

Na espécie, entendo inexistir direito líquido e certo, visto que o interesse dos recorrentes – editar o livro “Voz Humana” – não pode ultrapassar o dever de proteger a imagem dos que se viram envolvidos em processos julgados pelo Superior Tribunal Militar.”⁵⁷

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 23.036/RJ, pp. 258-264. Relator originário: Corrêa, Maurício. Relator para o Acórdão: Jobim, Nelson. Segunda Turma. Recorrentes: Fernando Augusto Henriques Fernandes e outro. Recorrido: Superior Tribunal Militar. Publicado no DJ de 25-08-2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115926>. Acessado em 10/03/2014. Acesso em 5 de março de 2014.

O Ministro Maurício Corrêa, em sua análise do caso, entendeu inexistir direito líquido e certo à pretensão dos recorrentes, em razão da existência de uma colisão entre os princípios da publicidade e da intimidade. A decisão pela prevalência, no caso concreto, de um suposto direito a intimidade dos advogados, juízes, partes e membros do Ministério Público que atuaram em um julgamento - que, por sua própria essência, é público - em face do direito à informação, revela que efetivamente Ministro Maurício Corrêa não confere a este último o peso de um trunfo.

Verifica-se, também, uma incongruência com o que a jurisprudência tem entendido sobre o tema do acesso a informação - o que será analisado mais à frente no voto do Ministro Nelson Jobim. Segundo Dworkin, o juiz precisa, para preencher as exigências da integridade, decidir o caso concreto como se estivesse escrevendo um “romance em cadeia”, por meio do qual “cada romancista da cadeia interpreta os capítulos recebidos para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim sucessivamente. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração (...)”.⁵⁸ Essa coerência discursiva não se verifica na análise do Ministro Maurício Corrêa, que expressa um entendimento descolado da inteligência contemporânea da Corte Suprema, a qual concebe a valorização do direito à informação como essencial ao Estado Democrático.

Para Dworkin, a atividade do intérprete deve ser realizada a partir de uma visão de direito como integridade, o que estabelece a necessidade de uma consistência narrativa com os precedentes, as disposições legislativas, a doutrina e os princípios:

*“O princípio judiciário da integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor, - a comunidade personificada - expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.”*⁵⁹

Assim, a integridade também exige, além da coerência com decisões anteriores, uma articulação com os demais princípios existentes na ordem jurídica. No voto analisado foi

⁵⁸ DWORKIN, Ronald [1986]. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 229.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald [1986]. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 167.

esvaziado o princípio da Publicidade, essencial ao escrutínio social sobre a atuação do Poder Público e elementar ao Estado Democrático de Direito.

A evocação do princípio da proteção à intimidade para negar o acesso a registros de julgamentos que, em sua própria essência, são públicos, evidencia não apenas uma contradição do ponto de vista lógico, mas também uma anulação da força do próprio princípio da publicidade, que refletirá invariavelmente na negação do direito a informação no caso concreto. A dicotomia arguida tem o condão manter em segredo uma parte importante da história, que, em última análise, não é direito apenas daqueles que peticionaram pelo acesso a informação no caso concreto, mas de todo o povo brasileiro, no resgate de sua própria memória.

Na verdade, a teorização sobre a existência de um direito à intimidade no caso, e a consequente “ponderação” entre os princípios da intimidade e da publicidade, dá razão à preocupação de Habermas de que a utilização da Teoria de Alexy dê azo à utilização de critérios axiológicos. É claro que, no voto, percebe-se uma distorção da proposta de Alexy, mas aqui cabe uma reflexão sobre até que ponto essa preferência valorativa foi objeto de opção deliberada ou se é apenas uma consequência provável da aplicação da mencionada teoria, conforme alertou Habermas.⁶⁰ De todo modo, foi a partir da instrumentalização da “ponderação de princípios” que se propiciou uma transação sobre o direito à informação no caso, destituindo-o de toda a sua força normativa.

Com efeito, a ferramenta de Alexy não se mostra adequada à análise desse caso concreto, tendo em vista não haver colisão real entre princípios. Não existe tal direito à intimidade dos juízes, membros do Ministério Público e partes em um processo que não tenha, nem mesmo, corrido em segredo de justiça.

⁶⁰ Talvez, aqui, a questão possa ser mais simples do que o apresentado. Cf. LIMA, George Marmelstein. *Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3222, 27 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21646>>. Acesso em: 2 abr. 2014.

2) A Não Violação à Lei de Arquivos Públicos (Lei 8.159/91)

No trecho a seguir reproduzido, o Ministro Maurício Corrêa analisa o argumento dos impetrantes acerca da violação da Lei nº 8.159/91, conhecida como Lei de Arquivos Públicos, e de seu Decreto regulamentador. São dois os argumentos levantados pelo ministro para negar a aplicação da Lei no caso concreto:

a) A motivação dos recorrentes não estaria contemplada no rol de motivações permitidas pelo art. 4º da Lei;

b) As gravações das sessões realizadas pelos Tribunais não se enquadrariam no conceito de arquivo público, por serem de uso privativo do STM.

“No que concerne à Lei 8.159/91, sustentam os recorrentes que foram ofendidas as seguintes regras:

‘Art. 4º - Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, contidas em documentos de arquivos, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujos sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, bem como à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

(...)

Art. 22 - É assegurado o direito de acesso pleno aos documentos públicos.’

A esse propósito, recorro o que sobre o tema salientou a Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues, em nome do Ministério Público Federal, às fls. 132/133, e que adoto:

‘De outra parte, o direito de acesso pleno aos documentos públicos é condicionado, pela própria Lei federal nº 8.159/91, que o instituiu, a que o candidato à sua obtenção esteja buscando ‘informações de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral’ (art. 4º), o que não se configura, na presença de simples propósito de se reunirem dados para a edição de livro, ainda que, nesse caso, nem pode ser afirmado o necessário INTERESSE PARTICULAR, nem o imprescindível INTERESSE COLETIVO OU GERAL.’

Do Decreto federal nº 2.134, de 27.01.1997, teriam sido contrariados os seguintes preceitos:

‘Art. 3º É assegurado o direito de acesso pleno aos documentos públicos, observado o disposto neste Decreto e no art. 22 da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991.

(...)

Art. 15. Os documentos públicos sigilosos classificam-se em quatro categorias:

I - ultra-secretos: os que requeiram excepcionais medidas de segurança e cujo teor só deva ser do conhecimento de agentes públicos ligados ao seu estudo e manuseio;

II - secretos: os que requeiram rigorosas medidas de segurança e cujo teor ou característica possam ser do conhecimento de agentes públicos que, embora sem ligação íntima com seu estudo ou manuseio, sejam autorizados a deles tomarem conhecimento em razão de sua responsabilidade funcional;

III - confidenciais: aqueles cujo conhecimento e divulgação possam ser prejudiciais ao interesse do País;

IV - reservados: aqueles que não devam, imediatamente, ser do conhecimento do público em geral.

(...)

Art. 19. São documentos passíveis de classificação como reservados aqueles cuja divulgação, quando ainda em trâmite, comprometa as operações ou objetivos neles previstos.

Parágrafo único. A classificação de documento na categoria reservada somente poderá ser feita pelas autoridades indicadas no parágrafo único do art. 18 deste Decreto e pelos agentes públicos formalmente encarregados da execução de projetos, planos e programas.

Esse Decreto é regulamentador do artigo 23 da Lei nº 8.159/91, que cuida de renovação de classificação de documentos considerados de interesse da sociedade e do Estado.

Entendo que tais dispositivos não têm, in casu, o alcance que lhes emprestam os recorrentes, pois, como bem salienta o parecer da Procuradoria Geral da República, são preceitos que têm por sua ratio a proteção de valores outros, diversos dos que motivaram o acesso aos registros de áudio da corte a quo.

(...)

Some-se a isso o fato de as gravações das sessões realizadas pelos Tribunais terem por fim exclusivo subsidiar a coleta de elementos que devam constar do processo, após transcritas, o que não se confunde com a noção de arquivo público. De uso irrestrito são as notas taquigráficas já revisadas pelos juízes que as subscrevem, e não o teor das gravações contendo todas as discussões travadas por época do respectivo julgamento. São registros fonográficos de uso privativo do órgão e que sofrem restrição quanto à divulgação, como se infere do parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.507/97, verbis:

‘Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações’⁶¹

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 23.036/RJ, pp. 261-264. Relator originário: Corrêa, Maurício. Relator para o Acórdão: Jobim, Nelson. Segunda Turma. Recorrentes: Fernando Augusto Henriques Fernandes e outro. Recorrido: Superior Tribunal Militar. Publicado no DJ de 25-08-2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115926>. Acessado em 10/03/2014. Acesso em 5 de março de 2014.

Em sua exposição, baseado no parecer exarado pelo Ministério Público Federal, o Ministro Maurício Corrêa manifesta o entendimento de que a motivação dos autores, ao formularem o pedido, não seria idônea a ensejar a entrega da informação requerida. Segundo o Parecer da então Sub-Procuradora Geral da República, Anadyr de Mendonça Rodrigues⁶², a Lei 8.159/91 prevê duas “condições” para que a informação seja obtida: o interesse particular ou o interesse coletivo ou geral, sendo que, no caso em concreto, segundo ela, não se verificaria o cumprimento de nenhuma dessas condições.

O art. 4º da Lei 8.159/91, na verdade, reproduz o inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal, *in verbis*:

*“Art. 5º.....
XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”*

Essa interpretação não está de acordo com a “interpretação construtiva” formulada por Dworkin. Não se buscou, no caso, a finalidade geral da norma no contexto democrático, que é a de estabelecer a publicidade como regra e o sigilo como exceção. Conforme a interpretação atribuída, o valor da norma passa a ser o segredo, já que, para a publicidade, teriam sido impostas “condições”.

Concebendo-se a transparência como o valor resguardado pela norma e colocando-a em relação com as demais normas atinentes ao direito a informação, à luz de uma compreensão do direito em sua integridade, constata-se que não se trata, aqui, de condições, mas de hipóteses por meio das quais o constituinte originário visou ressaltar que, em todo caso – seja o interesse particular ou coletivo-, o acesso a informação deve ser concedido. Sob esta ótica, “particular” e “coletivo” são interpretadas como expressões de sentidos opostos e também complementares.

De todo modo, mesmo que os trechos mencionados evidenciassem condições, tal como defende o Ministro Maurício Corrêa em seu voto, é de se notar que em momento algum

⁶² Interessante constatar que a Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues foi Ministra-Chefe da Corregedoria Geral da União (antigo nome da atual Controladoria-Geral da União) entre 3 de abril de 2001 e 1º de janeiro de 2003, órgão que, mais tarde (2012), veio a se tornar o órgão garante da nascente Lei de Acesso à Informação.

se indica qual seria a terceira categoria de interesse na qual o pedido formulado se enquadraria, e que não seria hábil a propiciar a concretização do direito. Provavelmente isso decorre mesmo do fato de que tal demonstração é impossível do ponto de vista lógico. O caráter restritivo dado ao dispositivo para negar o direito à informação no caso concreto demonstra, ademais, esse direito não foi considerado como um direito fundamental.

A interpretação restritiva prossegue quando da interpretação do objeto do pedido como incompatível com o conceito de arquivo público, enquadrando como informações “de uso privativo do órgão” as gravações das sustentações orais de advogados em processos que não correram sob segredo de justiça, nem foram classificados como previsto pelo art. 15 do Decreto 2.134/2007, regulamentador da Lei de Arquivos Públicos.

Cotejando-se o mencionado artigo com os demais dispositivos constitucionais que tratam do direito à informação (especialmente os incisos XIV e LX do art. 5º) e com os princípios regentes da ordem democrática, compreendidos como um todo coerente, a decisão pela negação do direito à informação no caso se mostra equivocada.

Por fim, cumpre registrar brevemente a respeito das discussões travadas entre os Ministros no sobre o caso, quando do pedido de vista pelo Ministro Nelson Jobim:

“O Sr. Ministro Nelson Jobim: Sr. Presidente, está no poder discricionário do Presidente do Tribunal conceder ou vedar de forma discricionária o acesso a dados de processos que são públicos, as sustentações orais dos advogados?”

A Constituição Federal, no inciso XIV do art. 5º diz:

‘Art. 5º

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação, e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.’

(...)

‘Art. 5º

XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.’

Lá se resguardou a fonte, aqui se resguardou a segurança da sociedade e do Estado.

O sigilo dessas sustentações orais, produzidas pelos advogados mencionados no recurso e que teriam sido realizadas perante o Superior Tribunal Militar, é imprescindível à segurança da sociedade e do Estado?

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Relator): Não. Aí é o direito às partes envolvidas no julgamento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas se o julgamento é público, por que a limitação apenas às partes?

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Relator): Além do mais, como separar, num rolo de fitas, o que é a parte que o advogado está sustentando, ou que sustentou, e os debates travados entre os ministros? Além do mais os advogados fazem a defesa de seus clientes com base nos fatos que os envolvem, circunstância que pode trazer a veiculação de matéria que não seja do interesse deles divulgar. Tema que, como se vê, está relacionado com o direito constitucional à privacidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Daí o Ministro haver dissociado a matéria do âmbito restrito da advocacia.

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Presidente): Essas fitas de gravações são elementos definitivos como documentos, ou são simples elementos auxiliares para esclarecimentos dos fatos?

O Sr. Ministro Nelson Jobim: De nenhum acórdão consta a sustentação oral da acusação e da defesa; constam os debates que travamos.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Relator): Esta é uma questão intrincada que se prevalecer o entendimento contrário, abre-se um precedente para todos os tribunais brasileiros.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Por que não abrir, Excelência? O que temos a esconder?

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Relator): Por que o tribunal não libera. As notas taquigráficas...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Deveria liberar, deveria liberar. Perdoe-me, deveria liberar. O exemplo deve vir de cima.

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Presidente): É matéria que o debate realmente destaca ser importante. Convém levá-la ao Plenário.⁶³

No entanto, essa teoria ainda mostra potencial explicativo para descrever as bases da tomada de certas decisões em casos concretos, como a parece ser o caso do voto do Ministro

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 23.036/RJ, pp. 268-269. Relator originário: Corrêa, Maurício. Relator para o Acórdão: Jobim, Nelson. Segunda Turma. Recorrentes: Fernando Augusto Henriques Fernandes e outro. Recorrido: Superior Tribunal Militar. Publicado no DJ de 25-08-2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115926>. Acessado em 10/03/2014. Acesso em 5 de março de 2014.

Maurício Corrêa. As preocupações manifestas pelos ministros em suas falas reforçam a fragilidade da construção realizada pelo Ministro Maurício Corrêa para decidir pelo não provimento do recurso, e portanto, pela negação do direito no caso concreto. A dissonância do voto com o contexto histórico e moral; a inexistência de menções a precedentes e o descolamento com a jurisprudência sobre o tema; a fundamentação em princípios constitucionais que apresentariam, na melhor das hipóteses, uma colisão apenas aparente com o princípio da publicidade no caso concreto; a afirmação de uma escolha discricionária mesmo na existência de norma constitucional expressa delimitando o direito em questão e, por fim, a interpretação ampliativa de uma norma de hierarquia inferior (inciso 1 do Provimento n. 54 /STM) para restringir um direito fundamental, parecem demonstrar que se tomou, em primeiro lugar, uma decisão baseada em convicções pessoais (e não jurídicas) sobre como deveria ser decidido o caso concreto para, em seguida, adotar-se seletivamente argumentos jurídicos para que embasassem essa decisão.

Percebe-se que se realiza uma construção teórica para servir como fundamento para a uma decisão já tomada – de ocultar os registros sobre os posicionamentos dos envolvidos em processos julgados pelo Superior Tribunal Militar -, e não para que seja possível, a partir de um processo de interpretação construtiva, chegar-se ao direito aplicável no caso concreto. Assim, a não consideração do direito à informação à luz da perspectiva do direito como um trunfo parece fazer parte, na verdade, uma estratégia de decisão, não podendo ser albergada à luz da dimensão da justificação. Segundo Dworkin:

“Sem dúvida, qualquer conjunto de leis e decisões pode ser explicado histórica, psicológica ou sociologicamente, mas a consistência exige uma justificação, e não uma explicação, e a justificação deve ser plausível, e não postiça. Se a justificação que Hércules concebe estabelece distinções que são arbitrárias, e se vale de princípios que não são convincentes, então ela não pode, de modo algum, contar como uma justificação.”⁶⁴

Desse modo, tal decisão, caso persistisse como a resolução final do acórdão, deveria ser excluída do campo de análise do Direito, por não poder ser considerada como válida⁶⁵. Deve ser entendida, portanto, como um “erro”, na concepção de Dworkin:

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 186.

*“[Hércules] construirá a primeira parte de sua teoria dos erros por meio de dois conjuntos de distinções. Em primeiro lugar, distinguirá entre, de um lado, a autoridade específica de qualquer evento institucional, que corresponde ao seu poder de produzir, enquanto ato institucional, exatamente aquelas consequências institucionais que descreve e, por outro lado, sua força gravitacional. Se Hércules classificar algum evento como erro, ele não negará sua autoridade específica, mas estará negando a sua força gravitacional, e não pode, então, de modo consistente, apelar para essa força em outros argumentos.”*⁶⁶

⁶⁶ Dworkin prossegue na descrição da teoria dos erros: “Hércules aplicará, portanto, pelo menos duas máximas na segunda parte de sua teoria de erros. Se puder demonstrar, por argumentos históricos ou pela menção a uma percepção geral da comunidade jurídica, que um determinado princípio, embora já tenha tido no passado atrativo suficiente para convencer o poder legislativo ou um tribunal a tomar uma decisão jurídica, tem agora tão pouca força que é improvável que continue gerando decisões desse tipo – então, nesse caso, o argumento da equidade que sustenta esse princípio se verá enfraquecido. Se Hércules puder demonstrar, por meio de argumentos de moralidade política, que esse princípio é injusto, a despeito de sua popularidade, então o argumento de equidade que sustenta o princípio estará invalidado. Hércules ficará encantado ao descobrir que essas distinções são familiares à prática de outros juízes.” DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 189-192.

V. ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO NELSON JOBIM

Ao contrário do Ministro Maurício Corrêa, o entendimento do Ministro Nelson Jobim foi pelo provimento do recurso, e portanto, pelo reconhecimento do direito à informação no caso concreto. Em seu voto, leciona que a negação do direito de acesso à informação pelo Estado deve se basear em uma argumentação jurídica sólida, fundamentada sobre bens jurídicos tão ou mais relevantes, no caso concreto, do que aquele o qual o direito negado visa proteger.

Desse modo, o Ministro Nelson Jobim evidencia a relevância do direito à informação no contexto democrático, revelando sua compreensão como trunfo. Ao referir-se ao direito à informação como “um dos mais caros do elenco do artigo 5º da Constituição”, estabelece que somente a contraposição a este por outro direito de peso correspondente poderia afastar a sua aplicação: “Somente justificativa pautada em princípio estrutural do sistema político brasileiro – como a proteção ao interesse público ou a defesa da intimidade – legitimaria sua restrição.”⁶⁷

Desse modo, a suposta meta política de não se gerar um “indesejável precedente”, arguida tanto pela autoridade coatora quanto pelo Ministro Maurício Corrêa não pode ser superior ao direito do cidadão de acessar as informações públicas sob tutela do tribunal. É justamente a possibilidade de se sobrepor a metas que, segundo Dwrokin, define um objetivo político como um direito.⁶⁸

Prosseguindo nessa linha, o Ministro Nelson Jobim demonstra a debilidade da argumentação construída para negar o direito no caso concreto, atacando a tese sustentada no voto do Ministro Maurício Corrêa de que as gravações das sessões realizadas pelo tribunal não possuiriam caráter de arquivo público em razão de “*terem por fim exclusivo subsidiar a*

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 23.036/RJ, pp. 246-280. Relator originário: Corrêa, Maurício. Relator para o Acórdão: Jobim, Nelson. Segunda Turma. Recorrentes: Fernando Augusto Henriques Fernandes e outro. Recorrido: Superior Tribunal Militar. Publicado no DJ de 25-08-2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115926>. Acessado em 10/03/2014. Acesso em 5 de março de 2014.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 144-145.

coleta de elementos que devam constar do processo”⁶⁹. Com efeito, a definição de arquivo público trazida pela Lei 8.159/91 estabelece que estes são conjuntos de documentos produzidos e recebidos por órgãos públicos de âmbito federal, estadual, do Distrito Federal e municipal em decorrência de suas funções administrativas, legislativas e judiciárias, no exercício de suas atividades. A referida Lei não estabelece, portanto, exceções relativas a “documentos de uso interno do tribunal”.

No tocante ao argumento sobre a necessidade de se proteger o direito à intimidade em face do direito à informação, o Ministro Nelson Jobim entende que não haveria colisão autêntica entre esses princípios no caso concreto, pois não se verifica o ferimento à honra daqueles que participaram do julgamento com a divulgação das gravações das sessões realizadas:

“Maurício argumenta que ‘o interesse dos recorrentes... não pode ultrapassar o dever de proteger a imagem dos que se viram envolvidos em processos julgados pelo Superior Tribunal Militar’.

Difícilmente se poderia falar em ferimento à honra daqueles que naquele momento fizeram parte da história da Justiça brasileira.

Um exemplo atua de prestígio ao princípio da publicidade é a TV JUSTIÇA.

Nela as sessões do Plenário são transmitidas todas as quartas e quintas, reprisadas em outros horários e, nem por isso, se cogitou em falar de ferimento à imagem dos Ministros ou dos ilustres advogados que sustentam na tribuna.

Todos os personagens que ali atuam exercem o múnus público.

Não há que se falar em violação à intimidade, à honra ou à imagem destas pessoas.”⁷⁰

⁶⁹ Voto do Ministro Maurício Corrêa, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 23.036/RJ, pp. 264. Relator originário: Corrêa, Maurício. Relator para o Acórdão: Jobim, Nelson. Segunda Turma. Recorrentes: Fernando Augusto Henriques Fernandes e outro. Recorrido: Superior Tribunal Militar. Publicado no DJ de 25-08-2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115926>. Acessado em 10/03/2014. Acesso em 5 de março de 2014.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 23.036/RJ, pp. 278. Relator originário: Corrêa, Maurício. Relator para o Acórdão: Jobim, Nelson. Segunda Turma. Recorrentes: Fernando Augusto Henriques Fernandes e outro. Recorrido: Superior Tribunal Militar. Publicado no DJ de 25-08-2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115926>. Acessado em 10/03/2014. Acesso em 5 de março de 2014.

Nos trechos abaixo, é possível também verificar-se a aplicação dos cânones interpretativos da adequação e da justificação, inerentes à concepção do direito como integridade:

“Destaco trecho do MI 284, julgado em 22.11.1991:

‘.....
‘Alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbítrio puro que o caracterizaram, na concepção e formulação teórica de um sistema claramente inconvivente com a prática das liberdades públicas. Esse sistema, fortemente estimulado pelo ‘perigoso fascínio do absoluto’ (Pe. JOSEPH COMBLIN, ‘A Ideologia da Segurança Nacional - o Poder Militar da América Latina’, p. 225, 3. ed., 1980, trad. de A. Veiga Fialho, Civilização Brasileira), ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em ‘praxis’ governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte NORBERTO BOBBIO, em lição magistral sobre o tema (‘O Futuro da Democracia’, 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério.

O novo estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva, para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais.’
’ (CELSO, REDATOR PARA O ACÓRDÃO, DJ 26.6.1992)

Trago, ainda, recente decisão de CELSO seguindo essa mesma orientação:

‘.....
Não custa rememorar, neste ponto, tal como decidi no MS 24.725-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF n. 331), que os estatutos do poder, numa república fundada em bases democráticas, não podem privilegiar o mistério.

Na realidade, a Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime de poder visível, ou, na lição expressiva de BOBBIO (‘O Futuro da Democracia’, p. 86, 186, Paz e Terra), como ‘um modelo ideal do governo público em público.’

A Assembleia Nacional Constituinte, em momento de feliz inspiração, repudiou o compromisso do Estado com o mistério e com o sigilo, que fora tão fortemente realçado sob a égide autoritária do regime político anterior (1964-1985), quando no desempenho de sua prática governamental.

Ao dessacralizar o segredo, a Assembleia Constituinte restaurou velho dogma republicano e expôs o Estado, em plenitude, ao princípio

democrático da publicidade, convertido, em sua expressão concreta, em fator de legitimação das decisões e dos atos governamentais.

É preciso não perder de perspectiva que a Constituição da República não privilegia o sigilo, nem permite que este se transforme em 'praxis' governamental, sob pena de grave ofensa ao princípio democrático, pois, consoante adverte NORBERTO BOBBIO, em lição magistral sobre o tema ('O Futuro da Democracia', 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério.

Tenho por inquestionável, por isso mesmo, que a exigência de publicidade dos atos que se formam no âmbito do aparelho do Estado traduz consequência que resulta de um princípio essencial a que a nova ordem jurídico-constitucional vigente em nosso País não permaneceu indiferente.

O novo estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucional, incluindo-o, tal a magnitude desse postulado, no rol dos direitos, das garantias e das liberdades fundamentais, como o reconheceu, em julgamento plenário, o Supremo Tribunal Federal (RTJ 139/712-713, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Impende assinalar, ainda, que o direito de acesso às informações de interesse coletivo ou geral – a que fazem jus os cidadãos e, também, os meios de comunicação social – qualifica-se como instrumento viabilizador do exercício da fiscalização social a que estão sujeitos os atos do poder público.'

.....' (MS 25.832, DJ 20.2.2006)

Não obstante a decisão de CELSO dissesse respeito ao direito de liberdade de imprensa, é perfeitamente aplicável à hipótese ora em exame.

Conclui-se de tudo isso, que o Presidente do Tribunal só poderia limitar o acesso á informação requerida desde que estivesse agindo dentro dos limites objetivos da lei. Somente nesse caso.

A norma adotada como fundamento de recusa ao pedido dos IMPETRANTES (inciso I do Provimento n. 54/STM), ora recorrentes, não tem o alcance desejado pela autoridade apontada como coatora.

Leio o que diz o inciso I do Provimento n. 54/STM:

'.....

I – Os Representantes do Ministério Público Militar e os Advogados terão acesso às gravações de julgamento dos processos em que tenham tomado parte, exceto quanto à matéria discutida e votada em sessão secreta pelo Plenário do Superior Tribunal Militar.

.....'

Não se pode inferir dessa regra uma restrição ao direito de informação dos recorrentes.

Quando se trata de direito à informação, não há espaço para discricionariedade.

*Do mesmo modo, não se pode dar a uma norma interpretação ampliada para restringir um direito fundamental, restrição essa que não se pautaria em nenhum princípio constitucional de mesmo valor em nosso ordenamento.*⁷¹

Nos trechos reproduzidos, o ministro demonstra compreender a necessidade de se respeitar o princípio da integridade na deliberação judicial, tendo em vista que fundamenta seu julgamento em uma análise do direito como um todo, assumido como coerente.

Buscando aplicar o cânone interpretativo da adequação - segundo o qual os juízes devem, ao interpretar, harmonizar-se com os materiais jurídicos e intelectuais existentes - o magistrado faz uma análise da jurisprudência, colacionando entendimentos sobre casos correlatos, e analisa o “atual sistema de normas públicas como se este expressasse um conjunto coerente”⁷², sendo contrário à atribuição de uma interpretação ampliada a uma norma infraconstitucional para restringir um direito fundamental.

Também aplica o cânone da justificação⁷³, e de seus princípios conseqüentes da equidade⁷⁴, da justiça⁷⁵ e do devido processo legal adjetivo⁷⁶. O princípio da equidade é

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 23.036/RJ, pp. 246-278-280. Relator originário: Corrêa, Maurício. Relator para o Acórdão: Jobim, Nelson. Segunda Turma. Recorrentes: Fernando Augusto Henriques Fernandes e outro. Recorrido: Superior Tribunal Militar. Publicado no DJ de 25-08-2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115926>. Acessado em 10/03/2014. Acesso em 5 de março de 2014.

⁷² DWORKIN, Ronald [1986]. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 217.

⁷³ No âmbito do cânone interpretativo da justificação, Dworkin estabelece as chamadas “exigências da integridade”: a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo. (DWORKIN, Ronald [1986]. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 166.)

⁷⁴ O princípio da equidade “exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada”. (DWORKIN, Ronald [1986]. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 166.)

⁷⁵ O princípio da justiça “exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito.” (DWORKIN, Ronald [1986]. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 166.)

⁷⁶ O princípio do devido processo legal adjetivo estabelece que “sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se considerem alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito, levando-se em conta as diferenças de tipo e grau de danos morais que impõem um falso veredicto”. (DWORKIN, Ronald [1986]. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 166.)

alcançado quando o Ministro faz referência ao princípio democrático, por meio dos trechos dos julgamentos colacionados, para definir o alcance do direito à informação no caso concreto. O princípio da justiça também é contemplado ao se estabelecer que uma norma interna do Superior Tribunal Militar (inciso I do Provimento n. 54/STM) não deve prevalecer ante o restante do direito. Por fim, o princípio do devido processo legal adjetivo é também observado, pois, ao mesmo tempo em que se preocupa com o respeito aos procedimentos legalmente previstos para a jurisdição, o ministro estabelece uma contraposição a um entendimento anteriormente proferido, que seria, em sua análise, incorreto, representando um falso veredicto.

Por fim, diferentemente do que entendeu o presidente do Superior Tribunal Militar, o Ministro Nelson Jobim defende que não há discricionariedade na decisão sobre fornecer ou não a informação ao cidadão. Ao iniciar o voto, ele formula a seguinte pergunta “Está no poder discricionário de Presidente de Tribunal conceder ou vedar acesso a dados de processos que são públicos ou sustentações orais proferidas em julgamentos públicos dos Tribunais?”, pergunta esta que é respondida ao longo do acórdão, sacramentando, na ementa, o entendimento de que “a publicidade e o direito à informação não podem ser restringidos com base em atos de natureza discricionária”.

Essa visão está de acordo com a tese da única resposta certa de Dworkin, que rejeita a existência de uma discricionariedade em seu sentido forte⁷⁷ para os juízes como creem os positivistas:

⁷⁷ “Algumas vezes empregamos ‘poder discricionário’ em um sentido fraco, apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar. (...) Às vezes usamos a expressão em um segundo sentido fraco, apenas para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário. (...) Chamo esses dois sentidos de fracos para diferenciá-los de um sentido mais forte. Às vezes usamos ‘poder discricionário’ não apenas para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que foram estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão. Nesse sentido, podemos dizer que um sargento tem um poder discricionário quando lhe for dito para escolher quaisquer cinco homens para uma patrulha ou que um juiz de uma exposição de cães tem o poder discricionário de avaliar os airdales antes dos boxers, caso as regras não estipulem uma ordem para esses eventos. Empregamos a expressão nesse sentido não para comentar a respeito da dificuldade ou do caráter vago dos padrões ou sobre quem tem a palavra final na aplicação deles, mas para comentar sobre seu âmbito de aplicação e sobre as decisões que pretendem controlar. Se o sargento recebe uma ordem para escolher os cinco homens mais experientes, ele não possui o poder discricionário nesse sentido forte, pois a ordem pretende dirigir a sua decisão.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 51 – 52)

“Portanto, parece que os positivistas, pelo menos algumas vezes, entendem a sua doutrina no terceiro sentido, o sentido forte de poder discricionário. (...) É o mesmo que dizer que, quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou, para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes”⁷⁸

Ao considerar o direito como um sistema autossuficiente de regras, os positivistas acabam incorrendo em um decisionismo quando se trata de casos difíceis, em que não há uma regra dispendo claramente sobre a questão em litígio. Dworkin atribui aos princípios força normativa, o que fornece ao juiz um caminho a ser trilhado para a investigação dos direitos das partes mesmo nas situações em que não há uma regra inequívoca a ser aplicada ao caso concreto.

A tese que se tentou construir nos esclarecimentos prestados pela autoridade coatora, bem como no voto condutor, de que a previsão para solicitação dos recorrentes “sequer figura em normas objetivas”⁷⁹ é falsa, tendo em vista que esse direito já se encontrava então normatizado pela própria Constituição Federal, além de normas infraconstitucionais, como a Lei 8.159/91 (Lei de Arquivos Públicos). No entanto, mesmo que essa tese estivesse correta, ainda assim não dispormos os juízes de poder discricionário para decidir o caso concreto, devendo lançar mão dos princípios para proceder ao exercício da jurisdição:

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 55.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 23.036/RJ, p. 255 Relator originário: Corrêa, Maurício. Relator para o Acórdão: Jobim, Nelson. Segunda Turma. Recorrentes: Fernando Augusto Henriques Fernandes e outro. Recorrido: Superior Tribunal Militar. Publicado no DJ de 25-08-2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115926>. Acessado em 10/03/2014. Acesso em 5 de março de 2014.

VI. PROCESSO INTERPRETATIVO: DA CONCEPÇÃO SOLIPSISTA DE DWORKIN AO MODELO PROCEDIMENTALISTA DE HABERMAS

Além da importância da concepção dos direitos como trunfos para que seja possível alcançar decisões válidas no contexto do paradigma democrático, há também uma segunda conclusão extraída da análise do acórdão, que, no entanto, parece escapar à teoria do direito de Dworkin. Percebe-se que o debate travado entre os ministros do Supremo Tribunal Federal a respeito da solução a ser dada ao caso foi fundamental para o deslinde da decisão de forma correta, ponto que, em certa medida, contradiz as pretensões de Dworkin de um juiz filósofo capaz de, sozinho, definir a resposta certa às questões a ele submetidas.

Seja assumindo-se o entendimento de que o ministro Maurício Corrêa teria tomado sua decisão influenciado por convicções ideológicas, conforme descreve a corrente realista, seja considerando-se que o referido ministro não foi capaz de encontrar a “resposta correta” para o caso em questão, uma construção teórica monológica não parece ser o procedimento adequado para se chegar a uma decisão de acordo com a compreensão de direito como integridade⁸⁰. Isso porque essa construção (1) não permite uma “concorrência discursivamente regulada entre diferentes paradigmas”⁸¹; (2) se baseia na perspectiva de “um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo”⁸², o que na realidade não se verifica.

⁸⁰ “Precisamente o ponto de vista da integridade teria que libertar Hércules da solidão de uma construção Teórica empreendida monologicamente. Dworkin, imitando Parsons, entende o direito como meio de integração social, mais precisamente, como um *medium* que permite manter a autocompreensão de uma comunidade solidária, numa forma por demais abstrata. Nas sociedades complexas, essas relações de reconhecimento mútuo, que se produzem em formas de vida concreta através do agir comunicativo, só se deixam generalizar abstratamente através do direito: *‘I argued that a community of principles, which take integrity to be central to politics ... assimilates political obligations to the general class of associative obligations ... A general commitment to integrity expresses a concern by each for all ...’* Entretanto, é possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática de argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros. O próprio Dworkin reconhece esse núcleo procedimental do princípio da integridade garantida juridicamente, quando vê o igual direito às liberdades subjetivas de ação fundadas no direito às mesmas liberdades comunicativas. Isso sugere que se ancorem as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político de uma ‘sociedade aberta dos intérpretes da constituição’, ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade.” HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, pp. 276-278.

⁸¹ Aqui Habermas faz uma crítica a Günther, que afirma que a jurisdição deve se basear em uma compreensão jurídica paradigmática, observando que a despeito de pretensamente conferir uma maior segurança jurídica à aplicação do direito, essa compreensão também o torna mais propenso à formação ideológica, o que recoloca em cena o ceticismo jurídico realista (HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, pp. 272-276).

⁸² HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, pp. 276.

A noção de uma validade de uma decisão ou de uma norma, em Dworkin, está calcada em dois pilares. Primeiro, a necessidade de estar congruente à noção de direito como integridade, ou seja, de apresentar coerência diante dos demais elementos do Direito em vigor em uma determinada comunidade; nesse contexto, a não caracterização como um “erro”, análise que se situa na dimensão da justificação, adquire especial relevância. Segundo, a necessidade de fazer referência à norma que Dworkin entende como a mais fundamental de todas: o direito à igual consideração e respeito. Observe-se que ambos são critérios de natureza substantiva, ao contrário da noção de validade em Habermas, que se configura sob uma perspectiva procedimental.

Outra diferença relevante a respeito da noção de validade entre os dois autores é que, enquanto em Dworkin a validade é resultado de uma busca solitária empreendida por um juiz idealizado, em Habermas o resgate de pretensões de validade levantadas depende, necessariamente, de um reconhecimento intersubjetivo, realizado por meio de um acordo racionalmente motivado entre os participantes do processo argumentativo.

Dworkin, apesar de conceber o direito como calcado na perspectiva de uma comunidade de princípios, estabelece que o critério de coerência na deliberação deva ser extraído dessa comunidade por meio de um processo interpretativo realizado de maneira mediata pelo juiz e pelo o legislador, como forma de cumprir as exigências da integridade.

O modelo procedimentalista do direito⁸³, proposto por Habermas, por seu turno, fundamenta uma teoria da argumentação jurídica que prevê que o exame das questões

⁸³ O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Elas adquirem um estatuto que permite analisar, numa outra luz, os diferentes tipos de conflito. Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente das burocracias do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que participam de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes. Na medida em que os programas legais dependem de uma concretização que contribui para desenvolver o direito – a tal ponto que a justiça, apesar de todas as cautelas, é obrigada a tomar decisões nas zonas cinzentas que surgem entre a legislação e a aplicação do direito -, os discursos acerca da aplicação do direito têm que ser complementados, de modo claro, por elementos dos discursos de fundamentação. Esses elementos de uma formação quase-legisladora da opinião e da vontade necessitam certamente de um outro tipo de legitimação. O fardo desta legitimação suplementar poderia ser assumido pela obrigação de apresentar justificações perante um Fórum judiciário crítico. Isso seria possível através da institucionalização de uma esfera pública jurídica capaz de ultrapassar a atual cultura de especialistas e suficientemente sensível para transformar as decisões problemáticas em foco de controvérsias

controvertidas deva ser realizado no contexto de pressupostos comunicativos que possibilitem uma pluralidade de interpretações da situação.⁸⁴ Para Habermas,

*“é possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática da argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas uns dos outros.”*⁸⁵

De uma maneira mais ampla, o modelo Habermasiano concebe uma teoria da democracia em que as práticas decisórias passam a ser legitimadas a partir da perspectiva de todos os atingidos, que “participam de algum modo e à sua maneira da interpretação da constituição”.⁸⁶

Na deliberação judicial, passa-se, sob esta ótica, de uma versão solipsista do direito para outra que inclua outros atores além de um único juiz - que somente sob uma perspectiva idealizada seria capaz de carregar sobre seus ombros todo o fardo da racionalidade – possibilitando-se assim a formação de uma “comunidade aberta dos intérpretes da constituição”⁸⁷, no dizer de Peter Habberle.

Essa forma de interpretar deve refletir uma reconstrução do direito articulada pela intersubjetividade de uma coletividade deliberativa, situada no contexto da sociedade civil⁸⁸ e

públicas. (HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, pp. 183 – 184).

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, pp. 276.

⁸⁵ HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, pp. 277.

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, pp. 190.

⁸⁷ Conforme estatui Peter Häberle, *apud* HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, pp. 283.

⁸⁸ “O atual significado da expressão ‘sociedade civil’ não coincide com o da ‘sociedade burguesa’, da tradição liberal, que Hegel chegara a tematizar como ‘sistema das necessidades’, isto é, como sistema do trabalho social e do comércio de mercadorias numa economia de mercado. Hoje em dia, o termo ‘sociedade civil’ não inclui mais a economia constituída através do direito privado e dirigida através do trabalho, do capital e dos mercados de bens, como ainda acontecia na época de Marx e do marxismo. O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, de organizações e associações, os quais captam ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar

da esfera pública⁸⁹, consagrando um procedimento argumentativo que envolva uma quantidade ampliada de participantes na busca cooperativa pela verdade⁹⁰. A atitude interpretativa compartilhada, se demonstra, portanto, absolutamente compatível com a concepção do direito como integridade, que repousa sobre a existência de uma comunidade de princípios: “uma comunidade em que seus membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais e como coautores das leis que fizeram para reger efetivamente a sua vida cotidiana em comum.”⁹¹

Como o juiz, ao reconstruir racionalmente o direito vigente, apenas toma “de empréstimo ao ato de fundação da constituição e da prática dos cidadãos que participam do processo constitucional”⁹², é preciso compreender o direito sob uma lógica discursiva, considerando as perspectivas dos demais participantes do direito. Para Habermas, “o juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos.”⁹³

A partir da visão procedimentalista, a verdade, apresentada em Dworkin em uma versão mais factual - a coerência - deixa de ser objeto de acesso privilegiado por parte do Juiz Hércules e do legislador, idealizados em Dworkin, para alcançar um potencial de

problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas.” (HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 99)

⁸⁹“A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana.” HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 92.

⁹⁰ HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, pp. 283.

⁹¹ CARVALHO NETO, Menelick de. Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013b, p. 11 (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>

⁹² HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, pp. 276.

⁹³ HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, pp. 278.

racionalidade ilimitado, uma vez que resgatada sob as condições comunicacionais de um auditório de intérpretes alargado idealmente no espaço social e no tempo histórico.⁹⁴

Em última análise, o modelo procedimentalista possibilita a evolução da compreensão do direito como trunfo de uma perspectiva liberal para uma concepção libertária, pois fornece à comunidade de princípios um instrumento efetivo para operar o resgate de pretensões de validade criticáveis - o agir comunicativo –, possibilitando assim a descentralização do reino do inteligível, compartilhado em Habermas por todos aqueles que agem comunicativamente.

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, pp. 33.

VII. CONCLUSÃO

A compreensão do direito à informação como trunfo se mostrou uma variável determinante para o resultado do julgamento no caso analisado. A interpretação do Ministro Maurício Corrêa, ao não considerar os direitos subjetivos como trunfos, resultou em uma decisão oposta a do Ministro Nelson Jobim: o primeiro entendeu pela negativa da existência do direito à informação no caso concreto, enquanto o segundo decidiu pelo seu reconhecimento aos recorrentes. Essa conclusão ressalta a necessidade de, nas palavras de Dworkin, levar-se os direitos a sério, consoante uma compreensão de direito como integridade.

Nesse contexto, a compreensão do direito como um trunfo político é essencial para que os direitos e garantias individuais possam prevalecer frente a justificativas abusivas por parte do Estado. Dworkin realiza uma reconciliação entre direito e moral⁹⁵, buscada pela corrente pós-positivista como forma de fazer frente às atrocidades perpetradas pelos regimes fascistas com base em normas formalmente válidas. No Brasil, o regime de exceção que vigorou de 1964 a 1985 se embasava na ideologia da segurança nacional para afirmar a prevalência de pretensas metas coletivas sobre os direitos dos indivíduos. Foi pela descontinuidade dessa linha de pensamento, somente possível de se perpetuar em meio a um contexto de desrespeito aos direitos subjetivos - que sucede, invariavelmente, de uma cultura do segredo sobre a ação estatal - que se decidiu no caso estudado.

Ao falarmos da concepção dos direitos individuais como trunfos, estamos também falando de democracia. Uma compreensão do direito que tenha por base a afirmação e o respeito aos direitos e garantias fundamentais é essencial para que se possa assegurar a

⁹⁵ “A tese [elaborada por Dworkin] segundo a qual tais direitos “existem” conta com uma razão prática incorporada na história e que, de certa forma, a atravessa. A razão prática emerge no ponto de vista moral e se articula numa norma fundamental, a qual exige a mesma consideração e respeito por cada um. A norma fundamental de Dworkin coincide com o princípio kantiano do direito e com o primeiro princípio da justiça, de Rawls, segundo o qual cada um tem um direito a iguais liberdades de ações subjetivas (...) A teoria dworkiniana dos direitos apoia-se na premissa segundo a qual há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência, porque o direito positivo assimilou inevitavelmente conteúdos morais. Essa premissa não causa nenhuma surpresa para uma teoria iskursiva do direito, a qual parte da ideia de que argumentos morais entram no direito através do processo democrático da legislação – e das condições da equidade da formação do compromisso.” (HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 252-253).

prevalência do Estado Democrático de Direito frente a iniciativas de cunho autoritário que visem solapar as liberdades dos indivíduos.

O direito a informação também se coloca como elemento crucial para a ampliação do direito de participação dos cidadãos, lançando bases para o aprofundamento do paradigma democrático tanto do ponto de vista material como procedimental. O exercício do princípio democrático, segundo o qual “todo poder emana do povo”, vincula-se intimamente à proteção do direito à informação, já que a difusão do conhecimento é condição para que os indivíduos possam participar de maneira efetiva da vida pública e dos processos de tomada de decisão que afetam as suas vidas.

Ao decidir pela garantia da liberdade da informação no caso analisado, o STF atuou como guardião do próprio direito a participação, enquanto instrumento viabilizador da autonomia política dos cidadãos, a ser exercida continuamente por meio da via comunicativa, formando as bases para uma verdadeira democracia deliberativa.⁹⁶

⁹⁶ “(...) os juízes do Tribunal Constitucional Federal, no papel de guardiães de uma prática de autodeterminação atualmente silenciada e congeladas nas rotinas do negócio parlamentar, devem assumir vicariamente os direitos de autodeterminação do povo. (...) Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexu interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública politizada – da cidadania que se transformou na ‘comunidade dos intérpretes da constituição’-, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor.” (HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, pp. 344-347).

VIII. REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean et. al. (org.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 23.036/RJ*, pp. 246-282. Relator originário: Corrêa, Maurício. Relator para o Acórdão: Jobim, Nelson. Segunda Turma. Recorrentes: Fernando Augusto Henriques Fernandes e outro. Recorrido: Superior Tribunal Militar. Publicado no DJ de 25-08-2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115926>. Acessado em 10/03/2014. Acesso em 5 de março de 2014.

CARVALHO NETO, Menelick de. *Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013b, p. 7 (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: < <http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>

DWORKIN, Ronald [1986]. *O Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____ [1986]. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

_____ [1977]. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Rights as Trumps*. In: WALDRON, Jeremy. *The Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

_____ [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

_____. *Reply to symposium participants, Benjamin N. Cardozo School of Law*. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Orgs.). *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1998.

HART, H. L. A., *The Concept of Law*, apud DWORKIN, Ronald [1977]. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LIMA, George Marmelstein. Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3222, 27 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21646>>. Acesso em: 2 abr. 2014.

SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Madrid: Alianza, 1996.