I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini
Juraci Mourão Lopes Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-062-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Os trabalhos apresentados desenvolvem e aplicam o objeto de investigação do grupo de maneira variada e plural. Há trabalhos explorando teoricamente decisões judiciais isoladas ou uma linha jurisprudencial já formada, contrastando-as com abordagens teóricas que servem para evidenciar a maior ou menor rigor racional e sua convergência com princípios e regras jurídicas. Há revisão de debates teóricos estritos e fundamentais, bem como o necessário aprofundamento em ideias de autores clássicos.

Vale ressaltar a prevalência de alguns juristas e suas respectivas construções teóricas como as mais frequentes referências teóricas para as abordagens. Entre os nacionais, merece destaque Lenio Streck com sua Crítica Hermenêutica do Direito, utilizado em investigação em diversos ramos do Direito. Há, ainda, o sempre presente Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito. Contudo, merece especial atenção o incremento do estudo de autores da tradição analítica, própria do mundo anglo-saxão.

Se Ronald Dworkin já era autor recorrente em estudos de teoria do direito e da decisão judicial no Brasil, há algumas décadas, seu debate com Herbert Hart, que é indispensável mesmo para entender a teoria não positivista do Direito como Integridade do primeiro, vem recebendo cada vez mais atenção dos textos submetidos ao presente Grupo de Trabalho. O próprio pensamento de Hart vem sendo prestigiado, não só na contraposição à Dworkin, mas como meio de revigorar o positivismo jurídico tão criticado quanto mal compreendido nas últimas décadas. Daí é compreensível que surjam trabalhos com base em Jeremy Waldron, jurista que bem dialoga com o positivismo e o não positivismo analíticos, e Wittgenstein, cuja filosofia é incorporada como premissa em muitos da jurisprudence.

O realismo jurídico reencontra muito bem seu espaço nas discussões acerca da aplicação da inteligência artificial nos processos judiciais. Se os realistas americanos dos anos 20 e 30 do Século XX reduziam o Direito a uma predição do que seria decidido nos tribunais, os vários algoritmos que controlam diversos programas conseguem realizar essas predições com grau de precisão e acuidade inimagináveis há 100, buscando mesmo elementos não percebidos pelo próprio julgador. Esse é um tema que se encontra explorado no presente volume.

O primeiro artigo apresentado intitula-se A COMEMORAÇÃO AO GOLPE DE 1964: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DO DIREITO dos autores Tainan Natércia da Piedade

Andrade Monteiro , Tais Vasconcelos Cidrao e Juraci Mourão Lopes Filho. O artigo trata de decisões divergentes sobre a comemoração do aniversário do golpe de 1964 à luz da teoria dos direitos fundamentais, analisando o porquê desses desacordos, utilizando-se das teorias de Herbert Hart e Ronald Dworkin, tratando-se, pois, de um estudo de caso destrinchado por pesquisas iminentemente bibliográficas e documentais.

No segundo artigo A DECISÃO DO JUIZ NO REALISMO JURÍDICO DE ALF ROSS E A POSSIBILIDADE DA SUA EMULAÇÃO POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL de Murillo Cesar De Mello Brandao Filho , Mariana De Siqueira e Vladimir Da Rocha França, os autores procuram examinar a tomada de decisão pelo juiz como fonte do direito no pensamento empírico de Alf Ross diante da inovação tecnológica disruptiva, verificando a possibilidade de sua emulação por robôs (algoritmos) desenvolvidos por inteligência artificial.

Na sequência, Marcelo Matos de Oliveira e Luís Carlos Balbino Gambogi escrevem sobre A ILEGIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SOB O ENFOQUE DA TEORIA DE JEREMY WALDRON, artigo no qual questionam se caberia ao Supremo Tribunal Federal exercer o judicial review sobre a antecipação do cumprimento da pena sem a comprovação definitiva da culpa (Repercussão Geral no Agravo em Recurso Extraordinário 964246/SP). O marco teórico adotado é a dignidade da legislação de Jeremy Waldron. Utilizar-se-á, com predominância, o raciocínio dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

No artigo ATIVISMO JUDICIAL E SOLIPSISMO JURÍDICO: UMA BREVE ANÁLISE DA (IN) APLICABILIDADE DO ART. 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO, Guilherme Augusto De Vargas Soares , Maria Eduarda Vier Klein e Luis Felipe Leão Saccol, buscam demonstrar a relação existente entre ativismo judicial e solipsismo jurídico. Utilizam como base as mudanças de paradigmas ocorridas entre o CPC de 1973 e o CPC de 2015 a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, questionando se o CPC 2015, aprovado democraticamente pelo Congresso Nacional, está sendo aplicado corretamente pelo Poder Judiciário?

Luís Antonio Zanotta Calçada e Janriê Rodrigues Reck no artigo ATIVISMO JUDICIAL NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 126.292 E AS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43 E 44 buscam analisar o Ativismo Judicial correlacionando-o com as decisões do Habeas Corpus nº 126.292 e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44, todas do Supremo Tribunal Federal, com o fito de avaliar se essas podem ser caracterizadas como ativistas.

No artigo CONTRAPONTOS E APROXIMAÇÕES HISTÓRICAS DO MODELO JURÍDICO COMMON LAW NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: ATUAL MUTAÇÃO PROGRAMÁTICA NO SISTEMA JURISDICIONAL PÁTRIO, Ana Luiza Novais Cabral e Sidiney Duarte Ribeiro, verificam que o modelo jurídico brasileiro, antes considerado de alta inflexibilidade, atualmente tem se assumido de forma híbrida com a introdução de institutos trazidos de outros sistemas, principalmente o common law. Utilizando-se de uma metodologia teórico-jurídico com raciocínio dedutivo, observam importantes fatores que influenciam diretamente na introdução de novos institutos no constitucionalismo brasileiro.

No artigo DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E ADMINISTRATIVA: A FUGA PELA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO, os autores Guilherme Augusto De Vargas Soares , Maria Eduarda Vier Klein e Taynara Silva Arceno expõem as críticas da discricionariedade judicial e da discricionariedade administrativa sob o viés da Crítica Hermenêutica do Direito e da teoria da Decisão Judicial, desenvolvidas pelo professor Lenio Streck.

Josemar Sidinei Soares no artigo FILOSOFIA, CULTURA E POLÍTICA JURÍDICA apresenta a Filosofia como instrumento capaz de auxiliar a Política Jurídica no exame crítico da cultura jurídica vigente. Questiona se pode a filosofia ser instrumento de auxílio da Política Jurídica no exame crítico do direito enquanto manifestação cultural.

No artigo O PÓS-ESCRITO DE HART E A QUESTÃO DA FILOSOFIA POLÍTICA: RONALD DWORKIN E A CRÍTICA AO POSITIVISMO HARTIANO ATRAVÉS DA ANÁLISE DO CAPÍTULO 6 DA OBRA "A JUSTIÇA DE TOGA", Hugo Jose De Oliveira Agrassar, realiza uma análise do capítulo 6 do livro A justiça de toga de Ronald Dworkin com as críticas ao positivismo de Hart com base na evolução das teorias do direito, da decisão e do realismo jurídico.

No artigo O SISTEMA DE REGRAS EM HERBERT HART, Vitor Hugo Duarte das Chagas analisa bibliograficamente o conceito de Direito de Herbert Hart como um sistema de regras primárias e secundárias, portanto, é feita uma análise da filosofia analítica da linguagem, que influencia o pensamento de Hart.

Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos no artigo OS JOGOS DE LINGUAGEM NA FILOSOFIA DE WITTGENSTEIN E O CONHECIMENTO OBJETIVO DE KARL POPPER: CONJECTURAS DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO PARA UMA TEORIA DA DECISÃO verificam se as conjecturas da Teoria

Neoinstitucionalista do Processo e os jogos de linguagem propostos por Wittgenstein podem conferir legitimidade na construção de decisões no paradigma do Estado Democrático de Direito.

No artigo PARA ALÉM DA NORMA POSITIVADA: OS MODELOS DE COMPORTAMENTO JURÍDICO ATITUDINAL E ESTRATÉGICO, Izabella Cecília de Lima e Silva, disserta acerca dos modelos de comportamento judicial, notadamente quanto aos aspectos extralegais que têm o condão de influenciar no processo de tomada de decisão dos membros do Poder Judiciário.

Os autores do artigo RELATIVIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL À LUZ DA TEORIA PURA DO DIREITO, Paola Domingues Jacob e Veronica Lagassi, examinam a possível relativização do Ativismo Judicial com base na aplicação da Teoria Pura do Direito desenvolvida por Hans Kelsen. Demonstram como o processo de Judicialização presente no Supremo Tribunal Federal acabou se enveredando para um Ativismo Judicial, confrontando assim com os ideais defendidos pelo Minimalismo, e por via de consequência, pela Teoria Pura do Direito.

Como se observa, tem-se uma seleção valorosa de abordagens, que bem refletem a importância da temática em estudo.

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - Centro Universitário Christus

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Centro Universitário das faculdades Metropolitanas Unidas /FMU e Centro Universitário Eurípedes de Marília/UNIVEM

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Teorias do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Teorias do Direito e Realismo Jurídico. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A COMEMORAÇÃO AO GOLPE DE 1964: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DO DIREITO

THE CELEBRATION OF THE 1964 COUP: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE THEORY OF LAW

Tainan Natércia da Piedade Andrade Monteiro [1]
Tais Vasconcelos Cidrao [2]
Juraci Mourão Lopes Filho [3]

Resumo

O Presidente brasileiro, em março de 2019, emitiu ordem às Forças Armadas para que fosse comemorado o aniversário do golpe de 1964. A Defensoria Pública da União ajuizou Ação Civil Pública a fim de barrar a ordem presidencial. No primeiro grau houve o deferimento da liminar e sua posterior cassação no segundo grau. Como ambas decisões tiveram divergências significativas em suas fundamentações, importante analisar à luz da teoria dos direitos fundamentais o porquê desses desacordos, utilizando-se das teorias de Herbert Hart e Ronald Dworkin, tratando-se, pois, de um estudo de caso destrinchado por pesquisas iminentemente bibliográficas e documentais.

Palavras-chave: Comemoração ao golpe de 1964, Teoria dos direitos fundamentais, Desacordos teóricos

Abstract/Resumen/Résumé

In March 2019, the Brazilian President issued an order to the Armed Forces to celebrate the 55th anniversary of the 1964 coup. The Public Defender's Office filed a lawsuit in order to forbid the presidential order. In the first degree of jurisdiction, the injunction was granted and later revoked. As both decisions had significant divergences in their foundations, it is important to analyze in the light of the theory of fundamental rights the reason for these disagreements, using the theories of Herbert Hart and Ronald Dworkin, being, therefore, a case study to be studied by a bibliographic and documentary research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Commemoration of the 1964 coup, Theory of fundamental rights, Theoretical disagreements

---

[1] Mestranda no Programa de Pós Graduação em Direito da Unichristus. Pós graduada em direito e processo do trabalho e direito previdenciário. Advogada.

[2] Mestra em Processo e Direito ao Desenvolvimento no Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS. Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza. Professora do Centro Universitário Fametro - Unifametro.

[3] Professor e Coordenador do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS. Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

1 INTRODUÇÃO

Ao fim do mês de março de 2019, o Presidente da República, Jair Bolsonaro, recém-eleito emanou ordem para que as Forças Armadas comemorassem os 55 (cinquenta e cinco) anos do golpe militar ocorrido no Brasil em 1964. Essa decisão gerou inúmeras discussões acerca de sua validade, sobretudo ao se questionar se seu conteúdo (i)moral teria o condão de tornar a medida ilícita, chegando ao Judiciário esse questionamento.

A Defensoria Pública da União (DPU) ajuizou Ação Civil Pública (processo nº 1007756-96.2019.4.01.3400) em face da União com o objetivo de suspender a ordem presidencial, sob o argumento de que comemorar esse período da história do país, no qual houve repressão e violação de direitos, não condizia com o atual Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, é possível traduzir em termos teóricos que, segundo essa perspectiva defendida na inicial, a atual ordem jurídica nacional tem por fundamento de validade justamente a rejeição dos princípios de moralidade política que tenham fundamentado aquele movimento, substituindo-os por outros, sobretudo aqueles consagradores de uma versão substancial de democracia que, além de respeito a procedimentos formais de obediência à manifestação de eleitores, importa o respeito a direitos inalienáveis da pessoa humana.

Mais restritamente, e de uma perspectiva dogmática e formal, questionou-se a legalidade da medida, pois, segundo o art. 4º da Lei nº 12.345/2010, a proposição de datas comemorativas que vigorem em todo o território nacional devem ser objeto de projeto de lei, acompanhado de comprovação da realização de consultas e/ou audiências públicas.

No primeiro grau de jurisdição, a juíza Ivani Silva da Luz, da 6ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal, deferiu o pleito da DPU e determinou a suspensão de qualquer comemoração no dia 31 de março de 2019, afirmando ser essa ordem uma afronta à memória e à verdade, emprego irregular de recursos públicos e uma contradição com o Estado Democrático de Direito, considerando que foi o período no qual mais houve repressão e violação a direitos humanos no país. Nessa fundamentação, percebe-se claramente a opção por uma noção substancial de democracia mencionada e que se opõe aos valores autoritários inspiradores da ruptura de 1964. Essa decisão também traria, em seu bojo, um caráter preventivo, a fim de que não houvesse estímulo a novas rupturas ao Estado de Direito e à própria democracia em sua perspectiva substancial.

A decisão que deferiu a liminar foi cassada mediante agravo de instrumento interposto pela União, que alegou ilegitimidade da Defensoria bem como ausência de dispêndio de

recursos públicos, afirmando ser ordem discricionária do Presidente da República, insuscetível, assim, de controle judicial. Em outros termos, entendeu o tribunal que a divergência de moralidade política observada não era juridicamente relevante ao ponto de autorizar a intervenção judicial, devendo qualquer reprovação à conduta ficar no campo exclusivamente político e objeto de uma sanção social difusa e não institucionalizada pelo Direito.

Considerando que houve duas decisões totalmente contrárias e que ambas discutiam o mesmo objeto, é importante analisá-las sob a égide da teoria dos direitos fundamentais, especificamente à luz da teoria de Ronald Dworkin, a fim de verificar quais argumentos foram utilizados como base para fundamentar as referidas decisões, que ensejaram diversas discussões, sobretudo nos âmbitos social e acadêmico. A perspectiva teórica de Dworkin é especialmente relevante no caso, pois, desde a primeira fase de seu pensamento, ele propõe que os princípios de moralidade política possuem validade jurídica e, por essa razão, capacidade de restringir a discricionariedade de qualquer agente estatal.

Esse referencial teórico também se mostra adequado em razão de sua abrangência e por ser suficientemente profunda para explorar aspectos hermenêuticos e interpretativos, que são fundamentais para a averiguação da linha jurisprudencial e o Direito brasileiro como um todo.

Em suma, o trabalho cuidará de uma análise hermenêutica dos critérios utilizados na tomada de decisão, buscando responder o seguinte questionamento: qual das decisões elencadas, analisando-se estritamente aspectos de legalidade e moralidade política, melhor se enquadrada no modelo dworkiniano de coerência e integridade?

Trata-se de uma pesquisa de natureza qualitativa e iminentemente bibliográfica, documental e jurisprudencial, que visa explorar as controvérsias argumentativas das decisões elencadas. Para tanto, foi realizada pesquisa teórica, com o objetivo de analisar decisões em concreto com base no diálogo com a teoria escolhida como referencial teórico.

2 COMEMORAÇÃO AO GOLPE DE 1964: ANÁLISE DO CONTEXTO HISTÓRICO

O presidente Jair Messias Bolsonaro foi eleito democraticamente para assumir a chefia do Poder Executivo durante o quadriênio de 2019/2022. Ao final do mês de março do ano de 2019, ainda no pleno gozo da legitimidade angariada nas urnas, instruiu as Forças Armadas com o intuito de comemorar o aniversário de 55 (cinquenta e cinco) anos do golpe de 1964, no dia 31 de março, dentro dos quarteis. Não se pode negar que tal postura não poderia ser

estranhada pela maioria eleitoral que o elegeu, pois seu histórico de defensa do regime militar sempre foi ostensivo durante toda sua carreira política. Todos que o elegeram sabiam que o Presidente acolhia as medidas adotadas naquele período da histórica brasileira e, por via de consequência, os princípios de moralidade política que as fundamentava.

Com formação militar, o Presidente já chegara a manifestar que não houve período de ditatura, negou violação a direitos, repressão ou qualquer comprometimento com a democracia no Brasil. Em vez disso, defende firmemente que foi um período de significativos avanços econômicos e políticos para o país. Cabe salientar que, em outras ocasiões, prestou homenagens públicas a torturadores e ditadores estrangeiros, como Augusto Pinochet e o Coronel Brilhante Ustra (PASSARINHO, 2019, *online*). Isto posto, resta evidente que para o atual Chefe do Poder Executivo não houve crise democrática nesse período. Para sustentar essa concepção de democracia, interpreta o período histórico segundo princípios de moralidade política que relativizam direitos fundamentais, colocam a ideia de segurança e ordem autoritariamente definidos acima de liberdades individuais, como a de manifestação de pensamento e mesmo integridade física, menospreza a força normativa de uma constituição que assegure direitos fundamentais, a fim de subordiná-la a atos institucionais que tenham o condão de traduzir diretamente pela autoridade de plantão os anseios de uma declarada revolução. Em suma, quando muito, sobreleva a dimensão meramente formal de democracia e impõe uma rígida hierarquia entre Estado e cidadãos.

Nenhum desses princípios convergem com os que fundamentam a atuam comunidade brasileira, representada pela Constituição Federal de 1988, que buscou justamente romper com esse período e os princípios que o justificavam, muito bem traduzido, já em uma dimensão política, nas palavras de Ulysses Guimarães por ocasião da sessão de promulgação:

> Chegamos! Esperamos a Constituição como o vigia espera a aurora. Bem-aventurados os que chegam. Não nos desencaminhamos na longa marcha, não nos desmoralizamos capitulando ante pressões aliciadoras [palmas] e comprometedoras, não desertamos, não caímos no caminho. Alguns a fatalidade derrubou: Virgílio Távora, Alair Ferreira, Fábio Lucena, Antônio Farias e Norberto Schwantes. [Palmas]. Pronunciamos seus nomes queridos com saudade e orgulho: cumpriram com o seu dever.
>
> A Nação nos mandou executar um serviço. Nós o fizemos com amor, aplicação e sem medo. [Palmas]. A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. [Palmas]. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. [Muito bem! Palmas]. Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério. [Muito bem! Palmas]. A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia.
>
> Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à

> ditadura. Ódio e nojo. [‘Muito bem’! Palmas prolongadas]. Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina.
>
> […]
>
> Foi a sociedade, mobilizada nos colossais comícios das Diretas-já, que, pela transição e pela mudança, derrotou o Estado usurpador.
>
> Termino com as palavras com que comecei esta fala: a Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar. A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança. Que a promulgação seja nosso grito: – Mudar para vencer! Muda, Brasil!

As palavras de promulgação são firmes e incontestes: em 1988 se buscou uma descontinuidade político-constitucional com o modelo imediatamente anterior. Em uma perspectiva mais estritamente jurídica, abordando o Poder Constituinte à época do golpe de 1964, Paulo Bonavides (2015, p. 375) explica com clareza:

> A ascensão do elemento militar ao poder colocou a farda na crista dos acontecimentos e do regime por um período de mais de 20 anos, em rigor até 5 de outubro de 1988, data em que o Governo de transição do presidente Sarney viu promulgada no País a Constituição vigente. É de assinalar que durante a ditatura dos militares o Brasil testemunhou a ação de dois poderes constituintes paralelos: um, tutelado, fez sem grande legitimidade a Carta semi-autoritária de 24 de janeiro de 1967; o outro, derivado da plenitude do poder autoritário e autointitulado poder revolucionário, expediu, à margem da legalidade formalmente imperante, os Atos Institucionais, bem como a Emenda n.1 à Constituição de 1967, ou seja, a “Constituição” da Junta Militar, de 17 de outubro de 1969.

Várias pesquisas acadêmicas *(*PEGORINI, 2012) (FLORES; CANABARRO, 2018*)* concordam que o período ditatorial foi um momento bastante infeliz na história da democracia do país, especialmente no que diz respeito aos retrocessos em relação aos direitos humanos e fundamentais a despeito de parcial manutenção de eleições em períodos contingenciados para alguns cargos políticos. Bolesina e Gervasoni (2011, p. 53-54) discorrem sobre o tema:

> Os abusos de poder e a as atrocidades ocorridas no regime militar brasileiro formam uma mancha escarlate nos anais da história local. Arbitrariedades em favor de uma ideologia facilmente questionável foram perpetradas em todo o país por anos que, para muitos, significou boa parte da sua vida sob medo, tensão e insegurança. [...] Sem prejuízo de valores alcançados à título de anistia política, os danos morais vivenciados carecem ser reparados. Na mesma linha deve ocorrer com as chances perdidas. Evidentemente que só por se tratar de um período ditatorial, de ferrenha repressão e restrição, muitas chances foram perdidas, mas reporta-se àquelas chances perdidas em razão de arbitrariedades, abusos e violações. Esses casos merecem uma atenção especial do Estado. Uma resposta digna para os casos de perda de chance no passado tende a ser mais bem trabalhada a partir das metas da justiça de transição, a qual, além de fornecer subsídio para uma revisão de conceitos e propostas em nível geral, ainda pode nortear a ação dos Poderes Estatais, para uma atuação empenhada, comprometida e sensibilizada com os valores e princípios humanos, quando da reparação das chances perdidas.

Torna-se pertinente a discussão sobre esse determinado período histórico, pois estados de exceção, como o próprio nome sugere, são situações excepcionalíssimas decretadas em razão

de alguma alegada emergência nacional. Nessas situações, para que as decisões do Estado se tornem eficazes, as mesmas devem ser tomadas com a maior rapidez possível. Isso poderá significar uma restrição "temporária" de direitos da população. Essa situação, entretanto, pode configurar-se como uma situação prejudicial ao desenvolvimento de qualquer país, dada a inegável prevalência de um modelo de democracia social firmemente calcada em uma carta de direitos. Marco Antônio Rodrigues Barbosa (2017, p. 164) ao dissertar sobre memória, verdade e educação em direitos humanos, expõe que:

> A restauração da memória das violências praticadas na ditadura militar é transcendente no tempo e no espaço: a repressão ainda vigora e continua a incidir, atualmente, sobre os integrantes das classes sociais menos favorecidas. Ela, aliás, é um ponto comum aos países latinoamericanos, vítimas da Doutrina de Segurança Nacional, com mais ou menos intensidade no Brasil. Contudo, vigora com formas bastante semelhantes, na medida em que os golpes militares, que se abateram, nos anos 1960 e 1970, como um pesadelo sustentado na ideologia da segurança nacional, estabeleceram o regime de terror, do medo que segrega, angustia e paralisa o ser humano, despojando-o do sagrado direito de ser livre, e, pior, permitindo uma violência inusitada do Estado, praticada por forças policiais e milícias privadas. Consterna e admira a persistência, ainda hoje, da tentativa da desconstituição da memória, através de um discurso conservador – procedimento, este sim, deseducativo e contrário aos valores éticos e aos direitos humanos –, sobretudo em parte da chamada classe política, onde, essencialmente, deveria prevalecer o compromisso com a dignidade da pessoa humana e com a verdade. Até porque o homem público não deve e não pode se eximir da verdade, nem pode cultivar o segredo. Entretanto, infelizmente, constata-se aí, como ensina Hannah Arendt, (2006) que verdade e política não se dão bem uma com a outra: na política, tudo deveria necessariamente depender da conduta pública e da consciência de que o compromisso com a verdade é um direito que deve ser considerado como sagrado, como forma de fazer prevalecer a dignidade humana e a justiça.

Diante disso, a opinião do Presidente sobre os fatos históricos ocorridos no país na década de sessenta e seu desejo de comemorar tal data mostram-se não apenas consideravelmente temerários em uma perspectiva meramente política, mas frontalmente contrária aos princípios jurídicos vigentes, que merecem respeito e devem guiar a conduta de qualquer indivíduos, incluído o Presidente da República, e, por isso, foram objeto de Ação Civil Pública. Em sua fundamentação:

> Assevera ser de conhecimento público os horrores relacionados ao período ditatorial, ocorrido no Brasil entre 1964 a 1985, destacando os relatórios da Comissão da Verdade do Brasil (2012 a 2014), em que foram ouvidas vítimas da ditadura, familiares de pessoas desaparecidas ou mortas no período, comitês de memória, entidades de direitos, entre outras organizações, a respeito das violações aos direitos humanos do regime militar. (BRASIL, 2019a, *online*)

Em sede de liminar, no primeiro grau de jurisdição, a juíza da 6ª Vara Federal do Distrito Federal proibiu, no dia 29 de março de 2019, as Forças Armadas de comemorarem o aniversário da ditatura militar no dia 31 de março. Em síntese, a magistrada entendeu ser a comemoração uma afronta à memória e à verdade, seria também de reconhecida ilegalidade

(pela violação da Lei nº 12.345/2010, que exigia projeto de lei prévio para a proposição de data comemorativa), bem como emprego irregular de recursos públicos.

A juíza Ivani Silva da Luz ainda afirmou, em linha de pensamento mais próxima do que se defende neste trabalho, que comemorar esse período trágico da história brasileira não seria compatível com o processo de reconstrução democrática promovido pela Constituição Federal de 1988. Em sua decisão, a magistrada fundamenta que:

> O ato administrativo impugnado, não é compatível com o processo de reconstrução democrática promovida pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e pela Constituição Federal de 1988; afasta-se do ideário de reconciliação da sociedade, da qual é expressão a concessão de anistia e o julgamento de improcedência da ADPF 153, quando o Supremo Tribunal Federal recusou pedido de revisão da Lei no 6.683/1979, mantendo ampla e irrestrita anistia aos crimes comuns, de qualquer natureza, quando conexos com crimes políticos ou praticados por motivação política. [...]
>
> Esse é o mote, inclusive, de sentença deflagrada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no "Caso Herzog e outros", reproduzida ao Id Num. 43099478. Registre-se que o Brasil acatou a sentença da referida Corte Internacional, instituindo grupo de trabalho para seu devido atendimento, por meio da Portaria no 281, de 30/07/2018, do Ministério dos Direitos Humanos.
>
> Nesse ponto, ressalte-se que a alusão comemorativa ao 31 de março de 1964 contraria, também, a ordem de manter a educação contínua em direitos humanos, como instrumento de garantia de não repetição, estabelecida em sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no "Caso Gomes Lund e Outros" [...].
>
> O ato impugnado contraria, ainda, o princípio da legalidade previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, eis que a Lei no 12.345/2010 estabelece que a proposição de data comemorativa será objeto de projeto de lei (art. 4o), acompanhado de comprovação da realização de consultas ou audiências públicas (art. 2o), segundo critério de alta significação para os diferentes segmentos que compõem a sociedade brasileira. Desse modo, a Administração Pública, jungida ao princípio da legalidade, não deve estabelecer de data sem a previsão expressa em Lei, previamente debatida e aprovada pelo Congresso. (BRASIL, 2019b, *online*).

Após a referida decisão ser proferida, a União, insatisfeita com o deferimento da liminar, interpôs o Agravo de Instrumento número 0000038-80.2019.4.01.0000, recebido quase às 22 horas do dia 29/03/2019 pelo plantão judiciário do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Em resumo, a agravante alegou a formalidade da ilegitimidade da Defensoria Pública da União para a propositura da Ação Popular por "ausência de demonstração de direitos específicos de tutelados hipossuficientes, ainda que necessitados jurídicos, que pretende serem protegidos" (BRASIL, 2019c, *online*).

Foi argumentado, ainda, que, segundo o parágrafo único do artigo 164 do Decreto 2.243/1997, é possível a fixação de datas comemorativas para ressaltar as efemérides relativas

às tradições peculiares da Força Armada, no âmbito de cada Ministério Militar, o que afasta a alegada ofensa ao princípio da legalidade.

Além disso, aduziu que não estavam presentes os requisitos da tutela de urgência, conforme o art. 300 do Código de Processo Civil e, por fim, que "a recomendação do Presidente da República [...] em nada interfere no funcionamento das estruturas militares, além de não implicar em dispêndio de recursos públicos, de modo que não há de se falar em ato lesivo ao patrimônio público" (BRASIL, 2019c, *online*).

A Desembargadora Federal, Maria do Carmo Cardoso, conheceu o recurso interposto pela União, deferindo a tutela de urgência para suspender a decisão de primeiro grau. Como justificativa da decisão, foi alegado precipuamente que 1) a decisão está no âmbito do poder discricionário (oportunidade e conveniência do ato administrativo) do Presidente da República; 2) os requisitos para a concessão de tutela de urgência não estavam preenchidos e; 3) não houve reconhecimento de ilegalidade, tampouco violação de direitos humanos, tendo em vista que houve manifestações similares nos anos anteriores, sem nenhum reflexo negativo na coletividade.

Percebe-se que entre a juíza e a desembargadora existe um desacordo no que concerne à própria concepção de Direito, mais precisamente como se conceber o Direito atualmente vigente e como ele vincula as autoridades públicas, no caso o Presidente da República, traduzindo, assim, um desacordo teórico. Enquanto a juíza buscava uma integridade de princípios e exigia a mesma postura do Presidente da República, a Desembargadora teve uma visão formalista e mesmo pragmática, pois entendeu pela irrelevância da atitude presidencial em degradar o bem estar coletivo. Diante disto, nota-se que esse é um problema pertinente não só à ordem jurídica brasileira, mas sim uma discussão acerca da Teoria do Direito em geral.

3 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ANÁLISE DO CASO

Levando em consideração as divergências de fundamentações apontadas nas duas decisões que trataram sobre a ordem presidencial em relação à possibilidade da comemoração dos 55 (cinquenta e cinco) anos da ditadura militar, fez-se necessário analisa-las sob a ótica da Teoria dos Direitos Fundamentais, tendo como referencial teórico o jusfilósofo Ronald Dworkin. Sem querer levantar os pormenores do debate Hart-Dworkin, faz-se necessário levantar alguns pontos específicos da teoria hartiana com vistas a entender os conceitos de zona

de penumbra, regra de reconhecimento e textura aberta da norma, que serão utilizados mais a frente quando da análise do caso em questão, e em torno das quais Dworkin erigiu sua teoria dos princípios como apta a afastar um discricionariedade forte para as autoridades públicas que aplicam – ou ao menos deveriam – o Direito.

3.1 Brevíssima análise da teoria hartiana: zona de penumbra, regra de reconhecimento e textura aberta da norma

Em contraposição ao jusnaturalismo, Herbert Hart defendeu o direito como produto humano e dividiu o sistema jurídico em duas categorias normativas: regras primárias e secundárias. As primeiras são normas que regulam condutas, estabelecendo obrigações ou proibições independentemente da vontade do sujeito, mas existem três defeitos que são inerentes a um sistema que fosse composto apenas por esse tipo de normas: a incerteza (saber quando uma norma é jurídica ou não), a inércia (incapacidade de as normas primárias definirem como elas mesmas podem ser modificadas) e a ineficácia (determinar quem pode decidir para assegurar o respeito às normas primárias)

O primeiro dos defeitos apresentados pelos sistemas que só se constituem de regras primárias é a incerteza, sendo este o que imporá mais diretamente a este trabalho. Para combater esse problema é necessária, segundo Hart, a instituição das chamadas regras de reconhecimento (*rule of recognition*). Nessas normas há o critério suficiente para determinar quando uma norma de conduta integra um sistema jurídico, ou seja, dentro dessas regras estão todos os elementos necessários para reconhecer o que seja Direito, daí a sua importância dentro de um sistema jurídico complexo mais bem desenvolvido. Essa regra só existirá, entretanto, se, e somente se, for eficaz, ou seja, ela não tem sua validade definida por uma outra regra, o que autorizaria um regresso ao infinito, mas pela prática social assim constatada por um observador externo a esse sistema. A regra de reconhecimento não é uma regra jurídica como as demais estipuladas explicitamente no ordenamento jurídico, mas sim uma *prática social*.

Fala-se, também, na criação de normas secundárias, que são a transição de uma realidade pré-jurídica ao sistema propriamente jurídico e, por esse motivo, estão em um plano diferente das normas primárias. Essas normas sempre dizem respeito às normas primárias, ou seja, "especificam como as normas primárias podem ser determinadas, introduzidas, eliminadas

e alteradas de forma conclusiva, e como estabelecer conclusivamente o fato de terem sido transgredidas" atuam como um corretivo de conduta (HART, 2009, p. 122).

O Direito, por suas normas de conduta (primárias), pode ter um alto grau de indeterminação, apresentando situações as quais tornam difícil a subsunção do fato à norma. Essas situações são conhecidas como "zona de penumbra", que, em outras palavras, é basicamente uma zona de ambiguidade e vagueza dentro do Direito (BUENO, 2010).

Considerando que o legislador não tem condições de prever tudo o que há de acontecer (leia-se: uma ordem jurídica exaustiva) e que o Direito não poderá livrar-se dessa variável, Hart apontou que a solução para esses casos seria a utilização da "textura aberta" das normas. São exatamente nesses casos que cabe a utilização do poder discricionário, ou seja, o poder interpretativo do juiz.

Essa textura aberta consiste justamente na incerteza da aplicação da legislação ou jurisprudência, na qual o juiz, exercendo a função de interprete, buscará interpretá-las nos chamados "hard cases" (casos difíceis) em razão da indeterminação natural da linguagem e impossibilidade de prever todas as situações futuras em regras determinadas (HART, 2009).

O autor complementa que a discricionariedade/interpretação por parte dos juízes não deverá ser usada em todos os atos judiciais, mas tão somente nos casos difíceis, quando há, de fato, a necessidade de uma interpretação diferente da comum, de forma que a sua decisão crie um "novo espaço no sistema jurídico" (SILVA, 2014, p. 104).

3.2 Uma análise do Direito como Integridade de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin, diferentemente de Hart que buscava uma teoria descritiva do Direito, se preocupou em trazer a indispensabilidade do elemento moral dentro da análise jurídica. Não é possível descrever o Direito, pois ele, como ramo da moralidade política, só pode receber uma abordagem moral. A sua análise do Direito é um fenômeno interpretativo, de modo que aponta como principal problema da Teoria do Direito os princípios morais que influenciam o modo de compreender o Direito em si (CIDRÃO; LOPES FILHO, 2018).

O filósofo norte-americano afirma que o Direito deve ser entendido como um conjunto coeso e integro dentro de uma unidade de valor que forma uma comunidade de princípios. E, dentro dessa concepção de integridade, tanto o Poder Legislativo quando o Judiciário, devem,

respectivamente, criar leis moralmente coerentes com o restante do ordenamento jurídico e analisar a lei dentro de um sistema convergente.

Ao que interessa para a análise do presente estudo, os juízes devem ajustar as suas decisões de forma que elas atendam um princípio (ou conjunto de princípios) que seja(m) capaz(es) de justificar todas as decisões em casos pretéritos, presentes e futuros, de forma que seja formada uma concatenação de decisões (formando o que o autor chama de "romance em cadeia"). Esse princípio maior (ou comunidade de princípios) trazem a promessa de que o Direito será determinado, alterado e interpretado de modo que não o(s) fira.

Além da integridade, o ordenamento jurídico deve ser coerente. Essa característica deve ser entendida como aquela capaz de assegurar que os casos iguais serão considerados igualmente pelo Judiciário (mesmo peso, mesma medida), ou seja, os mesmos princípios aplicados a um determinado caso devem ser aplicados a outros casos posteriores que lhe sejam "idênticos". E não serem submetidos a juízos discricionários e subjetivos de juízes ("cada cabeça uma sentença").

É a concatenação, ou seja, o uso do Direito como integridade e também como um sistema coeso é que fomentará a segurança jurídica das decisões judiciárias. Nas palavras de Cidrão e Lopes Filho (2018, p. 140), "se a coerência exige uma estrita observância à linha decisória prévia, a integridade submete esse dever de observância a um escrutínio principiológico". É nesse sentido que se entende que a vinculação dos precedentes se justifica não apenas por uma questão de hierarquia, mas, também, em obediência à integridade e concatenação das decisões.

Em suma, o Direito é uma atividade interpretativa, por isso há concepções de direito, e não propriamente um conceito a ser descrito. Tais concepções variam em função da interpretação que se dá às práticas jurídica, segundo os princípios de moralidade política que definem a específica sociedade. Muitas vezes, as divergências entre magistrados e autoridades jurídicas não se dá em um plano superficial de sua uma norma é validade ou não ou se determinado fato ocorreu ou não, mas consiste em um desacordo mais profundo, sobre a própria concepção de Direito.

Em face disso, Dworkin entende inexistir por parte do juiz, o que também é possível afirmar a respeito de todos aqueles que pretendem exercer poderes jurídicos, uma discricionariedade forte, pois, mesmo diante de uma liberdade interpretativa, há a incidência desses princípios de moralidade política, cuja validade é por seu peso moral, e não por

preencher requisitos estabelecidos em um regra de reconhecimento. Portanto, agir contrariamente a esses princípios é uma maneira de agir contrariamente à ordem jurídica vigente, mesmo que normas primárias, por meio de sua zona de penumbra, deixe alguma margem de agir. Esses desacordos merecem especial atenção.

4 OS CONTORNOS FUNDAMENTAIS ACERCA DAS DECISÕES EM DESACORDO

Dworkin, como dito, destaca em sua teoria que muitas vezes os juízes podem até concordar quanto ao que a legislação e jurisprudência tem a dizer sobre determinada matéria. Entretanto, é possível divergirem quanto ao que a legislação/precedente deve expressar, tendo em vista o ordenamento jurídico como um todo. Isso decorre do fato de que cada um possui uma determinada concepção do que é o Direito e ao que ele se presta (CIDRÃO; LOPES FILHO, 2018, p. 137).

A discussão acerca da possibilidade da comemoração do Golpe de 1964, está no que Hart chamou de zona de penumbra, pois seu deslinde, em um primeiro momento, não parece claro. Sendo difícil, inclusive, a subsunção do fato a alguma norma primária. Esse *hard case* será analisado mais adiante sob a óptica estritamente dos aspectos da legalidade e moralidade da decisão. Portanto, há de se deixar claro que há outros fatores (a presença ou não dos requisitos para a concessão da tutela de urgência, o fato da decisão estar no âmbito do poder discricionário do Presidente da República, bem como se o fato consubstanciaria – ou não – emprego irregular dos recursos públicos) presentes na decisão que também foram levados em consideração quando da análise do caso concreto pelas magistradas, mas que, por delimitação do objeto do presente estudo, foram deixados à parte.

Ao se analisar o conflito entre as duas decisões no caso concreto ora em análise, pode-se observar que essa discrepância de fundamentações vai além da matéria de Direito. Ambas fazem uso de princípios, valores, precedentes internacionais para determinar a validade jurídica do que foi exigido pelo Presidente da República, de acordo com o princípio da moralidade administrativa.

A juíza que deferiu a liminar no primeiro grau afirmou que comemorar os cinquenta e cinco anos da ditadura não era compatível com o processo de reconstrução democrática promovida pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e desobedecia ao princípio da prevalência dos direitos humanos previsto no art. 4º da Constituição Federal de 1988. O

deferimento da liminar também foi baseado no argumento mais superficial e formal de ilegalidade, pois feriria a Lei nº 12.345/2010 (que exigia projeto de lei prévio para a proposição de data comemorativa).

Trazendo as decisões para uma análise baseada na Teoria dos Direitos Fundamentais, pode-se verificar que na decisão do juízo *a quo*, que deferiu a liminar, se fez presente a chamada teoria da integridade do ordenamento jurídico de Ronald Dworkin, que defende a existência subjacente de princípios de moralidade política em decisões institucionais da sociedade, sejam elas legais, judiciais, constitucionais ou meramente políticas. Dworkin propõe que

> Os juízes devem impor apenas convicções políticas que acreditam, de boa-fé, poder figurar numa interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade. Naturalmente, os juristas podem, razoavelmente, discordar sobre quando essa condição é satisfeita, e convicções muito diferentes, até mesmo contraditórias podem passar pelo teste. Mas algumas não. Um juiz que aceita esse limite e cujas convicções são marxistas ou anarquistas, ou tiradas de alguma convicção religiosa excêntrica, não pode impor essas convicções à comunidade com o título de Direito, por mais nobres ou iluminadas que acredite que sejam, pois elas não se podem prestar à interpretação geral coerente de que ele necessita. (DWORKIN, 2005, p. IX).

No primeiro grau de jurisdição, a juíza tratou, dentre outros aspectos, dos princípios de moralidade política à medida que sugestionou que a base da atual ordem jurídica brasileira indica a superação da ordem anterior, entendida como autoritária. Para tanto, demonstrou passagens do discurso de promulgação da Constituição de 1988, precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos (caso “Herzog e outros” e caso “Gomes Lund e outros”), bem como a doutrina especializada de Celso Lafer.

Considerando a relevância política (e moral) dessas decisões judiciais sobre uma ordem proveniente do Presidente da República, Dworkin afirma que os juízes têm o dever de fundamentar suas decisões, considerando o impacto que podem gerar na sociedade, inclusive a possibilidade de elas afetarem direitos fundamentais e sociais (especialmente em sociedades em que a adequada justificação da decisão judicial é, em si, um direito fundamental). Há, portanto, o que chama de responsabilidade política dos juízes. Uma decisão é “adequada” na medida em que a resposta para o caso concreto é hermeuticamente correta porque se mostra fruto da reconstrução histórica do Direito, com respeito à integridade e coerência. Essa decisão deverá procurar a preservação do grau de autonomia que o direito atingiu nesta etapa da história, evitando subjetivismos exacerbados e pragmatismos de toda espécie (MARINHO, 2017).

A decisão de segundo grau, ao que parece, ao determinar que não houve “violação ao princípio da legalidade, tampouco violação a direitos humanos, mormente se considerado o fato de que houve manifestações similares nas unidades militares nos anos anteriores, sem nenhum

reflexo negativo na coletividade" (BRASIL, 2019c, *online*), não observou os fatores não jurídicos (posições morais e políticas), nem, sequer, preocupou-se com a construção histórica do Direito e nem com o grau de autonomia que este atingiu até o presente momento da história, ou seja, a conquista de um Estado Democrático de Direito.

Essa argumentação não parece guardar respeito com o grau de maturidade que o Direito brasileiro atingiu, significando dizer que a integridade foi rompida nesse aspecto, pois entendeu que celebrar por orientação do Chefe do Executivo o sistema jurídico anteriormente vigente – e o qual o atual buscou superar em todos os seus aspectos principiológicos – não teria relevância para receber uma reprovação jurídica. Há de se esclarecer, nesse ponto, que a coesão exigida não trata apenas de uma conexão íntima que uma decisão deve guardar com outras em casos idênticos (o é também), mas deve se ter em mente que a coesão é, da mesma forma, o respeito que as decisões judiciais têm com o próprio ordenamento jurídico como um todo, em especial com sua base principiológica, a despeito de não estar escrita,, não podendo com este desarmonizar.

A decisão de segundo grau ainda decidiu pela ausência de ilegalidade, tendo em vista que o parágrafo único do artigo 164 do Decreto 2.243/1997 "prevê a possibilidade de, no âmbito de cada Ministério Militar, serem fixadas datas comemorativas para ressaltar as efemérides relativas às tradições peculiares da Força Armada, o que afasta a alegada ofensa ao princípio da legalidade" (BRASIL, 2019c, *online*). Faz-se relevante salientar que a ilegalidade estava sendo arguida em decorrência de descumprimento de exigência lei formal (de nº 12.345/2010) e a ausência de ilegalidade, por outro lado, foi defendida pela existência de Decreto de âmbito federal que, por sua vez, já havia sido revogado pelo Decreto nº 6.806 de 25 de março de 2009 (que, por sua vez, nada menciona acerca de efemérides relacionadas às Forças Armadas). Em outras palavras, a fundamentação do recurso apresentado pela União fora embasada em Decreto já não mais vigente.

A fundamentação da decisão judicial em um instrumento normativo não mais vigente diverge completamente do que o pensamento hartiano considera como devido, pois o Decreto nº 2.243/1997 deixou de obedecer a regra de reconhecimento desde 2009, não fazendo mais parte do universo jurídico brasileiro. Necessário se faz frisar que, mesmo que o Decreto de nº 2.243/1997 ainda estivesse dentro da sua vigência, ele não poderia excepcionar o conteúdo previsto em lei formal, em razão da hierarquia das normas do ordenamento jurídico brasileiro. No que diz respeito à análise da legalidade da medida adotada pelo Presidente da República, a decisão de segunda instância está, data máxima vênia, equivocada.

Simplificando a análise da segunda decisão, ao desrespeitar a regra formal de reconhecimento fundamentando a decisão em um decreto já revogado e asseverando que a comemoração do evento não desrespeitaria valores principiológicos, a magistrada "criou"[1] um direito que não guardou coesão com o nível de maturação do Direito brasileiro.

Por fim, restou decidida a rememoração da data histórica. Ao que parece, a melhor interpretação que poderá ser dada a este fenômeno seria trata-la como um marco de transição do Estado de Exceção para o Estado Democrático de Direito e não com o intuito de se comemorar a referida data, como inicialmente desejava o Presidente.

5 CONCLUSÃO

Considerando o desacordo entre as decisões judiciais analisadas, acerca da comemoração dos cinquenta e cinco anos da ditadura militar de 1964, identificou-se a utilização e o diálogo entre as teorias de Herbert Hart e Ronald Dworkin para fundamentá-las no que tange a interpretação do juiz no caso concreto.

Diante de um estudo de caso relevante que teve muita repercussão midiática no país, ambas as decisões foram para além do direito legislado (o que não representa nenhuma disfunção do sistema, tão somente enfatiza uma característica dos chamados *hard cases*), por um lado, uma das decisões valorizou aspectos de legalidade e moralidade política enquanto a outra se ateve a criação de um direito incoerente baseado em subjetivismos.

As decisões estão em profundo desacordo teórico, mas vale destacar a integridade da decisão de primeiro grau, que preservou a unidade de valor inaugurada pela Constituição Federal de 1988, sendo a segunda decisão apegada a uma visão formalista do Direito, que autoriza uma discricionariedade forte em face de princípios.

REFERÊNCIAS

[1] Aqui é pertinente uma observação no sentido de que, as decisões judiciais, segundo Hart, criam Direito. Mesmo quando elas escapam à interpretação literal da lei, são reconhecidas como Direito e são cumpridas. No caso em análise, a magistrada poderia criar Direito justamente porque há uma regra de reconhecimento – ainda que implícita no ordenamento jurídico, corroborada pela prática social – que admite que os juízes façam isso; caso as decisões judiciais não fossem cumpridas, não seriam Direito. Entretanto, o direito criado, neste caso, feriu valores axiológicos.

BARBOSA, Marco A. R. Memória, verdade e educação em direitos humanos. In: SILVEIRA, Rosa M. G. et al. **Educação em direitos humanos**: fundamentos teórico metodológicos. João Pessoa: Universitária, 2007. p. 157-168.

BITENCOURT, Caroline Muller; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. Decisão judicial no Constitucionalismo Contemporâneo: um olhar crítico sobre o modelo do Juiz Hércules. **Revista Justiça do Direito**, v.1, n.2, jul/dez, p. 78-95, 2011.

BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tassia Aparecida. As violações aos direitos fundamentais na ditadura militar brasileira: um estudo de caso envolvendo a justiça de transição, a jurisdição constitucional e as chances perdidas no regime militar brasileiro**. Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 8, n. 1, p. 29-56, out. 2011. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/276/226. Acesso em: 24 jun. 2019. doi:https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v8n1p29-56.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: 30 Ed. Malheiros, 2015.

BRASIL. **Decreto nº 2.243 de 3 de junho de 1997**. Dispõe sobre o Regulamento de Continências, Honras, Sinais de Respeito e Cerimonial Militar das Forças Armadas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2243.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 6.806 de 25 de março de 2009**. Delega competência ao Ministro de Estado da Defesa para aprovar o Regulamento de Continências, Honras, Sinais de Respeito e Cerimonial Militar das Forças Armadas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6806.htm#art9. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Justiça Federal do Distrito Federal. **Agravo de Instrumento** nº 0000038-80.2019.4.01.0000. 29 de março de 2019c. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/desembargadora-trf-derruba-proibicao.pdf. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Justiça Federal do Distrito Federal. **Decisão liminar no processo nº 1007756-96.2019.4.01.3400**. Publicada em 19 de março de 2019b. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/justica-proibe-comemoracoes-55-anos.pdf. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Justiça Federal do Distrito Federal. **Petição inicial do processo nº 1007756-96.2019.4.01.3400**. 2019a. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/dpu-ditadura.pdf. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.345/2010**. Fixa critério para instituição de datas comemorativas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/L12345.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

BUENO, Roberto. Hart e o positivismo jurídico: em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 47, n. 186, p. 275-290, abr./jun. 2010.

CIDRÃO, Taís V.; LOPES FILHO, Juraci Mourão. A (in)constitucionalidade da vaquejada: desacordos, integridade e backlash. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 119-160, set./dez. 2018. Disponível em: https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/21997. Acesso em: 18 mar. 2020.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKING, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FLORES, Luís Gustavo Gomes; CANABARRO, Ivo dos Santos. Direitos humanos, transformações sociais e a reconstrução da memória sobre a ditadura brasileira: reflexões a partir da Comissão Nacional da Verdade. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 2, p. 149-180, maio/ago. 2018. Disponível em: http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1132/pdf. Acesso em: 10 mar. 2020.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

MARINHO, Jefferson Luiz Alves. Teoria da integridade de ronald dworkin: um olhar matemático para a tese da resposta correta. **Prisma Jurídico**, São Paulo, vol. 16, n. 1, p.75-95, 2017. Disponível em: https://www.redalyc.org/pdf/934/93453803007.pdf. Acesso em: 13 jun. 2019.

PASSARINHO, Nathalia. Menções de autoridades ao AI-5 seriam 'inaceitáveis' em outros países, diz pesquisadora de Oxford. **BBC News Brasil**. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50571299. Acesso em: 25 mar. 2020.

PEGORINI, Fernanda Vecchi. O STF e o duplo sentido da anistia: condições de possibilidade para um direito à verdade das vítimas da ditadura civil-militar no brasil (1964-1985). **Revista Brasileira de Direito**, Vol. 8, nº 1, jan/jun, 2012. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/277/227. Acesso em: 10 mar. 2020.