

A Normatividade dos Fatos, as Conseqüências Políticas das Decisões Judiciais e o Pragmatismo do Supremo Tribunal Federal

(Comentários à ADI 2240-7/BA)

Thamy Pogrebinski¹

A Assembléia Legislativa do Estado da Bahia promulgou, em 30 de março de 2000, a Lei Estadual 7.619, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães. A emanção deste ato normativo estadual deu-se após a realização de plebiscito, em 19 de março do mesmo ano, no qual foi consultada a população envolvida no processo de emancipação do então Distrito de Luís Eduardo Magalhães do Município de Barreiras. No mês de julho do mesmo ano, o Partido dos Trabalhadores (PT) propôs perante o Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade a fim de impugnar a lei estadual que havia criado o Município em questão. O principal argumento levantado nesta ADI 2240-7 postula a suposta inconstitucionalidade da lei estadual que criou o Município, em ano de eleições municipais, na ausência da lei complementar requerida pelo § 4º do artigo 18 da Constituição Federal – o qual, após ser alterado pela Emenda Constitucional nº 15 de 1996, determina que, por mais que Municípios possam ser criados por lei estadual, o período em que esta criação pode ocorrer deve ser fixado em lei complementar federal.

A lei complementar federal, que passou a ser exigida constitucionalmente em setembro de 1996 pela EC nº 15, não havia ainda sido legislada pelo Congresso Nacional quando da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 2240-7, em maio de 2007. Durante este período, o Município de Luís Eduardo Magalhães promulgou sua lei orgânica, elegeu seu prefeito, vice-prefeito e vereadores, pro-

¹ Doutora em Ciência Política pelo IUPERJ. Mestre em Ciência Política pelo IUPERJ e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professora da FGV Direito RIO e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

mulgou mais de duzentas leis municipais, instituiu tributos municipais e arrecadou tributos municipais, estaduais e federais, recebeu recursos federais e prestou serviços públicos de interesse local, apenas para mencionar alguns atos próprios de um ente federativo dotado de autonomia política.

O Ministro Eros Grau, relator da ADI 2240-7, decidiu, em um primeiro momento, pela improcedência da ação que visava declarar inconstitucional a lei estadual que criou o Município de Luis Eduardo Magalhães. Na exposição de seu voto, é possível identificar duas linhas argumentativas paralelas que o conduzem a tal decisão. A primeira linha argumentativa baseia-se no entendimento de que o Município constitui uma “realidade fática” que não pode ser invalidada por norma e tampouco por decisão judicial. A segunda linha argumentativa baseia-se nas “conseqüências perniciosas” que adviriam de eventual declaração de inconstitucionalidade da lei que criou o Município. Justapondo-se, essas duas linhas argumentativas revelam um padrão que pode ser identificado na atuação do Supremo Tribunal Federal sempre que chamado a decidir sobre matéria política: o pragmatismo.

No pequeno ensaio que se segue, analisarei o voto do Ministro Eros Grau indicando como o pragmatismo que vem se tornando característico na *ratio decidendis* do STF confirma-se através do raciocínio contextualista empregado na primeira linha argumentativa e por meio da justificação conseqüencialista adotada na segunda linha argumentativa. O contextualismo e o conseqüencialismo consistem em duas das principais características do pragmatismo. Seu uso reiterado na jurisprudência da corte constitucional brasileira, conforme o exame de decisões como a que é analisada neste artigo permite concluir, faz supor que, em sede de matérias de caráter político, o Supremo Tribunal Federal aplica o direito instrumentalmente, antecipando as conseqüências de suas decisões e, particularmente, antecipando os seus efeitos nos outros dois Poderes do Estado. A confirmação deste pressuposto analítico conduz à conclusão de que, no Brasil, a relação entre o direito e a política deve ser compreendida sob a ótica do pragmatismo.

A força normativa dos fatos

Uma controvérsia jurídica sem solução aparente e que jamais se encontra diminuída em importância na história constitucional diz respeito ao estatuto da relação assumida entre o direito formal e o direito material. O direito formal, concentrado na norma posta e albergado no texto escrito e positivado da lei, exerce seu poder normatizador na prescrição do *dever-ser* do direito. Já o direito material, disperso nos fatos sociais e esculpido na realidade empírica, exerce sua força factual na descrição do *ser* da sociedade. Para além do dualismo filosófico entre forma e matéria, a contradição jurídica em questão formula-se de uma maneira muito simples: se as normas devem disciplinar os fatos, o que fazer quando os fatos rebelam-se contra as normas?

O Ministro Eros Grau certamente se viu diante desta questão ao julgar a ADI 2240-7, que propugnava a inconstitucionalidade da lei do Estado da Bahia que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães. Ao defender que o direito deve ser compreendido “como um plano da realidade social” (p. 23) e argumentar que, no caso em tela, isso implica em zelar pela “realidade fática do Município” (p. 16), o magistrado recusa curvar-se diante do dever-ser imposto pela norma:

“Sucedede que vivemos no mundo do *ser*, a vida se passa no mundo do *ser*, onde o Município existe” (p. 19).

E prossegue:

“Somente no plano das abstrações seria possível ignorarmos a realidade do mundo do *ser*, inclusive, nela, a existência do Município de Luís Eduardo Magalhães” (p. 19).

Qual a questão que se coloca aqui? A normatividade do *dever-ser* do mundo do direito não pode se impor à realidade do *ser* do mundo em que vivemos. Do contrário, estar-se-ia operando no plano das abstrações, as quais não convêm ao direito e tampouco à política.

“Para tanto [ignorar a existência do Município], é necessário que se viva no mundo do *dever ser*. E o debate com quem habita esse mundo, o mundo do *dever ser*, nada promete de útil” (p. 19) .

O magistrado constitucional refere-se aqui aos “normativistas radicais” que poderiam argumentar que, na ausência de norma válida, o Município jamais teria sido criado em termos formais. Ao acompanhar esta argumentação, que claramente joga os fatos contra a norma, é preciso, contudo, deter criticamente atenção sobre um ponto. A oposição entre norma e fato não pode ser compreendida como uma oposição entre normatividade e realidade. A defesa do normativismo nem sempre implica uma defesa da norma. A irrestrita defesa da norma significa, isso sim, uma defesa do formalismo jurídico. Portanto, “normativistas radicais” não necessariamente são aqueles que impõem as normas sobre os fatos, ou o *dever-ser* sobre o *ser*. É possível encarar normativamente o direito material, conferindo aos fatos valor de norma, e fazendo do *dever-ser* o próprio *ser*.

Ao normativismo formalista, portanto, deve opor-se um normativismo materialista.² A realidade fática, a verdade dos fatos empíricos, também podem ser encaradas normativamente, na medida em que se tomem os mesmos como condutores de um *vir-a-ser* que se atualize permanentemente, revelando-se de modo dinâmico e não estático como o *dever-ser*. O “*vir-a-ser*” deve ser compreendido ontologicamente, e não deontologicamente como ocorre com o *dever-ser*. Bem representado

² Sobre o conceito de “normativismo materialista”, veja-se Pogrebinschi, Thamy. *O enigma do político*. Tese de Doutorado em Ciência Política. IUPERJ, Rio de Janeiro, 2007.

pela forma verbal alemã *werden* – freqüentemente empregada pelo jovem Marx, um arguto crítico do direito formal –, o vir-a-ser caracteriza-se pela mesma abertura reflexiva, revisabilidade, responsividade e experimentalismo que caracterizam o pragmatismo de autores como Dewey, na política, ou Holmes, no direito.

O normativismo materialista permite que se compreenda de um modo não deontológico que o dever-ser do ser é aquilo que é. Mais do que isso, o normativismo materialista permite que se tome o vir-a-ser como uma realidade que prescinde da norma, ou que, ao fazer do fato a norma, converte a norma em fato.

Formulando essa idéia de maneira mais simples, o que está em jogo é o reconhecimento da normatividade dos fatos. A força normativa dos fatos pode sobrepor-se às próprias normas, o que confirma que a defesa da normatividade não se esgota no conceito de norma. O Ministro Eros Grau, ao julgar a ADI 2240-7, parece ter isso em mente:

“No caso em que ora apreciamos importa simplesmente termos consciência da inescandível realidade fática do Município de Luís Eduardo Magalhães. Ao seu reconhecimento como ente federativo dotado de autonomia basta a realidade fática” (p. 16).

Basta a realidade fática para que o Município seja reconhecido como ente federativo autônomo, o que significa dizer que não se faz necessária uma norma para conferir-lhe validade jurídica ou existência política. A realidade dos fatos sobrepõe-se à formalidade das normas. Ao revelarem-se suficientes ao reconhecimento político e à validação jurídica do Município, os fatos tornam-se normativos. Eles convertem em norma sua realidade empírica, prescindindo, para isso, da atuação legislativa. O acórdão do Supremo Tribunal Federal que supre a ausência de uma norma ou sana um vício formal seu reveste-se da mesma força normativa dos fatos que o suscitaram: trata-se de uma normatividade extra-normativa.

“O Município existe, de fato, como ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política. Esta realidade não pode ser ignorada” (p. 9).

Ao defender que o reconhecimento jurídico da existência política do Município deve apoiar-se na realidade fática, o Ministro Eros Grau apóia-se em autores tão diversos entre si quanto Konrad Hesse, Carl Schmitt e Georg Jellinek. É sobretudo a este último que recorre a fim de aludir expressamente à “força normativa dos fatos” que explicaria a existência da ordem jurídica tendo em vista que “as relações reais precedem as normas em função delas produzidas” (p. 13).

As relações reais precedem não apenas as normas em função delas produzidas como podem também sobrestar os efeitos destas mesmas normas. Isso pode ocorrer em situações excepcionais, nas quais a realidade dos fatos despe as normas de sua validade. “Ora”, diz o magistrado constitucional no julgamento em análise,

“as normas só valem para as situações normais” (p. 17). Certamente, não é isso que se passa quando se verifica a existência política real de um Município na inexistência de norma legal que a valide formalmente.

“No caso, existe uma realidade material, um Município, um ente federativo dotado de autonomia política. Não é possível retornarmos ao passado, para anular esta realidade, que produziu efeitos e permanece a produzi-los” (p. 18).

Assim como a realidade não pode ser apagada, os fatos, ao contrário das normas, não podem ser anulados. O Ministro Eros Grau revela ter compreendido isso muito bem: “trata-se de um fato. Não se anulam fatos” (p. 21). São os efeitos produzidos pela realidade, portanto, que conferem validade jurídica à lei estadual que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães. De modo que:

“Teria sentido, sim, falarmos em ‘Município putativo’, essa putatividade operando, mercê de conferência fictícia de validade à sua criação, como um obstáculo aos efeitos da inconstitucionalidade da lei que a operou [...] a ficção suprime o impedimento e faz desaparecer o vício” (p. 20).

O “Município putativo”, uma analogia com a figura do “casamento putativo” e com as “sociedades de fato” previstas no Código Civil brasileiro, serve à fundamentação jurídica do magistrado constitucional em sua decisão de que “as circunstâncias da *realidade concreta* do Município de Luís Eduardo Magalhães impõem seja julgada improcedente a ADI” (p. 25).³ A realidade concreta sana o suposto vício de inconstitucionalidade e confere validade constitucional aos fatos surgidos à margem da norma.

“Cumpra a esta Corte fazer tudo aquilo que seja necessário para impedir o nascimento de realidades inconstitucionais, mas indispensável há de ser, quando isso seja possível, que esta mesma Corte tudo faça para pô-la, essa realidade, novamente em concordância com a Constituição” (p. 25).

Este trecho da decisão do Ministro Eros Grau fornece um rico insumo à reflexão sobre as contradições que cercam o Brasil, mergulhado que nosso país está entre a formalidade e a informalidade da economia, a legalidade e a ilegalidade do direito, a representatividade e a irrepresentatividade da política. Decerto, uma corte constitucional deve fazer tudo o que for necessário para reduzir a distância entre o ser dos fatos e o dever-ser da norma, tornando o direito e a sociedade o mais próximo possível. Porém, mais do que impedir o nascimento de “realidades inconstitucionais” – como são os milhares de trabalhos informais realizados no país, os milhares de moradias sem título de propriedade e os milhões de votos sem representação –, o Supremo Tribunal Federal, diz um de seus juízes,

³ O grifo é meu.

deve fazer de tudo para colocar essa realidade novamente em concordância com a Constituição. Some-se isso à defesa da normatividade dos fatos e tem-se, no posicionamento político da corte constitucional brasileira, argumento jurídico suficiente para inserir no mercado formal os trabalhadores informais, reconhecendo-lhes direitos e atribuindo-lhes deveres, e realizar a regularização fundiária nas favelas, distribuindo-se títulos de propriedade àqueles que apenas detêm a posse de sua moradia.

Ao reconhecer o limite das normas na normatização dos fatos e a amplitude dos fatos na normatização da realidade, o Ministro Eros Grau busca impedir a “violação de uma ordem concreta, histórica, situada no espaço e no tempo” (p. 21). O que seria esta ordem concreta que o magistrado constitucional opõe à ordem jurídica senão aquilo que Ferdinand Lassalle chamou de “constituição real” ou “fatores reais de poder” e Karl Loewenstein denominou de “realidade do processo de poder” ou “constituição normativa”? Ao impedir a violação da “ordem concreta”, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADIN 2240-7 com base na Constituição material, deixando de lado, para isso, todo o conteúdo da Constituição formal que a ela não correspondesse. Ao renunciar nesta decisão ao formalismo positivista, a corte constitucional brasileira abraçou o contextualismo pragmatista.

“A ADI que temos sob julgamento compreende não apenas o pedido de declaração de inconstitucionalidade de uma lei, mas também de inconstitucionalidade, institucional, de um ente da federação. Este caso não pode ser examinado no plano do abstracionismo normativista, como se devêssemos prestar contas a Kelsen e não a uma ordem concreta” (p. 21 e 22).

Prestando contas à ordem concreta e adotando um realismo normativista, o magistrado constitucional prossegue em sua argumentação pragmatista:

“Daí que ela [esta Corte, o STF] exige a consideração não apenas dos textos normativos, mas também de elementos do mundo do ser, os fatos do caso e a realidade no seio e âmbito da qual a decisão em cada situação há de ser tomada” (p. 23).

São vários os elementos do pragmatismo evidenciados nesta frase sintetizadora da argumentação exposta até aqui. O pragmatismo, com sua visão instrumentalista do direito, clama que os textos normativos sejam apenas uma dentre outras fontes de informação a serem consideradas no processo de tomada de decisão. O pragmatismo, com sua perspectiva responsiva da sociedade, vindica que os elementos do mundo do ser sejam constitutivos das regras do mundo do dever-ser. O pragmatismo, com sua visão materialista da constituição, defende que os fatos do caso sejam determinantes da validade da norma. O pragmatismo, com sua visão experimentalista da política, exige que a realidade empírica seja considerada no seio e âmbito do qual a decisão em cada situação há de ser tomada.

Tem-se aqui a afirmação do contextualismo pragmatista. As decisões devem não apenas ser permeáveis à realidade e conceder primazia aos fatos. Elas devem também considerar estes fatos e esta realidade dentro do contexto que lhes é específico. Assim como as normas devem ser determinadas pelos fatos, as decisões devem ser adaptadas aos contextos em que são tomadas. Deste modo, como sustenta o pragmatismo, as decisões podem adequar-se permanentemente à realidade, além de revisar as normas à luz dos fatos.

As conseqüências políticas das decisões judiciais

Demonstrado acima o contextualismo que predomina na primeira linha argumentativa identificável na decisão do Ministro Eros Grau na ADI 2240-7, passo agora a expor o conseqüencialismo que caracteriza a segunda linha argumentativa que corre paralela àquela. Mas, antes disso, é preciso reter atenção sobre um ponto. O que permite que contextualismo e conseqüencialismo amalgamem-se e dêem forma ao *modus decidendi* pragmatista do Supremo Tribunal Federal é o caráter político das decisões em jogo nos casos como este aqui analisado. Por caráter político da decisão judicial, entendo tanto o seu conteúdo como os seus efeitos. Uma decisão sobre matéria política necessariamente gera efeitos políticos. E são esses efeitos, minuciosamente calculados pelos magistrados constitucionais, que ensejam o comportamento pragmatista de nossa corte suprema.

“Estamos, porém, no caso de que ora cogitamos, diante de situação excepcional consolidada de caráter *institucional, político*” (p. 12).

O uso de conjunção adversativa, que freqüentemente antecede um proviso a ser justificado, coaduna-se de forma explícita, na decisão em tela, com a figura da “exceção”, usada pelo Ministro Eros Grau com sofisticado recurso à obra de Giorgio Agamben. A excepcionalidade da situação, que permite que o caso seja decidido de forma também excepcional, reside em seu caráter “institucional, político”. Afinal,

“Aqui estamos diante de uma realidade política, de um ente político da federação” (p. 23).

A “realidade concreta” que discutimos anteriormente, vê-se, não é qualquer realidade: é uma “realidade política”. A excepcionalidade consolidada em seu caráter “institucional” desvela-se na autonomia política do Município de Luís Eduardo Magalhães, naquele momento já afirmada por diversos atos típicos de um ente federativo.

“Não é possível anularmos a decisão política de caráter institucional [a criação do Município] sem desabrida agressão ao princípio federativo” (p. 21).

Uma decisão judicial não pode, pois, anular uma decisão política. Sobretudo, não pode uma decisão judicial anular uma decisão política de “caráter institucional”. A criação do Município gerou uma institucionalidade política que, por mais que prescindia da norma para realizar-se, não pode ser anulada por decisão judicial. Um dos modos de perceber a tal “realidade concreta” do Município se dá, portanto, através de sua “realidade política”, a qual se traduz em uma existência institucional. Está em jogo a autonomia política municipal e, mais importante do que isso, o próprio princípio federativo.

“A violação ao princípio federativo, com a cassação da realidade política local, agrava e sacrifica a função normativa da Constituição de modo pernicioso” (p. 23).⁴

A cassação da realidade política local, que o magistrado constitucional lucidamente quer evitar, dar-se-ia por meio da cassação das instituições que confirmam a autonomia política do novo ente federativo. A eventual declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães implicaria – ao tornar inconstitucional a existência política do próprio Município – invalidar o plebiscito emancipatório realizado pela Justiça Federal e as eleições municipais realizadas pela Justiça Eleitoral, cassar os mandatos do prefeito, vice-prefeito e vereadores, anular a Lei Orgânica e tornar inválidas centenas de leis promulgadas por uma Câmara Municipal legitimamente eleita, derrogar centenas de atos praticados por um Poder Executivo municipal também legitimamente eleito, além de outras ocorrências que certamente contribuiriam para que a excepcionalidade política da situação se convertesse em uma anomalia institucional.

“Por isso esta Corte não pode limitar-se à prática de um mero exercício de subsunção. *Cumpra considerarmos prudentemente* a circunstância de estarmos diante de uma situação de exceção e *as conseqüências perniciosas* que adviriam de eventual declaração de inconstitucionalidade da lei estadual” (p. 8).⁵

A exceção da política afasta a regra jurídica. O arrazoado está neste ponto perfeitamente montado para que o magistrado constitucional abertamente lance mão do pragmatismo que caracteriza a corte que ele representa: *cumpra considerarem-se as conseqüências* que adviriam da eventual declaração de inconstitucionalidade da lei estadual. A prudência exige que o direito curve-se diante da política. Eis aqui uma virtude republicana, não à toa denotada pelo uso da idéia de prudência.

“A sua mais prudente aplicação [da Constituição], nas situações de exceção, pode corresponder exatamente à desaplicação de suas normas a essas situações” (p. 23).

⁴ O grifo é meu.

⁵ O grifo é meu.

Em outro momento de seu voto, o Ministro Eros Grau explica mais detidamente o que significa aplicar a Constituição por meio de uma desaplicação de suas normas e, particularmente, explica a necessidade de o Supremo Tribunal Federal afastar a aplicação do direito a fim de imunizar a política de uma situação de exceção, garantindo o seu retorno à normalidade:

“A esta Corte, sempre que necessário, incube decidir regulando também essas situações de exceção. Mas esta Corte, ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção” (p. 22).

O conceito de exceção – argutamente utilizado pelo Ministro Eros Grau com recurso à teoria política de Carl Schmitt e de Giorgio Agamben – explica a idéia de uma exclusão inclusiva, de uma presença que se afirma pela ausência.⁶ A combinação da técnica jurídica com um raciocínio político fundamentado filosoficamente leva o magistrado constitucional a defender a inclusão do Município de Luís Eduardo Magalhães no pacto político federativo por meio da exclusão da norma jurídica dentro do próprio ordenamento constitucional.

“No aparente conflito de inconstitucionalidades interpor-se-ia reconhecermos a existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. Mas, em verdade, esse conflito efetivamente não se dá, visto que a situação de exceção com a qual nos defrontamos há de ser resolvida por esta Corte mediante a inclusão do Município de Luís Eduardo Magalhães no estado da normalidade” (p. 24).

Com o intuito de restaurar a normalidade política do país, o Supremo Tribunal Federal age pragmaticamente, instrumentalizando o direito positivo, sem deixar, contudo, de avaliar as conseqüências possíveis de sua decisão:

“Cumpre verificarmos o que, no caso, menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. O que menos as sacrifica. A agressão à regra do § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil ou a violação do princípio federativo?” (p. 23)

Segue-se aqui um explícito raciocínio conseqüencialista. O que menos compromete a força normativa da Constituição? Mais do que isso, o que menos compromete a sua força normativa *futura*? Note-se, falar em “força normativa futura” não é a mesma coisa que falar apenas em força normativa. Ao adjetivar de “futura” a força normativa da Constituição, o Ministro Eros Grau lança mão não apenas do conseqüencialismo característico do pragmatismo, mas afirma também o seu caráter *forward-looking*, isto é, orientado para o futuro.

⁶ Cf. Agamben, Giorgio. *Homo sacer: sovereign power and bare life*. Stanford: Stanford University Press, 1998, cap. 1.

Desde que recebeu sua primeira elaboração teórica por Charles Sanders Peirce, o pragmatismo pode ser sinteticamente explicado a partir de uma pequena fórmula, a chamada “máxima pragmática”, que consiste no seguinte: o significado de uma proposição, bem como a sua verdade, apenas podem ser conhecidos se forem verificados a partir do teste de suas conseqüências. Também denominada como o “teste pragmatista”, a máxima pragmática pode ainda ser formulada do seguinte modo: quais as diferenças que as conseqüências desta ou daquela proposição podem acarretar no futuro?⁷

Aplicada ao direito, a máxima pragmática deve ser encarada como uma espécie de teste capaz de verificar se as normas são adequadas à realidade. O juiz pragmatista, portanto, não interpreta: ele considera conseqüências de decisões alternativas. Conforme argumentei alhures, os juízes pragmatistas operam com um método comparativo-conseqüencialista. Isto é, eles avaliam comparativamente diversas hipóteses de resolução de um caso concreto tendo em vista as suas conseqüências. De todas as possibilidades de decisão alternativas, o magistrado pragmatista tentará supor conseqüências e, do confronto destas, escolherá aquela que lhe parecer melhor.⁸

Aparentemente adotando esse método, o Ministro Eros Grau, no julgamento da ADI 2240-7, mediante as duas alternativas que se lhe apresentam – quais sejam, agredir a regra do § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil ou violar o princípio federativo –, procede a um raciocínio baseado em uma projeção para o futuro, antecipando as conseqüências possíveis de cada decisão alternativa, de modo a escolher aquela que “menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização”. Em outras palavras, dentre as diversas conseqüências futuras que podem eventualmente ser engendradas pelos muitos cursos decisórios passíveis de serem adotados no julgamento, o magistrado constitucional escolhe aquela que lhe parece agredir menos a ordem política, ao preservar o pacto federativo, sem sacrificar a força normativa da Constituição – a qual ele explicitamente crê não esgotar-se na aplicação irrestrita de suas normas.

“Quais são os interesses atendidos em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei que criou o Município? Quais interesses serão sacrificados em conseqüência dessa declaração de inconstitucionalidade?” (p. 23).

Este raciocínio do Ministro do Supremo Tribunal Federal é não apenas claramente conseqüencialista, mas também visivelmente político. O pragmatismo é a ferramenta metodológica – e epistemológica – que permite ao direito lidar com a política. Mas é a instrumentalização das conseqüências o mecanismo que permi-

⁷ Cf. Pogrebinschi, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, cap. 1.

⁸ Cf. Pogrebinschi, Thamy. *Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo*. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 17, agosto-dezembro de 2000.

tirá ao Judiciário lidar com a lógica política dos interesses dos outros Poderes do Estado e da Federação. Ciente ou não desta prerrogativa, o magistrado constitucional faz de sua sentença judicial uma decisão política:

“Prevalecerão então os valores e direitos da federação, expressando interesses múltiplos relacionados por força de vínculos diversos ao ente político local” (p. 24).

Chega-se aqui a outra questão de suma importância explicitada pela sentença analisada neste artigo: a relação entre os Três Poderes no Brasil, particularmente a relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. De acordo com a argumentação do Ministro do Supremo Tribunal Federal, a situação de excepcionalidade política que o direito busca resolver através de seu acórdão teria sido justamente criada pelo mais político dos Poderes do Estado: o Legislativo.

“Aqui – repito – estamos diante de uma situação excepcional. A exceção manifesta-se inicialmente em razão de omissão do Poder Legislativo, omissão que impede, desde a promulgação da EC 15/96, a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios. Essa omissão consubstancia uma moléstia do sistema, um desvio de seu estado normal” (p. 16).

O Ministro Eros Grau vai ainda mais longe e, além de responsabilizar o Poder Legislativo federal pela criação da anomalia institucional potencialmente engendrada pela exceção deflagrada no princípio federativo pela eventual anulação da autonomia política do Município de Luís Eduardo Magalhães, alimenta uma possível controvérsia institucional federativa entre o Congresso Nacional e a Assembléia Legislativa do Estado da Bahia.

“A decisão política que envolva a criação de um Município poderia, se existente a lei complementar, ser tomada. A omissão do Congresso Nacional impede, no entanto, que essa decisão, de caráter político, seja afirmada” (p. 16).

Dito de outro modo, a eventual inconstitucionalidade da lei estadual que criou o Município deve-se à ausência de lei federal. A Constituição – documento normativo que deve servir de baliza tanto ao conflito entre leis concorrentes como ao conflito entre as instâncias federativas – é, no caso, justamente a fonte jurídica da obrigação política do Poder Legislativo federal de legislar a fim de que os poderes legislativos estaduais também o façam, pelo menos no que tange a criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios conforme determina o § 4º do artigo 18. Cabe ao Supremo Tribunal Federal, portanto, arrogar para si a tarefa constitucional de mediar os conflitos entre os Poderes do Estado e da Federação – os quais ele mesmo pode suscitar, ressalte-se, ao instrumentalizar as conseqüências de suas decisões.

Daqui em diante, segue-se a mais simples das operações que vêm fundamentando a prática do ativismo judicial ao redor do mundo e daquilo que no Brasil vem sendo chamado de judicialização da política.⁹ A omissão legislativa do Congresso Nacional justifica a ação legislativa do Supremo Tribunal Federal. Sem que o poder competente legisle, o Judiciário o faz.

No caso ora em análise, mais do que meramente atuar como legislador negativo, ou buscar suprir o vácuo deixado pelo Poder Legislativo legisferando positivamente, o Supremo Tribunal Federal acusa o Congresso Nacional de violar, pela sua omissão, a própria ordem constitucional.

“A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional” (p. 16).

Inconstitucional, portanto, é a atitude do Congresso Nacional, irá concluir o Ministro Eros Grau: a exceção “decorre de violação, ao menos indireta, pelo Congresso Nacional, da ordem constitucional” (p. 17). O Judiciário vê-se, assim, chamado a restaurar a normalidade da ordem política.

“Estamos aí diante de uma situação anormal, a omissão do Legislativo instalando uma fissura, dir-se-ia, na ordem constitucional. Moléstia do sistema, desvio de seu estado normal” (p. 17).

Convicto de sua argumentação, o Ministro Eros Grau mostra-se confiante de que a decisão pela improcedência da ADI 2240-7, ao invés de servir de estímulo à criação de novos Municípios de forma indiscriminada, irá surtir conseqüências muito mais amplas:

“Há de expressar como que um apelo ao Poder Legislativo, no sentido de que supra a omissão constitucional que vem sendo reiteradamente consumada” (p. 24-25).

Note-se bem a relevância desta afirmação conclusiva do voto do magistrado da corte constitucional brasileira. Ao decidir, ele antecipa as conseqüências de sua decisão nas decisões políticas futuras dos outros Poderes. Neste caso, ele quer converter o acórdão do Supremo Tribunal Federal em um apelo para que o Congresso Nacional legisle. Em outras palavras, o Judiciário busca, através de uma decisão judicial, obrigar o Legislativo a legislar, isto é, a tomar uma decisão política. O Judiciário quer, através de sua ação, obrigar o Legislativo a suprir sua omissão. No Brasil, a relação entre o direito e a política deve, definitivamente, ser compreendida sob a ótica do pragmatismo.

⁹ Cf. Werneck Vianna, Luiz et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Nota técnica final

Após ser proferido o voto do Ministro Eros Grau analisado neste artigo, em 18 de maio de 2006, decidindo pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade que impugnava a lei do Estado da Bahia que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes pediu visto no processo da ADI 2240-7.

Em seu interessante voto vista – que merece ser analisado em novo artigo –, proferido em 9 de maio de 2007, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes manifestou-se pela declaração da inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada. Propõe ainda, a fim de tornar isso juridicamente possível, manter a vigência da lei impugnada por vinte e quatro meses, prazo durante o qual o legislador estadual poderia reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros a serem fixados na lei complementar federal.

O relator do processo, Ministro Eros Grau, retificou seu voto em seguida, sem em nada alterá-lo, contudo, na substância. Nos dois breves parágrafos de seu voto retificador, declara sucintamente que as razões afirmadas ao longo do seu voto inicial prosperam no mesmo sentido do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Decide, assim, declarar a inconstitucionalidade – mas não a nulidade – da lei estadual que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, pelo prazo de vinte e quatro meses. Resta saber se o Congresso Nacional irá promulgar a lei complementar exigida pelo § 4º do artigo 18 da Constituição Federal durante esse período.